

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 185.948 van 29 augustus 2008
in de zaak A. 189.343/XII-5523.**

In zake : de n.v. BULL,
die woonplaats kiest bij
advocaat Ch. POPPE,
kantoor houdende te 9051 SINT-DENIJS-WESTREM,
Pieter Van Reysschootlaan 2

tegen :

de UNIVERSITEIT GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D’HOOGHE en I. ARNOUITS,
kantoor houdende te 1000 BRUSSEL,
Loksumstraat 25.

tussenkomenende partij :

de BV CLUSTERVISION,
die woonplaats kiest bij
advocaat R. HEIJSE,
kantoor houdende te 9052 GENT,
Zandvoordestraat 41.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. BULL op 14 augustus 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de “Beschikking van toewijs van een raamovereenkomst voor het leveren, installeren, onderhouden en voorzien in technische ondersteuning voor centrale rekeninfrastructuur t.b.v. het wetenschappelijk onderzoek van de Universiteit Gent (referte ICT/2007/0903) dd 8 juli 2008”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 19 augustus 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 augustus 2008, om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad C. ADAMS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. PRAET, die loco advocaat Ch. POPPE verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaten D. D'HOOGHE en I. ARNAUTS, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat R. HEIJSE, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. VERMEIRE;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de B.V. CLUSTERVISION met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat er grond is om het verzoek in te willigen;

2.1. Overwegende dat de verwerende partij een algemene offerte-aanvraag voor de toewijzing van een raamovereenkomst voor het leveren, installeren, onderhouden en voorzien in technische ondersteuning voor centrale rekeninfrastructuur ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek van de Universiteit Gent uitschrijft; dat deze opdracht door het bestek ICT/2007/0903 wordt beheerst en daarin als een aanneming van leveringen wordt omschreven;

Overwegende dat de verwerende partij met een brief van 14 maart 2008 aan enkele inschrijvers bijkomende stukken vraagt, aldus aan de verzoekende partij een attest van niet-faillissement en een R.S.Z.-attest van het 3^{de} kwartaal 2007; dat onder meer de verzoekende partij daaraan het gevraagde gevolg heeft gegeven;

Overwegende dat de verwerende partij met een “beschikking van toewijs” van 8 juli 2008 de raamovereenkomst voor het leveren, installeren, onderhouden en voorzien in technische ondersteuning voor centrale rekeninfrastructuur ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek van de Universiteit Gent aan de tussenkomende partij toewijst, overeenkomstig de voorwaarden van het bestek ICT/2007/0903; dat dit de bestreden beslissing is, die met een brief van 4 augustus 2008 ter kennis van de verzoekende partij wordt gebracht;

3.1. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat er uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending van de artikelen 89 en 90, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, juncto de materiële motiveringsverplichting en het verbod op kennelijke onredelijkheid opwerpt; dat zij aanvoert dat artikel 90, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit wordt geschonden omdat vier inschrijvers blijkens de bestreden beslissing geen RSZ-attesten of attesten betreffende het strafregister (bij hun offerte) hebben gevoegd, dat artikel 90, § 4, van hetzelfde koninklijk besluit toelaat hieraan voor de RSZ-attesten te verhelpen doch dat deze mogelijkheid niet voor de andere vereiste documenten is voorzien, dat de verwerende partij die offertes, waaronder die van de tussenkomende partij, als onregelmatig had moeten beschouwen of op zijn minstens omstandig had moeten motiveren waarom zij de laattijdige stukken toch aanvaardde, dat deze beoordelingsbevoegdheid zelfs bij een relatieve onregelmatigheid op transparante wijze en na zorgvuldige deliberatie had moeten worden uitgeoefend, dat de bestreden beslissing op dat vlak tekort schiet en dat het kennelijk onredelijk is om de niet-ontvankelijkheid van offertes zonder meer toe te dekken;

3.1.2. Overwegende dat artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betrekking heeft op het conform verklaren en de ondertekening van documenten en van doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen in documenten; dat het middel prima facie geen betrekking op de inhoud van die bepaling heeft en in die mate niet ernstig is;

Overwegende dat artikel 90, § 2, van hetzelfde koninklijk besluit als volgt luidt:

“De bescheiden, modellen, monsters en alle andere inlichtingen die door het bestek worden vereist, moeten bij de offerte worden gevoegd, tenzij in het bestek anders is bepaald”;

Overwegende dat de verzoekende partij de voorgehouden schending van die bepaling betreft op het feit dat de tussenkomen partij en drie andere inschrijvers bij hun offerte “geen RSZ of strafregister-attesten (hadden) bijgevoegd”;

Overwegende dat de verzoekende partij prima facie geen belang heeft bij het middel in de mate dat het tegen het regelmatig verklaren van andere inschrijvers dan de tussenkomen partij is gericht, omdat die inschrijvers bij de toetsing van de gunningscriteria nà de verzoekende partij werden gerangschikt; dat het middel in die mate niet ernstig is;

Overwegende dat in de bestreden beslissing over de ontbrekende stukken van de verzoekende partij in tussenkomst het volgende wordt gesteld:

“Overwegende dat ClusterVision B.V. geen uittreksel uit het strafregister of een evenwaardig document uitgereikt door een gerechtelijke of overheidsinstantie waaruit blijkt dat aan de gestelde eisen is voldaan, met name een attest van niet-faillissement of niet-faling uitgereikt door de bevoegde griffie van de rechtbank van koophandel en geen origineel R.S.Z.-attest van het 3^{de} kwartaal 2007 heeft ingediend; dat deze documenten op 14 maart 2008 werden opgevraagd en werden nagestuurd door de firma”;

