RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 191.247 van 10 maart 2009
in de zaak A. 191.342/XII-5710.

In zake : de GMBH PANASONIC MARKETING EUROPE,
vennootschap naar Duits recht,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Verstraeten,
kantoor houdende te Leuven,
Vaartstraat 68-70

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Financiën,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. De Maeyer en X. Leurquin,
kantoor houdende te 1160 Brussel,
Tedescolaan 7.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de GmbH Panasonic Marketing Europe, vennootschap naar Duits recht, op 6 februari 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van "het besluit d.d. 27 januari 2009 van de Federale Overheidsdienst Financiën, Stafdienst ICT - Cel Overheidsopdrachten, Koning Albert II-laan 33 bus 95, 1030 Brussel tot a) het niet regelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij voor het project Moda hardware - lot 1 en b) het gunnen van dit project aan Dolmen Computer Applications N.V.";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 9 februari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 3 maart 2009, om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. Vanhorebeek, die loco advocaat J. Verstraeten verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat P. De Maeyer, die verschijnt voor verwerende 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft via een algemene offerteaanvraag een overheidsopdracht met Europese bekendmaking uit met als voorwerp “de levering van mobiel informaticamateriaal en dienstverlening voor de integratie en installatie van dit specifieke mobiele materiaal en van het traditionele uitrustingsmateriaal van de douane in de voertuigen van de Administratie Douane en Accijnzen”. De opdracht wordt beheerst door het bestek “Mobiele douane : Levering van mobiel materiaal en van de installatie en interpretatie in de voertuigen van de douane”.

2. Volgens de nota wordt de aankondiging van de opdracht bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 mei 2008 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 mei 2008, met bericht van wijziging respectievelijk op 25 en 23 juni 2008.

3. De offertes dienden te zijn ingediend uiterlijk 10 juli 2008 om 10 u.

4. Er wordt voor het te dezen relevante lot 1 een offerte ingediend door verzoekende partij. Daarvoor zijn er volgens het evaluatieverslag nog drie andere inschrijvers : nv AEG Belgium, sa Computerland SLM en nv Dolmen Computer Applications.

5. Op 8 december 2008 wordt een evaluatieverslag “MODA - Hardware” opgesteld.

De vier voornoemde inschrijvers voor lot 1 worden kwalitatief geselecteerd. Vervolgens worden hun offertes onderzocht en geëvalueerd.

Blijkens de nota en de daarbij gevoegde stukken laat verwerende partij daartoe het testlaboratorium PMTC de voorgeschreven testen uitvoeren op het aangeboden demonstratiemodel. Daaruit blijkt dat de kantoorproductiviteit van het door verzoekende partij aangeboden materieel slechts 131 bedraagt en dus minder dan de gevraagde 134.

PMTC deelt daarbij aan verwerende partij mee :

> "Fail : 131
> Remark : Deze score werd op 14/08/2008 behaald na terugzetten van een clean Windows XP Pro (Engels) image en zonder extra drivers (printer en scanner) te installeren.
> De Sysmark 2004SE test werd meerdere keren uitgevoerd (op 12/08/2008) met de drivers voor scanner, printer. De scores voor deze test waren dan; 131//130/132.
> In totaal werd deze test 4 keer uitgevoerd".

6. In een e-mail van 28 augustus 2008 deelt verzoekende partij in dit verband "ter aanvulling van het voorbehoud aangetekend nav de uitgevoerde testen van het door ons aangeboden toestel ihkv het bovenvermeld bijzonder lastenboek" aan verwerende partij , "het door [haar] behaalde resultaat van de BAPCo sysmark 2004 SE" mee. Volgens deze e-mail werd dit resultaat "behaald volgens de door BAPCo voorgeschreven methodiek", werd dit resultaat "met goedkeuring van onze engineering in Japan [...] neergelegd bij BAPCo in de VS" en "hebben [zij] dit resultaat gevalideerd en zullen het op hun eigen website plaatsen tegen 22 september 2008".

Het evaluatieverslag gaat hier niet verder op in en vermeldt in punt 5.1.2 inzake de technische regelmatigheid de resultaten die de testen, "uitgevoerd volgens de bepalingen van punten 1.3.3.7 en 1.3.3.8 van het bestek, [voort]brachten [...] tijdens de keuring" en concludeert "de laptop Panasonic Toughbook CF19 behaalde niet het gewenste resultaat bij de Office Productivity (kantoorproductiviteit) test", namelijk slechts 131 in plaats van de gevraagde 134. "Zoals vermeld in punt 3.2.2.1.1 van het bestek" wordt de offerte van verzoekende partij vervolgens "beschouwd als onregelmatig op technisch vlak wegens het niet halen van de gestelde minima".

