

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 119.600 van 20 mei 2003
in de zaak A. 76.375/XII-709.**

In zake : 1. de NV SWITCHLINK,
 2. de NV INTEGRATED NETWORK SOLUTIONS,
 3. de tijdelijke vereniging SWITCHLINK en INTEGRATED
 NETWORK SOLUTIONS,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat J. Bally,
 kantoor houdende te Antwerpen,
 Mechelsesteenweg 33

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. D'Hooghe,
kantoor houdende te Brussel,
H. Wafelaertsstraat 47-51.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Switchlink, de NV Integrated Network Solutions, en de tijdelijke vereniging Switchlink en Integrated Network Solutions op 2 oktober 1997 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit, genomen door het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap [...], waarbij voor de installatie van het nieuwe gebouw Graaf De Ferraris [...] en dit voor de levering en installatie van bekabeling en netwerkcomponenten voor de uitrusting van een nieuw gebouw, alsmede het onderhoud na de waarborgtermijn van de respectievelijke entiteiten, gekend onder de referte van het bestek 97-17CB/Fer een algemene offerteaanvraag werd uitgeschreven” en waarbij deze werken werden toegewezen aan de nv Indacom
en, subsidiair,
“alvorens recht te doen, de aanstelling van een deskundige te bevelen met als opdracht te bepalen of de inschrijving van de NV Indacom al dan niet voldeed aan de essentiële bepalingen van het bestek met meetstaat met nr. 97-17CB/FER en tevens na te gaan of bij de puntenquotering het gunningscriterium inzake de kwaliteit van het materiaal, de technische en functionele mogelijkheden (30%) al dan niet correct werden toegepast”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 18 januari 2002 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 16 januari 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 februari 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Bally, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat R. Heijse, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur W. Weymeersch;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de verzoekende partijen.

Overwegende dat de tijdelijke vereniging die zich als derde verzoekende partij aandiende, niet over rechtspersoonlijkheid beschikte; dat een dergelijke vereniging in principe niet over de vereiste procesbekwaamheid beschikte om een geding voor de Raad van State in te leiden; dat ter terechtzitting de raadsman van de verzoekende partijen zulks niet betwist en zich ermee akkoord verklaart dat in hoofde van deze verzoekende partij de vordering als niet ontvankelijk wordt aangemerkt; dat dienvolgens het rolrecht dat door die partij is voldaan, dient te worden terugbetaald; dat het beroep ontvankelijk blijft in zoverre het door de eerste en tweede verzoekende partij, als leden van de tijdelijke vereniging is ingesteld;

2. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

2.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de levering en installatie van bekabeling en netwerkcomponenten voor de uitrusting van een nieuw gebouw.

2.2. De opening van de offertes is bepaald op 20 juni 1997.

2.3. Het enige lot van de opdracht bestaat uit twee delen, eensdeels, de levering, werken en bedrijfsklare installatie van bekabeling met actieve componenten en, anderdeels, het onderhoud gedurende vier jaar na de waarborgtermijn.

2.4. In het toepasselijke bestek (blz. 6) worden de gunningscriteria als volgt omschreven :

“1.12.1. De totale kostprijs van de opdracht met het onderhoud gedurende een periode van 5 jaar op basis van de aankoop, een waarborgtermijn van 1 jaar en 4 jaar omnium onderhoud na waarborg (40%).

1.12.2. De kwaliteit van het materiaal. De technische en functionele mogelijkheden, de volledigheid van de installatie, de modulaire opbouw en de modulaire uitbreidbaarheid (30%).

Er zal ook rekening gehouden worden met de migratie van de voorgestelde oplossing naar hogere snelheden en hogere capaciteiten. De inschrijver bezorgt hiervoor alle nuttige documentatie met kostprijs.

1.12.3. Een leverings- en implementatieplan om de opdracht snel uit te voeren (20%).

1.12.4. De kwaliteit van de dienstverlening (installatie, vorming, onderhoud) en de waarborgen m.b.t. behoud van deze dienstverlening gedurende de volledige duur van de overeenkomst (bedrijfsorganisatie, financiële toestand, referenties aangaande gelijkaardige opdrachten, verklaringen, ...) (10%)”.

Wat “5. -gestructureerde bekabeling” betreft geeft het bestek (blz. 26) de volgende definities :

“1. Primair of WAN-niveau :

Dit niveau omvat de bekabeling en actieve componenten die nodig zijn voor de verbindingen met netwerken buiten het gebouw. De bekabeling en actieve componenten die het voorwerp uitmaken van onderhavig bestek dienen hierop aangekoppeld. Eventuele aanpassingen aan het primaire niveau vallen buiten het toepassingsveld van onderhavig lastenboek.

2. Secundair niveau :

Dit niveau omvat de bekabeling en actieve componenten die nodig zijn voor de verticale verbindingen tussen de verschillende verdiepingen in een gebouw of de zogenaamde ruggegraat- of back-bonebekabeling.

