RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 195.258 van 14 juli 2009
in de zaak A. 86.104/XII-2196.

In zake : de NV BMX COMPUTERS,
met maatschappelijke zetel te Wemmel,
J. De Ridderlaan 55

tegen :

de GEMEENTE HAMME,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Nijs,
kantoor houdende te Dendermonde,
Noordlaan 82-84.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv BMx Computers op 13 augustus 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

> "- de beslissing waarbij [haar] inschrijving niet werd weerhouden"
> alsmede
> - de beslissing om de opdracht wel te gunnen aan respectievelijk de n.v. Schaubroeck, de n.v. M.C.S. en aan de n.v. E/Mitt PC Opleidingen";

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 20 mei 2003 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 11 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 januari 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. Buekens, die verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat P. Vandendael, die loco advocaat J. Nijs verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op 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 een algemene offerteaanvraag uit voor het "vernieuwen van informaticamateriaal voor de gemeentelijke administratie", bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 februari 1999.

De opdracht bestaat uit acht loten. Verzoekende partij dient enkel een offerte in voor lot 2, dat in het bestek wordt omschreven als "PC's - schermen - hw. upgrades - overname".

Onder "Deel III - Minimale technische bepalingen" worden door het bestek (blz. 18) onder meer de volgende vereisten gesteld aan de "administratieve PC's" die deel uitmaken van lot 2 :

> "Beveiliging van de data
> De PC-kast moet een slot bevatten om de toegang tot diskettestation en cd-rom af te sluiten.
> Instelbare beveiligingsnormen op niveau van Bios en Boot.
> Virusdetectie moet actief zijn bij het opstarten en permanent in de achtergrond draaien.
> Tijdelijke toegangsbeveiliging via toetsenbord en muis is een aanbeveling.
>
> Koppeling aan het netwerk".

2. De inschrijvingen worden geopend op 30 maart 1999. Vijf ondernemingen, waaronder verzoekende partij, hebben een offerte ingediend. Naast de offerte van verzoekende partij hebben ook de offerte van de nv Schaubroek en de offerte van de bvba Poly-Soft betrekking op het tweede lot.

De systeembeheerder van verwerende partij onderzoekt de offertes en maakt een "verslag van nazicht" op. Dit verslag luidt onder meer als volgt :

"Motivatie voor de keuze Schaubroeck voor de loten I-II-III-IV-V-VII

In de offerteaanvraag [lees : bestek] staat expliciet dat het diskettestation en de cd-speler fysisch moeten kunnen afgesloten worden (bovenop de softwarematige beveiligingen die in de BIOS moeten voorzien zijn). Enkel Schaubroek biedt een PC-type aan dat hieraan voldoet, nl. de Siemens Scenic 800-serie.

De aanbieders Poly-Soft en BMX bieden uitsluitend hardware aan - zonder installatie, zonder implementatie. BMX geeft geen aanbieding voor de unixserver [...]. Beide inschrijvers geven geen bedrijfszekerheid vermits de installatie van systeem- en toepassingssoftware niet - of te summier - omschreven wordt.

Om deze redenen worden de inschrijvingen van Polysoft en BMX niet aanvaard".

Op 1 juni 1999 beslist het college van burgemeester en schepenen van verwerende partij, onder meer verwijzend naar het voormelde verslag van nazicht, om het tweede lot te gunnen aan de NV Schaubroek.

Met een brief van 14 juni 1999 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar inschrijving "niet werd weerhouden" om de volgende redenen :

"1. Het type PC bevat een diskettestation en een CD-speler die niet fysisch kunnen afgesloten worden (bovenop de softwarematige beveiligingen die in de BIOS moeten voorzien zijn).
2. In perceel II worden uitsluitend PC's aangeboden, zonder implementatie in het netwerk en zonder inbedrijfstelling waardoor de 100% bedrijfszekerheid niet verzekerd wordt".

3. De gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen brengt verwerende partij met een schrijven van 10 augustus 1999 op de hoogte dat er bij hem "een klacht" werd ingediend "tegen de gunningsbeslissing van 16 juni 1999". De gouverneur vraagt het standpunt van verwerende partij aangaande deze aangelegenheid.