Ook de offerte van AEG wordt technisch onregelmatig geacht.

7. Aangezien uit de beoordeling van de gunningscriteria blijkt dat Dolmen Computer Applications de beste prijs/kwaliteit verhouding biedt met een score van 80,78 op 100, wordt voorgesteld om lot 1 toe te wijzen aan deze inschrijver.

De offertes van verzoekende partij en AEG worden weliswaar ook technisch beoordeeld maar niet volledig. Gelet op de voornoemde onregelmatigheid wordt de technische waarde van hun pc apparatuur niet beoordeeld. Zij krijgen dan ook geen eindscore.

8. Op 27 januari 2009 beslist de Minister van Financiën, met herneming van het evaluatieverslag, dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig is op technisch vlak wegens het niet behalen van de gestelde minima op kantoorproductiviteit. De offertes van Dolmen Computer Applications en Computerland SLM worden regelmatig geacht.

Die onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij is de eerste bestreden beslissing.

9. In een ondertekende en eveneens op 27 januari 2009 "gemotiveerde beslissing voor gunning van de opdracht" beslist de Minister vervolgens "gezien de elementen van het evaluatieverslag van de offertes, stel ik voor de opdracht voor lot 1 toe te wijzen aan de firma Dolmen Computer Applications NV".

Dit is de tweede bestreden beslissing.

10. Met een volgens de nota aangetekend verzonden brief van 27 januari 2009 deelt verwerende partij aan "Panasonic Belgium NV" mee : "Na de selectie van de kandidaten waarbij uw kandidatuur werd weerhouden, werd uw offerte onderzocht op vlak van regelmatigheid. Uit dit onderzoek blijkt dat uw offerte niet regelmatig is. De opdracht zal aan de firma Dolmen Computer Applications NV gegund worden. Gelieve hierbij de gemotiveerde beslissing te vinden".

Onder verwijzing naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten wordt een wachttermijn van 10 kalenderdagen toegekend.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

11. 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.

12. Wat de tweede voorwaarde betreft voert verzoekende partij in een *eerste middel* de schending aan van "artikel 110 van het K.B. van 8.01.1996 en van het artikel 21 bis W. 24 december 1993, juncto de motiveringsverplichting, art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en het zorgvuldigheidsbeginsel".

In essentie wordt aangevoerd dat de door verzoekende partij aangeboden laptop Panasonic Toughbook CF-19 wel degelijk beantwoordt aan de door het bestek in artikel 3.2.2.1.1. gestelde vereisten van kantoorproductiviteit, nu de laptop volgens de BAPCo voorgeschreven methodiek in de Verenigde Staten een resultaat behaalt van 135, resultaat dat is neergelegd bij BAPCo, door deze laatste werd gevalideerd en nog steeds wordt vermeld op haar website, zoals aan verwerende partij meegedeeld met een e-mail van 28 augustus 2008. De door verwerende partij uitgevoerde test met een resultaat van 131, waarvan geen bewijs wordt gevoegd bij het bestreden besluit, kan niet correct zijn en de offerte van verzoekende partij werd aldus ten onrechte onregelmatig verklaard zodat artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, geschonden is.

Minstens is de uitsluiting in het geheel niet gemotiveerd, alleszins niet afdoende, noch concreet, noch draagkrachtig, gezien de door verzoekende partij bijgebrachte bewijsstukken en omdat in de bestreden beslissingen met geen woord wordt gerept over de door de verzoekende partij bijgebrachte en officiële validiteit hebbende resultaten. Het is volgens haar onmogelijk dat BAPCo de score van haar test (135) aanvaardt en op haar site officieel bevestigt, terwijl de verwerende partij -zich baserend op BAPCo- stelt dat de laptop deze score niet haalt. Het feit dat hierover wordt gezwegen is minstens een motiveringsgebrek.

Van een zorgvuldig bestuur kan bovendien worden verwacht dat het in de feitenvinding correct te werk gaat en zich steunt op de correcte tests zoals aangegeven door BAPCo zelf, minstens dat zij, geconfronteerd met de validiteit van de test door BAPCo, zelf de feiten nauwkeurig checkt en controleert.

13. De in het geding zijnde opdracht is met de procedure van de algemene offerteaanvraag uitgeschreven, waarop artikel 110, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 van toepassing is. Dit artikel bepaalt dat "onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen".