3. Tertiair niveau :

Dit niveau omvat de bekabeling en actieve componenten die nodig zijn voor de horizontale verbindingen op de verdiepingen die eindigen met eindgebruikers-aansluitpunten.

4. Quartair niveau :

Dit niveau omvat de bekabeling die nodig is voor de aansluiting van de eindgebruikers op het netwerk”.

Onder “5.2.6. Secundair niveau (Aktief)” bepaalt het bestek (blz. 30) onder meer :

“• In de datalokalen op respectievelijke verdiepingen (links en rechts) en in de computerzaal wordt een Ethernet Switch geplaatst.

• Koppeling kant tertiair niveau

De switch of switchen op de verdiepingen (2, 4, 7 en 10) worden zodanig uitgerust dat minimaal 192 10BaseT poortansluitingen mogelijk zijn. In de computerzaal wordt dit aantal herleid tot 120 poortansluitingen. De inschrijver[s] geeft aan op welke manier deze aansluitingen in het toestel kunnen geïntegreerd en nog verder uitgebreid worden.

Beheersbaarheid via SNMP en MIB II.

• De switch wordt zodanig uitgerust met modules met minimaal 2 poorten dat servers via 10/100Base-TX kunnen aangesloten worden. Voor de uitrusting van de computerzaal dienen meerdere dergelijke modules voorzien”.

2.5. Post 2.1.1. van de bij de inschrijving te voegen inventaris vermeldt : “Leveren en plaatsen van Ethernetswitch, modulaire chassis met redundante voeding in 19” rack”.

Post 2.1.2. : “Leveren, plaatsen en configureren van management module behorend bij switch vermeld onder punt 2.1.1.”.

Post 2.1.3. : “Leveren, plaatsen en configureren van ethernet 10Base T modules via poortswitching, minimum 192 poorten te voorzien behorend bij switch vermeld onder punt 2.1.1.”.

Post 2.1.4. : “Leveren, plaatsen en configureren van ethernet 10/100 Base TX module met minimaal 2 poorten RJ-45, voor het aansluiten van servers”.

Post 2.1.5. : “Leveren, plaatsen en configureren van uplinkmodule MM met minimaal 2 poorten van 100 Mbps volgens standaard 100 Base-FX”.

2.6. Het bestek (blz. 6) bepaalt ook :

“1.13.2. Alle suggesties dienen minstens te voldoen aan de essentiële bepalingen van het bestek. De inschrijvers die suggesties voorstellen, moeten

ook een inschrijving indienen die volledig overeenstemt met alle technische voorschriften van het bestek (basisinschrijving)”.

2.7. Dertien inschrijvers dienen tijdig een offerte in, sommige met suggesties : in totaal blijken er 22 offertes voorhanden.

2.8. Na onderzoek van de administratieve en technische conformiteit blijven er nog 14 offertes over, afkomstig van 8 inschrijvers, die geëvalueerd worden op grond van de gunningscriteria.

2.9. De eindbeoordeling is : Indacom met 682 punten als de meest voordelige inschrijver, gevolgd door Siemens met suggestie 2 (662 punten) en de verzoekende partij met suggestie 1 (658 punten). Voorgesteld wordt toe te wijzen aan de NV Indacom.

2.10. Op 7 juli 1997 zendt de administratie het evaluatieverslag aan de inspectie van financiën.

Op 24 juli 1997 formuleert de inspectie van financiën de volgende bedenkingen :

“De I.F. kon slechts een beperkt onderzoek wijden aan het voorgelegde gunningsverslag, dat overigens omstandig en goed uitgewerkt naar voren is gebracht.

De I.F. acht het voorstel (vastlegging 24.17.610 BF lasten b.a. 74.05 van prog. 99.1) dan ook aanvaardbaar mits :

a) door het bestuur schriftelijk nader aangetoond wordt dat de voorgestelde offerte op alle punten wel degelijk conform is met het bestek, inzonderheid technisch met de vermelding dat het moet gaan om een modulair chassis (levert voorgestelde offerte een (uitbreidbaar) modulair chassis?) [...]”.

2.11. Op 28 juli 1997 geeft de administratie de volgende toelichting aan de Inspectie van Financiën :

“a) Het begrip chassis werd niet gedefinieerd en ook niet gebruikt in de technische bepaling van het bestek zelf.

Chassis zoals gebruikt in de samenvattende opmetingsstaat kan in algemene zin begrepen worden als raamwerk, configuratie dat in een 19 inch rack kan worden geplaatst.

De door de administratie voorgestelde offerte voldoet eveneens op het gebied van modulariteit en uitbreidbaarheid van de switch of switchen op de verdiepingen (pagina 30, punt 5.2.6. van het bestek), nl :

* iedere configuratie is opgebouwd uit een cluster (3 stacks) met een uplink naar de switch concentrator (modulaire chassis bestaande uit 10 slots

waarvan slechts 6 gebruikt zodat er 4 vrij blijven voor eventuele uitbreidingen).

Deze switch concentrator integreert de clusters via een centrale backplane.

