RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 193.085 van 7 mei 2009
in de zaak A. 192.128/XII-5781.

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

tegen :

het UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS GENT,
dat woonplaats kiest bij
advocaten J. Mertens en B. Poelemans,
kantoor houdende te 9051 Gent - Sint-Denijs-Westrem,
MG Building II,
Kortrijksesteenweg 1144 G.

tussenkomende partij :

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

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Xerox op 7 april 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van "de beslissing van de verwerende partij betreffende de opdracht EAO/UZG/CA/2008-AL/lb/D34080210 - Huren en onderhoud van twee centrale laserprinters en bijhorende software ten behoeve van het Departement ICT, die op 23 maart 2009 werd genomen en waarbij de betrokken opdracht werd toegewezen aan de nv OCE BELGIUM op basis van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 8 april 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 april 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 17 april 2009 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 staatsraad P. Barra;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. De Maeyer, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat J. Mertens, die verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

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 een overheidsopdracht uit, met als gunningswijze de algemene offerteaanvraag, voor het huren en onderhouden van twee centrale laserprinters (perceel 1) en bijhorende software ten behoeve van het departement ICT (percelen 2 en 3).

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 augustus 2008 en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen op 9 augustus 2008.

De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek EAO/UZG/CA/2008-AL/lb/D34080210; inzake de gunningscriteria vermeldt dit bestek het volgende :

> "Voor de toewijzing zullen de volgende gunningscriteria in acht genomen worden volgens de opgegeven weging :
>
> 1. de technische mogelijkheden van de apparatuur & software 60 %
> 2. de prijs 40 %
>
> Er kunnen meerdere percelen aan dezelfde inschrijver gegund worden. Het Bestuur behoudt zich het recht voor om slechts enkele percelen toe te wijzen en één of meerdere percelen in een nieuwe opdracht op te nemen die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund."

2. Drie inschrijvers dienen een offerte in, met name de nv Xerox, de nv Océ Belgium en de NV NRG Belgium-Nashuatec.

3. Er wordt een evaluatierapport en een technisch verslag opgesteld.

4. Met een niet-gedateerde beslissing wordt de offerte van Nashuatec uitgesloten en de opdracht, op basis van de evaluatie volgens de gunningscriteria, voor de drie percelen toegewezen aan de nv Océ Belgium.

5. Bij brief van 23 maart 2009 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet de voordeligste is en wordt haar een kopie van de toewijzingsbeslissing overgemaakt. Tevens wordt onder verwijzing naar artikel 21bis van de overheidsopdrachtenwet een standstillperiode van 15 dagen toegekend.

De rechtspleging

6. Bij brief van 28 april 2009 brengt verzoekende partij de Raad van State een aantal nieuwe stukken bij; deze stukken, die niet van na het indienen van het inleidend verzoekschrift dagtekenen en waarover verzoekende partij toen al kon beschikken, dienen uit de debatten te worden geweerd.

De grond van de zaak

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.

8.1. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert verzoekende partij in een eerste middel de schending aan van de artikelen 16 en 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 51 en 115, tweede en derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht en van het vertrouwensbeginsel, de kennelijke beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, en machtsoverschrijding.

Zij stelt in haar inleidend verzoekschrift in essentie dat uit de bestreden beslissing blijkt dat voor perceel 3, zonder enige verdere verduidelijking, een andere wegingscoëfficiënt van de gunningscriteria werd gehanteerd dan deze voorzien in het bestek. Dergelijke handelwijze is volgens haar niet toelaatbaar aangezien alle criteria en hun weging op voorhand gekend dienen te zijn.

Ter zitting stelt verzoekende partij mondeling dat ze haar middel uitbreidt; ze wijst er op dat het evaluatierapport en het technisch verslag niet bij de gemotiveerde beslissing, zoals die haar werd overgemaakt bij brief van 23 maart 2009, waren gevoegd, dat in het bestek onvoldoende zou aangegeven zijn hoe de gunningscriteria dienen toegepast te worden wat een schending van het transparantiebeginsel zou uitmaken en dat uit het evaluatierapport zou blijken dat er subgunningscriteria worden gehanteerd die niet in het bestek zijn opgenomen.

8.2. Het eerste middel is niet ernstig om volgende redenen.

8.2.1. Uit het administratief dossier blijkt dat in de puntentabel opgenomen in de toewijzingsbeslissing, in het evaluatierapport en in het technisch verslag voor perceel 3 telkens als percentages 40 % en 30 % worden vermeld, in plaats van de 60 % en 40 % zoals voorzien in het bestek. Het lijkt echter om een materiële vergissing te gaan; in werkelijkheid lijkt de beoordeling en de

puntentoekenning te zijn gebeurd overeenkomstig de weging van de gunningscriteria zoals vermeld in het bestek, dit is de verhouding 60 % / 40 %.

