

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.241 van 27 november 2008
in de zaak A. 190.271/XII-5619.**

In zake : de NV XEROX,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. De Maeyer en X. Leurquin,
kantoor houdende te 1160 Brussel,
Tedescolaan 7

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging.

tussenkommende partij :

de NV OCE BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en S. Jochems,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Xerox op 7 november 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van de verwerende partij betreffende de opdracht 9SD005 - meerjarige open overeenkomst (2009-2013) voor de huur en het onderhoud van professionele printers ‘hoog volume’ ten behoeve van de reproductiecentra niveau 2 van Defensie - perceel 2, die op 20 oktober 2008 werd genomen en waarbij de betrokken opdracht werd toegewezen aan de nv Oce Belgium op basis van artikel 15 van de wet van 24 december 1993”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 12 november 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 november 2008, om 10.00 uur;

Gezien het op 18 november 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Océ Belgium vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. De Maeyer, die verschijnt voor de verzoekende partij, van luitenant-kolonel militair administrateur A. De Decker, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat D. D'Hooghe, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De verwerende partij schrijft als aanbestedende overheid een opdracht uit die ze een opdracht voor leveringen noemt en waarvoor ze de gunningswijze van de openbare aanbesteding kiest.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen.

2. De opdracht wordt beheerst door het Bestek MRMP-S/AD Nr 9SD005 betreffende een meerjarige open overeenkomst (2009-2013) van leveringen met twee percelen, voor de huur en het onderhoud van professionele printers “hoog volume” ten behoeve van de reproductiecentra niveau 2 van Defensie.

De vordering betreft het type zwart-wit printer - perceel 2.

3. De verzoekende partij en de tussenkomende partij NV Océ Belgium dienen een offerte in.

4. Bij de technische evaluatie blijkt dat zowel de offertes van verzoekende als die van de tussenkomen de partij zonder meer conform bevonden worden voor de aangehaalde specificaties.

5. Op 20 oktober 2008 beslist de verwerende partij de opdracht - perceel 2 - toe te wijzen aan de tussenkomen de partij voor 661 920 euro, BTW inbegrepen, aangezien deze de goedkoopste regelmatige offerte heeft ingediend voor perceel 2.

6. Deze beslissing wordt met een brief van 28 oktober 2008 aan de verzoekende partij ter kennis gebracht. Er wordt haar een wachtermijn van 15 dagen toegekend, met verwijzing naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Aan de tussenkomen de partij wordt deze beslissing op dezelfde datum volgens die brief “informatief - juridisch niet verbindend” medegedeeld.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

8. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een enig middel de schending aan van het bestek meer bepaald van specificaties 1.4 en 5.3, 5.4 en 5.18.4, van het adagium patere legem quam ipse fecisti en van de “algemene beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”; voorts roept de verzoekende partij “de manifeste beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite” aan en machtsoverschrijding.

Zij betoogt daartoe :

- de offerte van de tussenkomen de partij had niet conform verklaard mogen worden, zulks omdat ze niet voldeed aan de specificaties die in het bestek als onontbeerlijk werden beschouwd.

- als essentieel aangemerkte besteksspecificaties bepalen onder meer dat de zwart-wit printer niet alleen een minimale gemiddelde capaciteit van 500.000 A4 recto afdrukken per maand maar ook minimaal 140 ppm afdrukken op 80 gr papier zou kunnen verwerken; uit de publiek toegankelijke gegevens waarover de verzoekende partij beschikt, blijkt dat het materieel van het gangbare commerciële type dat door de tussenkomende partij zou kunnen worden aangeboden in het kader van onderhavig dossier, niet in staat is om aan de voormelde specificaties te voldoen; het is niet in staat om 140 pagina's per minuut recto af te drukken; dat het enkel om 140 pagina's recto kan gaan blijkt uit de samenlezing van de specificaties 5.3 en 5.4; het betrokken materieel kan slechts 125 afdrukken aan.

Zij voert nog een tweede reden van non-conformiteit van de bedoelde offerte aan :

- de specificatie 5.18.4 schrijft voor dat de grote uitvoerlade over een wagentje dient te beschikken met een opvangcapaciteit van minstens 3000 vellen 80 gr/papier; het moet al de te verwerken papiersoorten en formaten kunnen opvangen;
- de gangbaar commerciële toestellen van de tussenkomende partij zijn niet voorzien van een wagentje met een opvangcapaciteit dat conform de eisen van de aanbestedende overheid vast hangt aan de uitvoerlade : op vraag 24 werd tijdens een informatiesessie als antwoord gegeven dat het wagentje moet vastzitten aan de uitvoerlade.

9. In het bestek luiden de in het middel vermelde specificaties als volgt:

- betreffende specificaties die gelden voor beide percelen :

“

1.4.	Het aangeboden materieel zal van het gangbare commerciële type zijn. Het mag niet als een prototype beschouwd worden, noch in zijn geheel noch in zijn voornaamste onderdelen
------	---

”

- betreffende specificaties voor perceel 2 :

“

5	Specificaties van de zwart-wit printer	
5.3	De digitale zwart-wit pers moet een minimale gemiddelde capaciteit van 500.000 A4 recto afdrukken per maand (20 werkdagen van 7 uur) kunnen verwerken.	[I]

5.4	De digitale zwart-wit pers dient minimaal 140 ppm afdrukken op 80-gr papier te kunnen verwerken.	[I]
-----	--	-----

De verzoekende partij voert in haar middel weliswaar ook de schending aan van specificaties 1.4 en 5.3 maar formuleert geen grieven die rechtstreeks kunnen worden betrokken op die specificaties.