- * iedere cluster kan nog worden uitgebreid met een module met keuze-mogelijkheden in aantal poorten.
 - * Bijkomende clusters kunnen worden gecreëerd en geïntegreerd op de backplane van de switch concentrator.
- b) [...]”.

2.12. Bij beslissing van 29 juli 1997 verleent de Vlaamse minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken zijn goedkeuring aan het voorstel tot toewijzing.

2.13. Bij brief van 7 augustus 1997 wordt de NV Switchlink meegedeeld dat de opdracht gegund werd aan Indacom;

3. Over het belang.

Overwegende dat de verwerende partij de verzoekende partijen belang ontzegt bij het beroep; dat zij daartoe betoogt dat het gegrond bevinden van de vordering “niet tot gevolg kan hebben dat de opdracht zou moeten worden toegewezen” aan de verzoekende partijen; dat zij daarbij verwijst naar de derde plaats die de verzoekende partijen, na Indacom en Siemens, behaalden in de rangschikking;

Overwegende dat de exceptie vooralsnog niet wordt aanvaard; dat, ongeacht de vraag of het belang te dezen afhankelijk mag worden gemaakt van de vaststelling van een rechtsplicht, bij het gegrond bevinden van een of meer middelen, de bedoelde rangschikking niet meer rechtmatig is; dat dienvolgens de gegrondheid van de exceptie verbonden is met de gegrondheid van de middelen;

4. Over de gegrondheid van het beroep.

4.1. Overwegende dat de verzoekende partij betoogt hetgeen volgt :

“I. DE FEITEN

[...]

Dat mijn verzoekster vaststelde dat de N.V. Indacom een inschrijving deed waarbij de inschrijving niet konform het bestek was.

De oplossing van Indacom op basis van 'Madge workgroup switches' (of de zgn. 'instapmodellen') voldoet immers niet aan de eis van het bestek en meetstaat waar een 'switch' op basis van een modulair chassis met redundante 220 V voeding (post 2.1.1. van het bestek) en 'ethernet 10 Base T modules' (post 2.1.3. van het bestek) wordt vereist.

Dat het bestek vereist dat de modules in een modulair chassis worden geplaatst om de nodige connectiviteit van 192 werkstations te voorzien (of de zgn. 'Modulaire Switching Hubs' of professionele systemen voor grotere netwerken).

Dat de inschrijving van Indacom bestaat uit allemaal via afzonderlijke kabels verbonden kleine toestellen in een eigen behuizing en voeding van 24 poorten met vaste configuratie en er bijgevolg geen sprake is van een losse 24 poorts 10 Base T ethernet modules noch van een modulair chassis waarin deze modules zouden passen, noch van een redundante voeding.

Dat dit feit uiteraard een niet konforme inschrijving uitmaakt nu het in strijd is met de uitdrukkelijke bepalingen van het bestek welke een configuratie voorziet met een modulair chassis.

Aangezien in de computermarkt er een duidelijk onderscheid bestaat tussen eenvoudige instapmodellen voor kleinere netwerken (= 'workgroup switches') tegenover modulair gebouwde netwerken op basis van een chassis (= 'Modulaire switching hubs').

Dat de Vlaamse gemeenschap in haar bestek bewust heeft gekozen voor grotere netwerken nu in haar bestek en meetstaat duidelijk de term 'modulair chassis' wordt aangegeven en bijgevolg afzag van de 'instapmodellen' type 'workgroup switches'.

Het merkwaardige hierbij is dat de inschrijving van Indacom bovendien veel duurder op dit onderdeel is alhoewel ze op zuiver technische basis niet beantwoordt aan de vereiste van het bestek en daarbij nog een betere punten-quoting ontving op dit onderdeel !

Dat dit des te merkwaardiger is nu blijkt dat uit de catalogus van de firma Indacom, zij over technologie beschikken die hen in staat stelde om een inschrijving te doen die konform het bestek was, met name voor netwerken die gebaseerd zijn op een modulair chassis.

Dat indien de N.V. Indacom toch het bestuur een suggestie wou aanbieden, zij haar bestaande basisofferte had dienen toe te voegen als een suggestie, hetgeen in casu niet het geval is en de N.V. Indacom een modulair chassis had dienen in te dienen bij de basisofferte (zie bestek paragraaf 1.13.2 : 'De inschrijvers die suggesties voorstellen, moeten ook een inschrijving indienen die volledig overeenstemt met alle technische voorschriften van het bestek (basisinschrijving)').

Dat het dan ook ten onrechte is dat het Bestuur deze inschrijving heeft weerhouden, nu deze inschrijving technisch niet-conform is.

[...]

IV. MIDDELEN TOT NIETIGVERKLARING

De schending van art. 14 van de wet van 14 juli 1976, art. 25 en 44 van het K.B. van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, thans artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 (Belgisch Staatsblad 22 januari 1994) en art. 110, § 1 en § 2 van het K.B. van 6 januari 1996 (B.S. 26/01/1996).