8.2.2. Wat de uitbreiding van een middel of het aanvoeren van een nieuw middel betreft en dit na kennisname van het administratief dossier dient er vooreerst op gewezen te worden dat het allerminst evident is dit toelaatbaar te achten in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de Raad reeds in zijn arrest NV Drukkerij Joos, nr. 142.313 van 17 maart 2005 overwoog.

Voorts dient er op gewezen te worden dat verzoekende partij niet als middel in haar inleidend verzoekschrift opwerpt dat het evaluatierapport en het technisch verslag niet waren toegevoegd; zo ook maakt verzoekende partij geen melding in haar inleidend verzoekschrift van haar grief dat het bestek onvoldoende zou aangegeven hoe de gunningscriteria dienen toegepast te worden; beide grieven had verzoekende partij kunnen aanbrengen in haar eerste procedurestuk.

Voorzover verzoekende partij aanvoert dat uit het evaluatierapport en het technisch verslag blijkt dat er subgunningscriteria werden gehanteerd die niet in het bestek zijn opgenomen, laat verzoekende partij na concreet toe te lichten aan de hand van die stukken wat haar grief inhoudt.

9.1. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van de bepalingen van het bijzonder bestek, inzonderheid artikel 1 van deel 1, artikelen 1 en 6 van deel 2 en artikel 3 van deel 3, van het adagium patere legem quam ipse fecisti en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel; voorts voert verzoekende partij een manifeste beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, en machtsoverschrijding aan.

Verzoekende partij meent dat de offerte van de tussenkomende partij afwijkt van voormelde besteksbepalingen en om die reden onregelmatig had moeten worden verklaard.

De tekorten gelden volgens verzoekende partij zowel voor het basisvoorstel als voor het variant voorstel dat de tussenkomende partij heeft ingediend.

9.2. Het tweede middel dat enkel perceel 1 betreft, lijkt niet ernstig om volgende redenen.

Het bestek schrijft in zijn artikel 3 van deel 3 (technische bepalingen) een aantal “minimumkarakteristieken” voor waaraan de centrale laserprinters dienen te voldoen.

9.2.1. Een eerste minimumkarakteristiek waarvan verzoekende partij de niet-naleving door tussenkomende partij inroept, stelt dat de aangeboden toestellen “van een recent type zijn (recente technologie)”. Het bestek vereist dus niet, in tegenspraak tot wat verzoekende partij lijkt voor te houden, dat uitsluitend het meest recente type in aanmerking kan worden genomen. Evenmin lijkt aangetoond te worden dat de door tussenkomende partij aangeboden toestellen niet van een recent type zouden zijn. Prima facie lijken de door tussenkomende partij aangeboden toestellen te voldoen aan de voorgeschreven karakteristiek.

9.2.2. Een tweede minimumkarakteristiek waarvan verzoekende partij de niet-naleving door tussenkomende partij inroept, stelt dat de aangeboden toestellen “nieuw zijn (dus geen tweedehands; ‘rebuild’ voor niet essentiële onderdelen is toegelaten)”. Verzoekende partij werpt op dat volgens een persrelease van tussenkomende partij het slechts om second life machines zou gaan en dat tussenkomende partij alle onderdelen die terugkomen van de markt, zou gebruiken.

Het bestek laat uitdrukkelijk ‘rebuild’ voor niet essentiële onderdelen toe. In het technisch verslag wordt geoordeeld dat de door tussenkomende partij aangeboden toestellen aan die vereiste voldoen. Voorts lijkt op het eerste zicht uit de offerte van de tussenkomende partij, evenals uit het persbericht van 27 november 2008 niet te kunnen worden afgeleid dat het hergebruik in casu essentiële onderdelen zou betreffen. Prima facie lijken de door tussenkomende partij aangeboden toestellen te voldoen aan de voorgeschreven karakteristiek.

9.2.3. Een derde minimumkarakteristiek waarvan verzoekende partij de niet-naleving door tussenkomende partij inroept, schrijft voor de aangeboden toestellen de “technologie: laser, digitaal afdrukprocedé (lees: afdrukprocédé)” voor. De door tussenkomende partij aangeboden toestellen maken gebruik van LED-technologie wijl volgens verzoekende partij enkel laser technologie voorgeschreven is.