Overwegende dat de verzoekende partij niet betwist doch zelf aangeeft dat artikel 90, § 4, van het koninklijk besluit toelaat om inlichtingen betreffende de R.S.Z. op te vragen; dat het middel in die mate niet ernstig is;

Overwegende dat aldus enkel moet worden onderzocht of de verwerende partij zonder artikel 90, § 2, van het koninklijk besluit, de materiële motiveringsplicht of het redelijkheidsbeginsel te schenden, de door de verzoekende partij genoemde “strafregister-attesten” op 14 maart 2008 nog mocht opvragen; dat de verzoekende partij daarmee het attest van niet-faillissement blijkt te bedoelen, vermits prima facie van geen andere attesten sprake is in de bestreden beslissing en ook geen andere attesten blijken te zijn opgevraagd; dat het ontbreken van een attest van niet-faillissement prima facie geen substantiële onregelmatigheid vormt en geen

op miskennen van wezenlijke vormvereisten terug te voeren oorzaak van nietigheid van de inschrijving oplevert; dat de verwerende partij die leemte prima facie kon opvullen door, zonder de gelijkheid tussen de inschrijvers te schenden en zonder dat de onderlinge vergelijking van hun aanbiedingen er minder doelmatig door zou worden, het ontbrekende stuk alsnog aan de tussenkomende partij op te vragen; dat de verzoekende partij niet aantoont dat de verwerende partij zich daarbij op onjuiste feitelijke gegevens heeft gesteund of kennelijk onredelijk heeft gehandeld; dat het middel ook in die mate niet ernstig is;

3.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending van artikel 110, § 2 en § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, juncto de materiële motiveringsverplichting en het verbod op kennelijke onredelijkheid opwerpt; dat zij aanvoert dat de prijzen voor onderhoud na verkoop van de tussenkomende partij vier tot vijf maal lager liggen dan de marktconforme prijzen van de overige deelnemers, dat de bestreden beslissing de wet schendt door dit niet op te merken, terwijl de verwerende partij als operator van bestaande rekenknopen zeer goed de gangbare prijzen van onderhoud kent, en door de tussenkomende partij niet uit te nodigen om hierover verantwoording af te leggen en dat de bestreden beslissing aldus is aangetast door een gebrekkige materiële motivering, want gesteund op onjuiste motieven, en door de kennelijke onredelijkheid die erin bestaat “aan dergelijke fantaisistische cijfers” geloof te hechten;

3.2.2. Overwegende dat uit de bijlage “detail evaluatie gunningscriteria van de inschrijvingen voor het lastenboek”, waarnaar de verzoekende partij in het middel verwijst, blijkt dat de tussenkomende partij voor het onderhoud op de aangeboden configuratie gedurende drie jaar 13.801,55 euro in rekening brengt voor de variante “SuperMicro” en 17.883,43 euro voor de met de bestreden beslissing gekozen variante “IBM”, terwijl de inschrijvers Sun Microsystems, SGI en de tussenkomende partij daarvoor respectievelijk 57.150,14 euro, 75.072,32 euro en 92.180,58 euro voorzien;

Overwegende dat de aanbestedende overheid in de gevallen waarin, zoals te dezen, artikel 110, § 4 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet van toepassing is, bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt; dat de Raad

van State zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid kan stellen, doch enkel dient na te gaan of de overheid zich niet op onjuiste feitelijke gegevens heeft gesteund en of zij niet kennelijk onredelijk heeft gehandeld; dat er voor wat betreft het onderhoud op de aangeboden configuraties een prijsverschil van $57.150,14 - 17.883,43 = 39.256,71$ euro tussen de gekozen offerte van de tussenkommende partij en de daarop qua prijs volgende offerte van Sun Microsystems blijkt te bestaan, doch dat er een vergelijkbaar prijsverschil blijkt te bestaan van $92.180,58 - 57.150,14 = 35.04,44$ euro tussen de offerte van de verzoekende partij en Sun Microsystems; dat er derhalve een grote prijsdiversiteit tussen de verschillende offertes blijkt te bestaan, niet alleen in vergelijking met de offerte van de tussenkommende partij, waaruit derhalve op zichzelf niet kan worden afgeleid dat de prijs van de gekozen offerte niet marktconform of irreëel laag zou zijn; dat de verzoekende partij zelf aangeeft dat de verwerende partij reeds operator van bestaande rekenknopen is die zeer goed de gangbare prijzen van onderhoud kent; dat de verwerende partij dus in staat mag worden geacht te oordelen of het al dan niet om abnormaal lage of hoge prijzen lijkt te gaan en of er al dan niet noodzaak bestaat om een inschrijver uit te nodigen hieromtrent verantwoording af te leggen; dat de verzoekende partij geen andere prijsverschillen of elementen aanvoert; dat zij aldus prima facie niet aannemelijk maakt dat de bestreden beslissing op grond van onjuiste feitelijke gegevens, op kennelijk onredelijke wijze of in strijd met de door haar aangehaalde bepalingen is genomen; dat het tweede middel niet ernstig is;

3.3. Overwegende dat niet is voldaan aan een van de bij artikel 17, §§ 1 en 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te kunnen bevelen; dat die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de BV CLUSTERVISION in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig augustus 2008, door :

de H.	C. ADAMS,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	A. TRUYENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

C. ADAMS.