A. Niet conforme inschrijving.

1. Aangezien duidelijk de gelijkheid der kansen onder de inschrijvers werd geschonden omdat alle inschrijvers in hun productengamma zowel instapmodellen, als modulair op chassis gebaseerde toestellen hebben.

Dat het bestuur duidelijk in haar bestek verwees naar modulair op chassis gebaseerde systemen en uitdrukkelijk stelde dat de basisinschrijvingen volledig conform dienden te zijn.

Dat niets de inschrijvers belette in suggestie instapmodellen aan te bieden, maar dat weerhouden kandidaat N.V. Indacom echter in haar basisinschrijving de zgn. 'Instapmodellen' heeft aangeboden, die door het bestuur dienden geweigerd te worden op basis van conformiteitsgebrek aan het basisbestek.

Dat ten bewijze van het hierboven aangevoerde mijn verzoekster zowel haar instapmodel, als dat van de N.V. Indacom, alsmede het middenklasse model van beide partijen vermeldt :

Instapmodel :

Switchlink : BAY stack 301, 302, 350 T workgroup switches

Indacom : Visage Reeks 24 T en 16200 T/F workgroup switches

Modulair gebaseerde chassis systemen :

Switchlink : BAY : system 5000 switch met modules

Indacom : MADGE LET 10 en LET 20 en LET 36 met modules.

Dat de niet-conformiteit van de N.V. Indacom bovendien wordt bevestigd door het feit dat zij in de inventaris onder de titel 'Leveren en installeren van actieve elementen' de posten 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4 en 2.1.5 niet heeft ingevuld, juist omwille van het feit dat zij geen op chassis gebaseerd netwerksysteem had aangeboden.

B. Miskenning van de gunningscriteria.

2. Aangezien derhalve de vergelijking onder de inschrijvers werd miskend, maar bovendien het Bestuur in haar vergelijking onder de inschrijvers tot de conclusie komt dat het instapmodel van Indacom technisch meer punten verdient dan de technisch betere en conforme inschrijving van verzoekers ! M.a.w. hoewel dit instapmodel van de N.V. Indacom per definitie geen vrije slots heeft, kreeg zij toch een betere technisch beoordeling op de aspecten 'uitbreidbaarheid' en 'het aantal vrije slots om nieuwe gebruikers-aansluitingen bij te plaatsen'.

Mijn verzoekster doet er U Raad aan herinneren dat bij de gunningscriteria uitdrukkelijk bepaald werd dat rekening zou gehouden worden met 'modulaire uitbreidbaarheid en modulaire opbouw, migratie naar hogere snelheden en hogere capaciteiten'.

(zie artikel 1.12.2 van het bestek).

Dat het de N.V. Indacom ingediende offerte geen mogelijkheid biedt tot nieuwe snelheden en nieuwe protocols en de uitbreidingsmogelijkheden zoals hoger toegelicht (30% van de evaluatie).

Dat mocht Uw raad met de technische beoordeling van het bestek en de technische complexiteit van de goederen geen raad weten, mijn verzoekers alleszins de aanstelling van een deskundige verzoeken om deze deskundige toe te laten zijn oordeel te geven over de vraag of de inschrijving van de N.V. Indacom al dan niet voldeed aan de dwingende bepalingen van het bestek en de deskundige de vraag te beoordelen of Indacom technisch al dan niet in staat was te voldoen aan de technische bepalingen van het bestek (dat Uw raad reeds overging tot zulk een aanstelling in het arrest met nr. 34.358 d.d. 13 maart 1990 in de zaak P.V.B.A. Tr. El T/ Belgische Staat, minister van Openbare werken).

3. Bovendien had het bestek, juist ter garantie van de gelijkheid onder de inschrijvers én de belangen van het bestuur, de specificatie in de meetstaat 'modulair chassis' (post 2.1.1.)- en '192 poort modules voor hogervermeld chassis' (post 2.1.3.) vermeld om te beletten dat de inschrijvers als basis-inschrijving 'instapmodellen' zouden aanbieden.

Ter vergelijking kan men stellen dat wanneer het Bestuur reflexcamera's vraagt in haar bestek, zij de kandidaat met een wegwerpcamera weerhoudt (niet-conform) onder de motivering dat deze wegwerpcamera technisch beter zou zijn (miskenning van de gunningscriteria)!

4. Aangezien tenslotte de prijs, voor dit instapmodel, aangeboden door Indacom dan bovendien nog hoger is, met name 3.500.000 -B.Fr., inclusief B.T.W. en zonder 4 jaar onderhoud.
5. Aangezien andere kandidaten in basisaanbieding eveneens op modulair chassis gebaseerde systemen hebben ingeschreven.

Dat bovendien mijn verzoekster, na de opening der inschrijvingen, het bestuur op deze hiaat had gewezen bij schrijven van 24 juli 1997 [...] en het voor verzoekster onbegrijpelijk is dat het Bestuur met deze pertinente opmerking- en geen rekening heeft willen houden”;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord de middelen als volgt poogt te weerleggen :

“2.2.1. de inschrijving van Indacom is besteksconform.