Deze bepaling maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid -de relatieve onregelmatigheid-, waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële bestekbepaling, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. In elk geval legt de materiële motiveringsplicht op dat bij die beoordeling is uitgegaan van aanvaardbare motieven en de genomen optie ook formeel moet worden gemotiveerd.

14. In artikel 1.3.3.7 van het bestek worden "de inschrijvers [...] uitgenodigd om spontaan apparatuur die volkomen identiek is aan de voorgestelde apparatuur (laptop, printer, scanner, barcode-lezer), te laten uittesten binnen de diensten van de administratie". Deze demonstratie houdt blijkens hetzelfde artikel 1.3.3.7 ook het uittesten in binnen de diensten van de administratie van apparatuur die volkomen identiek is aan de voorgestelde apparatuur, met inbegrip van de opties.

Artikel 1.3.3.8. verwijst naar de prestatietests onder meer voor de laptop en stelt onder meer “Deze keuring heeft betrekking op de uitvoering door de administratie of door een testlaboratorium, gekozen door de administratie, van een reeks programma’s voor de beoordeling van het prestatievermogen van de apparatuur (benchmark), rekening houdend met het gebruik dat van de pc’s, printers en scanners zal worden gemaakt. De technische eigenschappen van de hardware zijn terug te vinden in deel C van dit lastenboek”.

In artikel 3.2.2.1.1. van het bestek worden inzake post 1, de laptop, de technische eisen van het demonstratiemodel omschreven als volgt :

> “3.2.2.1.1 Technische eigenschappen van het demonstratiemodel
>
> Het demonstratiemodel zal aan verschillende labotesten onderworpen worden. Deze testen zullen zowel performantie testen als het aangepast zijn aan gebruik in the field. Ook andere technische tests zijn mogelijk.
>
> De door de inschrijvers voorgestelde ‘versterkte’ draagbare pc's moeten voldoen aan de volgende technische eigenschappen:
>
> De processor voldoet minimaal aan de volgende testresultaten:
>
> Volgens de BAPCo benchmarktest SYSMARK 2004SE voor wat betreft de algemene prestaties :
>
> • Internet Content Creation (creatie van internetcontent) : rating 174
> • Office Productivity (kantoorproductiviteit) : rating 134
> • Sysmark Rating (Sysmark-evaluatie) : rating 153
>
> Indien dit minimum niet wordt gehaald voor elk van de drie criteria en subcriteria, zal de offerte als zijnde onregelmatig op technisch vlak worden beschouwd”.

Verwerende partij oordeelde dan ook terecht, zo lijkt het, dat het niet behalen van de kantoorproductiviteit rating 134 een substantiële onregelmatigheid is.

Tevens kan daarbij worden vastgesteld dat blijkens het bestek verwerende partij zelf, of een door haar gekozen testlaboratorium, het prestatie-vermogen van de aangeboden apparatuur test, hetgeen te dezen ook is gebeurd en blijkens de op 14 augustus 2008 uitgevoerde test op het door verzoekende partij aangeboden demonstratiemodel leidde tot een onvoldoende score qua kantoorproductiviteit.

De verzoekende partij beweert nu dat die test niet correct en nauwkeurig kan zijn maar daartoe stelt zij in haar inleidend verzoekschrift enkel vast dat haar laptop Panasonic Toughbook CF-19 wel degelijk beantwoordt aan de vereisten van kantoorproductiviteit nu de laptop volgens de BAPCo voorgeschreven methodiek een resultaat behaalt van 135, resultaat dat is neergelegd bij BAPCo, door deze laatste werd gevalideerd en nog steeds wordt vermeld op haar website.

Aangezien in het bestek een voldoende testresultaat werd vereist op het demonstratiemodel en niet enkel een BAPCo validatie, rijst echter de vraag of dergelijke validatie met zich zou meebrengen dat verwerende partij niet zou mogen steunen op de negatieve resultaten van het door haar aangewezen testlaboratorium. Voorts kan, zo lijkt het, met verwerende partij worden vastgesteld dat de BAPCo resultaten waarnaar verzoekende partij verwijst weliswaar een toestel Panasonic Toughbook CF-19 betreffen zoals aangeboden, maar met een MBZ van 667 MHz, terwijl verzoekende partij in de technische specificaties van het door haar aangeboden toestel in bijlage 13 bij haar offerte, verwijst naar een MBZ of FSB van 533 MHz. Aldus lijkt de BAPCo test waarop de verzoekende partij zich beroept, een versie van de laptop met andere eigenschappen te betreffen dan degene die in de offerte werd aangeboden en waarop verwerende partij de testen liet uitvoeren. Met de testresultaten van dergelijk niet aangeboden toestel lijkt verwerende partij geen rekening te kunnen houden.