Vooreerst dient opgemerkt te worden dat het middel een zeer technische inslag vertoont; het beslechten van dergelijke technische discussie inzake LED- en lasertechnieken vereist een deskundigheid waarvan de Raad van State niet

in de mogelijkheid is om terzake een deskundige aan te stellen, hetgeen immers zou ingaan tegen het uiterst dringend karakter van de procedure.

Voorts is het aspect aan bod gekomen in de technische beoordeling van de offertes; in het technisch verslag wordt het LED-procédé gekwalificeerd als een digitaal afdrukprocédé en als in overeenstemming met het besteksvereiste. Het verweer dat stelt dat het bestek in essentie met bedoelde minimumkarakteristiek beoogde inktjetprinters te weren en dat LED- en laserprinters een zelfde basistechniek hebben inzake het printprocédé zelf, lijkt op het eerste zicht te kunnen worden aangenomen. Prima facie lijken de door tussenkomende partij aangeboden toestellen te voldoen aan de voorgeschreven karakteristiek. Er kan trouwens ook opgemerkt worden dat verzoekende partij zelf in haar offerte voor perceel 1 (printer 1), als variante een toestel aanbiedt dat deels lijkt uitgerust te zijn met de LED- technologie.

9.2.4. Een vierde minimumkarakteristiek waarvan verzoekende partij de niet-naleving door tussenkomende partij inroept, schrijft voor dat voor de aangeboden toestellen gebruik moet kunnen gemaakt worden van papiergewichten van 80 tot 210 g/m². Volgens verzoekende partij blijkt uit de gebruikershandleiding van de Océ Varioprint 2100, een type dat tussenkomende partij heeft aangeboden, dat geen gebruik kan gemaakt worden van papier + 200g/m².

Uit de offerte van tussenkomende partij en uit haar brief van 9 december 2008 blijkt dat het in haar basisvoorstel aangeboden toestel papiergewicht tot 250 g/m² toelaat en dat aan dit besteksvereiste is voldaan. Prima facie lijkt dit door tussenkomende partij aangeboden toestel dan ook te voldoen aan de voorgeschreven karakteristiek.

9.2.5. Een vijfde minimumkarakteristiek waarvan verzoekende partij de niet-naleving door tussenkomende partij inroept, schrijft voor dat de aangeboden toestellen moeten voorzien zijn van “drivers voor Windows NT/2000/XP/Vista (talen : PCL5e, PCL6, Postscript level 3) en Unix/Linux-familie (LPR-protocol)”. Volgens verzoekende partij verwijst de gebruikershandleiding van de door tussenkomende partij aangeboden printer type Océ Varioprint 2100 enkel naar PCL5e en niet naar PCL6.

Op te merken valt dat de offerte van tussenkomende partij voor dit type toestel verwijst naar taal PCL6; voorts laat het bestek taal PCL5e toe. Prima facie lijkt dit door tussenkomende partij aangeboden toestel dan ook te voldoen aan de voorgeschreven karakteristiek.

9.2.6. Een zesde minimumkarakteristiek waarvan verzoekende partij de niet-naleving door tussenkomende partij inroept, schrijft voor dat de aangeboden toestellen moeten voldoen aan de volgende vereiste : “jobintegriteit: volledig opdrachtherstel moet mogelijk zijn”. Volgens verzoekende partij voldoet het door tussenkomende partij aangeboden type Océ Varioprint 2100 niet aan dit vereiste aangezien dit type toestel niet vermeld wordt op “de Océ website voor transactionele drukkers”, doch enkel op “de webpagina ‘centrale repro’, waar jobintegriteit echter niet van dergelijk belang is”. Bovendien, aldus verzoekende partij, vermeldt de gebruikershandeling dat Océ Belgium niet kan garanderen dat na een ‘paperjam’ de volgende sets correct kunnen worden afgewerkt en geniet.

Op het eerste gezicht lijkt het besteksvereiste van jobintegriteit in te houden dat, in geval zich een probleem voordoet, een herdruk mogelijk moet zijn.

In de offerte van tussenkomende partij wordt uitdrukkelijk vermeld dat dit type van toestel “Full error recovery” (volledig foutherstel) biedt. In het technisch verslag wordt bij de beoordeling ervan op dit punt vermeld : “herdruk mogelijk; volgende job wacht indien problemen met vorige”. Prima facie lijkt dit door de tussenkomende partij aangeboden toestel dan ook te voldoen aan de voorgeschreven karakteristiek.

10. De aangevoerde middelen zijn 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. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Océ 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 verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeven mei 2009, door :

de H.	P. BARRA,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **P. BARRA.**