15. Verzoeksters pogen hun stelling te onderbouwen aan de hand van de omschrijving van de post 2.1.1. in de samenvattende opmetingsstaat :

'Leveren en plaatsen van Ethernetswitch, modulaire chassis met redundante voeding in rack 19”.'

Verzoeksters stellen in hun betoog dat de term 'modulair chassis' geen stackable systeem met modules type 2 toelaat :

'Dat de inschrijving van Indacom bestaat uit allemaal via afzonderlijke kabels verbonden kleine toestellen in een eigen behuizing en voeding van 24 poorten met vaste configuratie en er bijgevolg geen sprake is van een losse 24 poorts 10 base T ethernet modules noch van een modulair chassis waarin deze modules zouden passen, noch van een redundante voeding'. (verzoekschrift p 3, 1e alinea)

Verder laten verzoeksters uitschijnen dat enkel een basischassis met kaarten besteksconform is. Een stackable systeem zoals dat van Indacom, opgebouwd aan de hand van meerdere modules type 2, zou niet besteksconform zijn en enkel als suggestie kunnen worden geformuleerd.

16. Vooreerst is er op te wijzen dat het bestek geen uitdrukkelijke eisen oplegde inzake het type van module dat voor de actieve component diende te worden gebruikt. De inschrijver had dus de vrije keuze tussen enerzijds, module type 1 -hetzij in een basischassis hetzij in stackable opstelling, en anderzijds, module type 2 in stackable opstelling. Beide zijn technisch gezien regelmatig.

17. Zoals hierboven reeds werd aangetoond, is het bovendien voor elke doorsnee bekwame informaticus duidelijk dat men onder de term 'modulair chassis' begrijpt dat er om een raamwerk, samengesteld uit vervangbare zelfstandige bouwelementen (modules), wordt gevraagd (zie randnummer 4, terminologie in verklarend informaticawoordenboek).

Op de markt zijn twee types van modules te verkrijgen, hetzij type 1 (met kaarten in een slot), hetzij type 2 (kaart reeds in individueel chassis). Elk type is een vervangbaar zelfstandig bouwelement. De module type 1 kan uit het slot worden gehaald of ingevoegd, de module type 2 kan worden weggenomen of toegevoegd.

Dat er hieromtrent geen onduidelijkheid bestond, blijkt niet alleen uit het feit dat van de 14 weerhouden offertes, 6 offertes het stackable systeem voorstelden. Hiervan werden er 4 als basisofferte ingediend en 2 als suggestie. Verder heeft ook geen enkele inschrijver enige vraag gesteld omtrent de toegelaten types van modules. Het was dus overduidelijk dat men met beide types kon inschrijven wat blijkt uit de ingediende offertes.

Bovendien is erop te wijzen dat de Inspectie Financiën daartoe -ongetwijfeld ingefluisterd door verzoekster- ook om een verduidelijking heeft verzocht in verband met de vraag of de offerte van Indacom een 'uitbreidbaar modulair chassis' voorstelde. De administratie heeft hierop het volgende geantwoord (stuk 6) :

'a) Het begrip chassis werd niet gedefinieerd en ook niet gebruikt in de technische bepaling van het bestek zelf.

Chassis zoals gebruikt in de samenvattende opmetingsstaat kan in algemene zin begrepen worden als raamwerk, configuratie dat in een 19 inch rack kan worden geplaatst.

De door de administratie voorgestelde offerte voldoet eveneens op het gebied van modulariteit en uitbreidbaarheid van de switch of switchen op de verdiepingen (pagina 30, punt 5.2.6. van het bestek), nl. :

- * iedere configuratie is opgebouwd uit een cluster (3 stacks) met een uplink naar de switch concentrator (modulaire chassis bestaande uit 10 slots waarvan slechts 6 gebruikt zodat er 4 vrij blijven voor eventuele uitbreidingen).

Deze switch concentrator integreert de clusters via een centrale backplane.

- * iedere cluster kan nog worden uitgebreid met een module met keuze-mogelijkheden in aantal poorten.

- * Bijkomende clusters kunnen worden gecreëerd en geïntegreerd op de backplane van de switch concentrator'.

De Inspectie Financiën heeft deze toelichting als afdoende beschouwd en aan het gunningsvoorstel haar goedkeuring verleend. Bij beslissing van 29 juli 1997 heeft de Vlaamse minister van onderwijs en ambtenarenzaken zijn goedkeuring aan het voorstel tot toewijzing verleend [...].

18. Verzoeksters voegen eraan toe dat Indacom geen eenheidsprijzen zou hebben opgegeven voor de posten 2.1.2., 2.1.3. en 2.1.4.. Dit is een onterechte bewering. Indacom heeft in haar offerte, in het deel detailprijzen wel degelijk een prijs opgegeven voor de voorgenoemde posten (zie stuk, 3, map administratief deel, rubriek 1.3., post-it 1 en 2) Uit deze rubriek blijkt tevens dat de offerte van Indacom voorzien is van een redundante voeding [...]