Ter terechtzitting wordt tussen partijen nog discussie gevoerd over de juiste draagwijdte van de technische begrippen “MHz”, “MBZ”, en “FSB” in de context van de apparaten van verzoekende partij. De Raad van State acht zich niet bij machte deze technische argumenten te beoordelen zonder deskundig advies, dat zich in principe niet verzoent met de spoedeisendheid, eigen aan een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige.

Verzoekende partij toont in de huidige stand van het geding dan ook niet aan dat verwerende partij artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft geschonden door haar offerte in voormelde omstandigheden technisch onregelmatig te verklaren.

15. In het middel wordt voorts de schending ingeroepen van artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, maar niet afzonderlijk toegelicht op welke wijze dit artikel, dat enerzijds de wachtperiode

regelt en anderzijds de kennisgeving van de beslissing en de motieven ervan, werd geschonden.

Dienvolgens is het middel in zoverre niet ernstig want niet ontvankelijk.

16. Wat betreft de ingeroepen schending van de "motiverings-verplichting" en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, rijst in de eerste plaats de vraag of met dit onderdeel ook de materiële motiveringsplicht is bedoeld, die in het tweede middel uitdrukkelijk en afzonderlijk wordt ingeroepen, dan wel enkel de formele motiveringsplicht.

In de mate dat de materiële motiveringsplicht is bedoeld, valt het middelonderdeel samen met de hiervoor besproken schending van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en is het middel om de daar vermelde redenen niet ernstig.

Wat de formele motiveringsplicht betreft, moet krachtens artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 verwerende partij een beslissing zoals de hier met het middel bestredene uitdrukkelijk motiveren. Krachtens artikel 3 van die wet moet de opgelegde motivering in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en moet zij afdoende zijn. De formele motivering is afdoende wanneer zij de bestuurde redelijkerwijze in staat stelt te begrijpen op grond van welke feitelijke en juridische gegevens de beslissing is genomen en aldus met kennis van zaken desgevallend tegen deze beslissing in rechte kan optreden.

Ongeacht de vraag of verzoekende partij nog belang heeft bij het inroepen van die in de wet van 29 juli 1991 vervatte motiveringsverplichting, nu zij in haar verzoekschrift de materiële motieven bekritiseert en die dus lijkt te kennen, wordt in de bestreden beslissing verwezen naar de relevante bepalingen van het bestek en naar de behaalde testresultaten. Dit stelde haar in elk geval in staat zich ter zake in rechte te verweren.

Het argument dat ten onrechte niet wordt geantwoord op de in de voormelde mail van 28 augustus 2008 meegedeelde gegevens, met name de BAPCo validatie van eigen testen, gaat er, zo lijkt het, aan voorbij dat blijkens de in de

bestreden beslissing vermelde bepalingen van het bijzonder bestek vereist is dat het demonstratiemodel, bij de testen uitgevoerd door verwerende partij of het door haar aangewezen testlaboratorium, minimaal voldoet aan de benchmark vereisten. Aldus wordt, zo lijkt het, wel gemotiveerd waarom met de aldus meegedeelde gegevens geen rekening werd gehouden.

17. Om dezelfde redenen lijkt evenmin aangetoond dat verwerende partij, door aldus te beslissen en zich te steunen op de eigen testresultaten, zou hebben gehandeld met schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

18. Het middel gericht tegen de eerste bestreden beslissing is niet ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing van de eerste bestreden beslissing te verwerpen.

19. Uit de bespreking van het eerste middel blijkt dat de offerte van verzoekende partij prima facie terecht technisch onregelmatig werd verklaard. Aldus -als onregelmatige inschrijver aan wie de opdracht niet mocht worden toegewezen- heeft zij geen belang bij de nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing, de tweede bestreden beslissing, nu zij geen middelen opwerpt die inhouden dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden toegewezen.

De Raad van State vermag aldus niet over de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de betrokken beslissing uitspraak te doen, nu overeenkomstig artikel 17 van de voormelde gecoördineerde wetten de schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of reglement enkel mogelijk is indien die vatbaar zijn voor nietigverklaring, hetgeen te dezen, zoals hiervoor is gebleken, niet het geval lijkt.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

<u>Artikel 1</u>.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

<u>Artikel 2</u>.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien maart 2009, door :

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

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**