10. Het discussiepunt van de eerste grief lijkt te liggen in de draagwijdte van de specificatie 5.4, meer bepaald rijst de vraag of daarmee bedoeld is dat de gevraagde installatie in elk geval minimaal 140 afdrukken recto per minuut moet kunnen printen (wat in dat geval op 140 vellen papier neerkomt), dan wel of is bedoeld dat die 140 afdrukken hetzij recto moeten kunnen worden gehaald maar dat het in voorkomend geval ook volstaat dat 140 afdrukken recto/verso kunnen worden geprint per minuut (dit laatste dan in 70 vellen papier).

In elk geval lijkt het toestel van de tussenkomende partij niet te voldoen aan de vereiste van 140 vellen recto aangezien de technische fiche uit haar offerte aangeeft dat het aangeboden toestel Océ VP6140 140 (afdrukken) ppm recto verso aflevert terwijl het enkel recto werkend slechts aan 125 (afdrukken) ppm toekomt. Bij het toestel van de verzoekende partij (Xerox Nuvera E.A. 144 Digital Production) wordt als printsnelheid opgegeven voor A4 papier 144 beelden per minuut wat volgens haar uiteenzetting ter terechtzitting 144 beelden recto is. Indien recto/verso moet worden geprint haalt het echter slechts 70 ppm.

De verzoekende partij meent dat de specificatie in elk geval ook 140 vellen recto eist en zij verwijst daarvoor naar specificatie 5.3 waar er sprake is van minimaal 500.000 A4 vellen “recto” per maand.

In specificatie 5.4 staat echter, in tegenstelling tot in specificatie 5.3, niets over recto en/of verso; er is enkel sprake van “afdrukken”. Indien echter voor specificatie 5.4 zou worden aangenomen, gelet op het ontbreken van “recto” of “recto/verso”, dat 140 ppm moet worden bereikt, zowel bij het printen recto maar ook bij het printen recto/verso, dan lijkt geen van de beide partijen een conforme inschrijver : de tussenkomende partij niet omdat zij in recto de norm niet haalt, maar de verzoekende partij evenmin omdat zij van haar kant in recto/verso de norm niet haalt.

In de huidige stand van de procedure lijkt aldus te moeten worden aanvaard dat er te dezen geen rekening diende te worden gehouden met de wijze waarop 140 ppm wordt gehaald - recto of recto/verso en dat aan de norm is voldaan indien het toestel 140 afdrukken ppm kan afleveren, ongeacht de printwijze. Er lijkt aldus niet aangetoond dat de aanbestedende overheid de verplichting had om de offerte van de tussenkomenende partij op dit punt niet conform te verklaren.

11. De tweede grief betreft specificatie 5.18.4, die luidt als volgt :

“5.18. Uitvoercapaciteit

5.18.4. De grote uitvoerlade dient over een wagentje met een opvangcapaciteit van minstens 3000 vellen 80-gr papier te beschikken. Deze moet al de te verwerken papiersoorten en formaten kunnen opvangen”.

Betreffende die bepaling werd op de informatiesessie van 10 september 2008 de vraag gesteld: “Kan u voor perceel 2 een wagentje aanvaarden los van de grote uitvoerlade?”. Het antwoord luidde dat die eis “impliceert dat het wagentje vast is aan de uitvoerlade”.

De verwerende partij merkt bij de betrokken grief op dat met vast aan de uitvoerlade wordt bedoeld "functioneel vast", dat het met andere woorden een wagentje betreft dat structureel integreerbaar is met de uitvoerlade en specifiek daarvoor is ontwikkeld, waarbij de bedoeling voorligt dat er geen manuele handelingen nodig zijn om de duizenden vellen uit de machine te verwijderen; “materialiter vast” wordt niet bedoeld, zoniet is de offerte van de verzoekende partij zelf niet conform. De tussenkomenende partij biedt een “hoog-volume output & trolley” “high capacity stacker” en “hoymand powerlift” aan wat volgens de verwerende partij voldoet aan de specificatie. De tussenkomenende partij argumenteert in dezelfde zin en ook zij wijst erop dat antwoorden op vragen het bestek niet vermogen te wijzigen.

De Raad van State ziet geen reden om in de huidige stand van de procedure dit verweer niet bij te vallen: het doel van de betrokken specificatie is verduidelijkt en dat doel - het vermijden van manuele handelingen - lijkt redelijkerwijze aanvaardbaar. Vanuit die doelstelling lijkt de verwerende partij niet verplicht te zijn geweest om de offerte van de tussenkomenende partij als onregelmatig te weren, die met haar systeem - ter terechtzitting nog geïllustreerd als bestaande uit een heftoestel dat zich inschuift in de ladenopening - er blijk van lijkt te hebben gegeven aan de doelstelling van de betrokken specificatie te beantwoorden, op zijn minst door de “functionele” band tussen het “hefwagentje” en het printtoestel. Ook

al lijkt het aangehaalde antwoord op de vraag omtrent de specificatie, achteraf, zoals het letterlijk geïnterpreteerd wordt door de verzoekende partij, op een anders geconcipieerd opvangsysteem te kunnen wijzen, lijkt dat antwoord te dezen te moeten wijken voor de specificatie zelf, zoals geïnterpreteerd naar haar doelstelling.

Ook de besproken grief wordt niet aanvaard.

12. Aldus lijkt niet aangetoond dat de in het middel geschonden geachte besteksbepalingen en rechtsnormen zijn geschonden door de bestreden beslissing. Het enig middel is dienvolgens in zijn geheel niet ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Oce Belgium in het administratief kort geding 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, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zevenentwintig november 2008, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.