19. Tot slot dient te worden opgemerkt, dat zelfs indien de regelmatige offerte van Indacom duurder was dan de offerte van verzoeksters, de voorliggende opdracht werd toegekend op basis van een algemene offerteaanvraag. Bij de offerteaanvraag was de prijs zeker een gunningscriterium doch niet het enige. Naast de prijs werd ook rekening gehouden met de kwaliteit van het materiaal, met het leverings- en implementatieplan om de opdracht snel uit te voeren en met de kwaliteit van de dienstverlening (stuk 1, p 6, punt 1.12). Het is op basis van een beoordeling van al deze criteria dat het bestuur heeft besloten dat de offerte van Indacom de meest voordelige regelmatige inschrijving was.

2.2.2. Betreffende de gevorderde aanstelling van de deskundige

20. Uit het voorgaande blijkt klaar en duidelijk dat verzoeksters de besteks-bepalingen op manifeste wijze fout interpreteren. De offerte van Indacom is conform het bestek en de aanstelling van een deskundige is dan ook overbodig”;

4.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord repliceert hetgeen volgt :

“I. DE FEITEN EN DE PROCEDURIELE VOORGAANDEN

Aangezien verzoekster uw Raad doet opmerken dat bij de feitelijke uiteenzettingen in hoofde van verwerende partij, het opmerkelijk te noemen is dat zij bij de technische uitleg die zij geeft aan het aspect 'modulair chassis', dat zij konform het door haar aangehaalde woordenboek, zij de begrippen 'module', 'modulair systeem', en 'modulair apparatuursysteem' uitvoerig toelicht, maar dat zij in alle talen zwijgt over het begrip chassis.

Het is kenmerkend te moeten vaststellen dat alhoewel de bepalingen van het bestek en de opmetingsstaat het hier wel degelijk gaat om een modulair chassis.

In de memorie van antwoord op pag. 4 wordt er gesteld dat in een chassis (raamwerk) zo veel mogelijk modules worden bijeengebracht als zij nodig zijn om tot het gevraagde aantal aansluitingspoorten te komen.

Dit laatste is juist maar verweerster gaat voorbij aan de vaste terminologie inzake computers dat een chassis dient omschreven te worden als een vast raamwerk waarbinnen onderdelen geplaatst worden (de engelse vertaling van chassis is 'frame').

Verweerster tracht met alle technische bewoordingen het door Indacom aangeboden systeem als 'gelijkwaardig' te omschrijven , maar vergeet hierbij dat het door Indacom voorgestelde systeem het 'opeenstapelen en met elkaar verbinden van gesloten dozen' betreft en niet zoals het bestek uitdrukkelijk vermeld van een chassis of raamwerk waarbinnen modules worden geschoven (zie inventaris onder nr. 2.1.2 'leveren, plaatsen en configureren van management module behorend bij switch vermeld onder punt. 2. 1. 1' en 2. 1. 'Leveren en plaatsen van Ethernetswitch, modulair chassis met redundante voeding in 19" rack')

Aangezien het tevens merkwaardig is te noemen, en waarop verweerster geen enkel antwoord biedt, is het feit dat verzoekster als argument heeft aangebracht dat de firma Indacom, aan wie de offerte werd toegewezen, helemaal niet bestekskonform heeft gehandeld, alhoewel zij dit perfect kon doen.

Zoals door concludante bewezen aan de hand van de bijgebrachte stukken, blijkt dat de firma Indacom in haar gamma eveneens beschikt over computers die gebaseerd zijn op een chassisbasis.

Dat bijgevolg indien de besteksvoorwaarden als basisinschrijving verzoeken om een inschrijving te doen op basis van modulaire chassis, het in de eerste plaats een plicht is om zulks te doen temeer omdat men technisch gesproken perfect in staat was zulke inschrijvingen te doen.

Aangezien uit de memorie van antwoord zonder meer blijkt dat de firma Indacom dit geenszins heeft gedaan.

Dat verweerster er zich toe beperkt te stellen dat beide systemen gelijkwaardig zijn. De inschrijving van de firma Indacom is echter niet bestekskonform.

Dat integendeel, zij de mogelijke suggestie die zij aan het bestuur kon overmaken als een basisinschrijving heeft gedaan, daar waar mijn verzoekster alsmede andere inschrijvers een basisconforme inschrijving heeft gedaan en bovendien een suggestie hebben ingediend, zoals de firma Indacom, maar dan als variant, in casu de varianten 2 en 3.

Het bestek laat hier niet de minste twijfel over bestaan en het wordt door verweerster zelf aangehaald in haar memorie van antwoord :

'1.13.2. Alle suggesties dienen minstens te voldoen aan de essentiële bepalingen van het bestek. De inschrijvers die suggesties voorstellen, moeten ook een inschrijving indienen die volledig overeenstemt met alle voorschriften van het bestek (basisinschrijving)'.

Verweerster tracht met alle middelen te bewijzen dat de firma Indacom haar inschrijving voldoet aan de essentiële bepalingen van het bestek, maar ontkent, volkomen ten onrechte, dat deze inschrijving van de firma Indacom een suggestie is en dat bijgevolg de firma Indacom heeft nagelaten een basisinschrijving te doen.

Verweerster wenst trouwens de realiteit niet in te zien nu alle fabrikanten beide type's toestellen in hun gamma hebben, waaruit dan ook dient te worden afgeleid dat er wel degelijk een onderscheid is.

Het hoeft geen betoog dat een gelijke beoordeling van de inschrijvers onmogelijk wordt gemaakt wanneer een inschrijving niet voldoet aan de basisinschrijving.

Dat tenslotte de brief die verweerster heeft gestuurd op 28 juli 1997 aan de Inspectie van Financiën en die zij integraal weergeeft in haar memorie op pag. 7 [...] het ultieme bewijs vormt dat de inschrijving van Indacom niet conform is aan de basisbepalingen van het bestek, nu de inschrijving niet voldoet aan de bepaling van een 'geïntegreerd modulair chassis'.

Het antwoord van 28 juli 1997 is gewoon foutief, reden waarom verweerster zich blijkbaar ten stelligste wil verzetten tegen de aanstelling van een deskundige en met 'technisch woordgebruik' Uw Raad zand in de ogen wenst te strooien.

Zo beweert verweerster in haar brief van 28 juli 1997 :

a) het begrip chassis werd niet gedefinieerd en ook niet gebruikt in de technische bepaling van het bestek zelf.

Wel integendeel, op pag 30 van het bestek is wel degelijk sprake van 1 modulaire chassis, alsmede in de meetstaat : 'leveren en plaatsen van Ethernetswitch, modulaire chassis met redundante voeding in 19 -rack'.

Het verweer in de memorie van antwoord onder het hoofdstuk Feiten, bestaat erin dat met de aangeboden oplossing welke Indacom had voorgesteld, men tot een gelijkaardig resultaat kan komen.

Het is echter niet juist dat men sowieso tot een gelijkaardig resultaat kan komen tenzij men de bedenking maakt dat men met een pocket fototoestel eveneens een foto kan maken zoals men dit kan doen met een reflexcamera. Het feit dat men aldus een foto kan maken, is in feite de stelling vanwege verweerster, daar waar om de vergelijking door te trekken, het bestek duidelijk omschreef dat men reflexcamera's moest aanbieden en ingeval van suggestie, er ook een andere soort camera kan worden aangeboden.

Merkwaardig genoeg dient dan nog te worden vastgesteld dat de firma Indacom erin slaagt om voor 'pocket camera' een technisch betere beoordeling te krijgen dan de bij wijze van voorbeeld genoemde reflexcamera (zie verder infra).

Het is dan ook opmerkelijk hoe in de memorie van antwoord verweerster zich verzet tegen de aanstelling van een deskundige, nu de aanstelling van een deskundige die vertrouwd is met de computers, zowel hardware als software, onmiddellijk zal opmerken dat hetgeen Indacom heeft aangeboden niet bestekskonform is, en dat de aangeboden oplossing hoegenaamd niet beantwoordt aan de modulaire chassis zoals gevraagd in het bestek.

Aangezien in de memorie van antwoord eveneens gewag wordt gemaakt van het feit dat op 7 juli 1997 de administratie een evaluatieverslag overmaakt aan de inspectie van Financiën voor goedkeuring, doch er bij verzwijgt dat dit op klacht was van verzoekster.

Dat immers bij de opening van de inschrijvingen, concludante onmiddellijk opmerkte dat de inschrijving van Indacom helemaal niet voldeed aan de basisvoorwaarden van het bestek en bovendien veel duurder was dan de andere inschrijvingen.

Het was op basis van die klacht dat de inspectie van Financiën een motivering vroeg vanwege de Administratie van verweerder.

Zo achtte de inspectie van Financiën het voorstel aanvaardbaar mits:

a) door het bestuur schriftelijk nader aangetoond wordt dat de voorgestelde offerte op alle punten wel degelijk konform is met het bestek, inzonderheid technisch met de vermelding dat het moet gaan om een modulaire chassis (levert voorgestelde offerte 'uitbreidbaar' modulaire chassis?).

b) dat aan de inspectie van Financiën uiterlijk op 15/9/97 zal aangetoond worden dat de (merkelijke) overschrijding van het oorspronkelijk in het informaticaplan voor dit project voorziene bedrag, intern binnen 7405 zal gekompenseerd worden op een haalbare en aanvaardbare wijze.

Het antwoord aan de Inspectie van het Ministerie van Financiën, was gebaseerd om een deels foutief antwoord, met name dat het begrip chassis niet gedefinieerd was en deels om een antwoord naast de kwestie, met name dat beide systemen 'gelijkaardig' waren.

II. In rechte

[...]

2. BETREFFENDE HET MIDDEL.

2. De inschrijving van Indacom is niet bestekskonform.

Verzoekster verwijst naar haar verzoekschrift en hetgeen supra werd uiteengezet.

Verzoekster herhaalt haar verzoek tot aanstelling van een deskundige en verwijst naar de argumentatie van verzoekster op pag. 9 van haar neergelegde memorie : 'is het bovendien voor elke doorsnee bekwame informaticus duidelijk dat men onder de term “modulair chassis”, begrijpt dat er om een raamwerk, samengesteld uit vervangbare zelfstandige bouwelementen (modules) wordt gevraagd'.

Indien dit zo evident is, aldus verweerster, waarom dan geen aanstelling van een deskundige ?

Dat bovendien verweerster evenmin blijkt geeft van kennis te hebben nopens de technische kwaliteiten en prijzen van de inschrijvingen, nu uit de gunningstabel op pag 12, '7 Eindtotaal' een aantal markante eigenaardigheden te voorschijn komen.

Dat Uw Raad moet weten dat verweerster bij de bekendmaking van de offerteaanvraag, tevens het budget dat verweerster ter beschikking had, gekend was bij de kandidaatinschrijvers.

Nu enerzijds het bestek zeer technisch hoogstaande kwaliteit voorzag, met name op modulaire chassis gebaseerde systemen en anderzijds het budget vrij beperkt was en hoe dan ook zou overschreden worden, een aantal inschrijvers, waaronder verzoekster, om het bestuur ter wille te zijn qua budget, een aantal 'stackable' systemen in suggestie hebben aangeboden. Dat immers het laatste systeem, indien de prijzen niet worden gemanipuleerd door de inschrijvers, goedkoper is, zij het dan technisch minder 'hoogstaand'.

Desondanks zal Indacom qua technische kenmerken de hoogste punten-quoting ontvangen, met name 246, daar waar de technisch veel betere basisinschrijving en eerste variant van verzoekster, met name 231 en 229 punten kreeg toegewezen.

Tenslotte dient verzoekster nog te antwoorden op paragraaf 18 op pag 10 van de memorie van verweerster, waarbij verweerster stelt dat verzoekster ten onrechte zou hebben gesteld dat Indacom geen eenheidsprijzen zou hebben gegeven voor de posten 2.1.2, 2.1.3. en 2.1.4.

Verzoekster dient haar bewering te bevestigen nu Indacom uit de 'natuur' van haar inschrijving technisch niet in staat was de posten 2.1.2., 2.1.3. en 2.1.4. afzonderlijk in te vullen, maar een slechts een globaal bedrag onder post 2.1.1. invulde. Dat zij verder in de inschrijving de detailprijzen van haar 'stackable systeem' heeft medegedeeld, wenst verzoekster niet tegen te spreken, maar het bewijst nogmaals ten overvloede dat de basisinschrijving wel degelijk voorzag in een op modulair chassis gebaseerd systeem en men op basis van dit laatste systeem zonder probleem de inschrijver toeliet de posten 2.1.2, 2.1.3. en 2.1.4 afzonderlijk in te vullen”;

4.4. Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de partijen het toepasselijke bestek en de inventaris op een andere wijze lezen; dat zij meer bepaald een andere betekenis geven aan hetgeen moet worden verstaan onder “modulair chassis met redundante voeding in 19” rack”; dat een juist begrip van deze en de andere besteksbepalingen met technische inhoud vereist is om de in het beroep aangevoerde grieven te kunnen beoordelen, zowel wat de conformiteit van de inschrijvingen betreft als de eventuele miskennis van de gunningscriteria; dat de Raad van State daartoe de deskundigheid ontbeert en op de vraag tot aanstelling van een deskundige moet worden ingegaan,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Wordt aangesteld als deskundige : Prof. J. Tiberghien van de vakgroep informatica en telecommunicatie aan de Vrije Universiteit Brussel, wonende te 1160 Brussel, Tervuursesteenweg 74 met als opdracht, na kennis te hebben genomen van het dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven betreffende de volgende vragen :

1. is de lezing van de verwerende partij, dat de gekozen offerte van de NV Indacom besteksconform is, verenigbaar met de vereisten van het toepasselijke bestek 97-17 CB/Fer en de inventaris?
2. mag de vaststelling van de verzoekende partij, dat het opdrachtgevend bestuur bij de puntenquotering op het gunningscriterium inzake de kwaliteit van het materieel ten onrechte aan de gekozen offerte van de NV Indacom meer punten (150/200) heeft toegekend dan aan de offerte van de verzoekende partij (125/200) worden bijgetreden ?

en, na eventueel de partijen te hebben gehoord, dit alles ter griffie neer te leggen binnen de drie maanden na aanvaarding van zijn opdracht in een beëdigd en met redenen omkleed verslag waarin de opmerkingen der partijen op het hun in prelectuur medegedeelde verslag worden besproken.

Artikel 3.

Het door de auditeur-generaal aan te wijzen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend onderzoek na kennisname van het deskundigen-verslag.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig mei 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,

Mevr. G. VAN HAEGENDOREN, staatsraad,
S. DOMS, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.