Met een brief van 26 augustus 1999 deelt verwerende partij aan de gouverneur haar standpunt mee. Zij betoogt als volgt :

"Terugkerend naar de klachten ter zake menen wij dat :

1. de motivaties van de selectie en niet-selectie grondig zijn uitgewerkt en gesteund zijn op een ernstig onderzoek;
2. enkel de voorgestelde PC kast van de firma Schaubroek NV een schuif met slot bevat die de toegang tot het diskettestation en de CD-ROM kan afsluiten, naast de instelbare veiligheidsnormen op niveau van BIOS en BOOT.

Commentaar:
De PC's voorgesteld door de firma Schaubroek bevatten, visueel te zien op bijgeleverde fotodocumentatie, een schuif met slot die het diskettestation en de cd-romspeler fysisch kan afsluiten. Bij de andere inschrijvers is dit niet het geval.

3. De implementatie van de PC's in het netwerk.
De bewering dat de implementatie in het netwerk zonder meer mogelijk is en daarenboven geen specifieke vereisten vermeldt zijn in het [bestek], betwisten wij in zijn geheel.

Commentaar:
[...]

Pagina 9, artikel 49 [van het bestek luidt als volgt:]

'De inschrijver(s) aan wie loten I en II toegewezen word(en)t verbind(en)t zich er toe om de omschakeling naar het nieuwe computersysteem volledig te begeleiden in samenwerking met de systeembeheerder.

De begeleiding omvat:
[...]
- monteren en operationeel maken van applicatiesoftware op de UNIX-server
- monteren en operationeel maken van alle PC's om lokaal de unix-toepassingen te kunnen draaien
- monteren en operationeel maken van alle PC's om het Windows 95-netwerk te draaien, samen met de Officesuite
  ...'

Enkel de inschrijver Schaubroek geeft een volledig overzicht van de werkzaamheden [...].

[...]

Om te vermijden dat ons zou kunnen verweten worden het lastenboek specifiek naar één leverancier toe te hebben geschreven werd de omschrijving van de koppeling van de PC's in het netwerk inderdaad summier opgegeven.

Elke inschrijver dient zich er evenwel van te vergewissen wat er hier juist bedoeld wordt en dient zelf alle nodige specificaties in zijn offerte op te geven. Wanneer de inschrijvers enkel een koppeling op het netwerk (fysisch via een kabel) bedoelden met louter logische connecties van de verschillende PC's, voldoet dit niet aan de gestelde eisen vermits deze PC's ook in het Unix-netwerk moeten draaien".

Bij brief van 28 september 1999 deelt de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen aan verwerende partij mee dat de klacht ongegrond werd bevonden.

De ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij werpt in een *eerste exceptie* de onontvankelijkheid op van het annulatieberoep. Zij stelt dat verzoekende partij geen door haar bevoegd orgaan genomen beslissing om in rechte te treden heeft overgelegd. Ter terechtzitting bevraagd, verklaart verwerende partij de exceptie niet te handhaven.

5.1. In een *tweede exceptie* stelt verwerende partij dat verzoekende partij, die enkel een offerte heeft ingediend voor het tweede lot, geen belang kan laten gelden om de nietigverklaring te vorderen van de overige in de opdracht gegunde loten.

5.2. Verzoekende partij erkent in haar laatste memorie dat zij “enkel belang heeft bij haar beroep tegen de beslissing tot toewijzing van perceel II”. De exceptie is gegrond en het voorwerp van het annulatieberoep wordt derhalve beperkt tot de beslissing tot toewijzing van lot 2.

6.1. Verzoekende partij vordert de vernietiging van “de beslissing waarbij haar inschrijving niet werd weerhouden”. In het auditoraatsverslag wordt ambtshalve vastgesteld dat het beroep niet ontvankelijk is, in de mate dat verzoekende partij hiermee de beslissing wil bestrijden om de opdracht niet aan haar toe te wijzen.

6.2. In haar laatste memorie reageert verzoekende partij op geen enkele wijze op deze conclusie van het auditoraatsverslag. Dienvolgens moet ervan worden uitgegaan dat verzoekende partij zich bij de conclusie van het auditoraat aansluit of minstens toch dat zij niet aantoont welk bijkomend belang zij heeft bij deze bijkomende nietigverklaring. Hierna wordt de bestreden beslissing enkel nog onderzocht in zoverre deze de onregelmatigheidsverklaring van haar offerte en de toewijzing van de opdracht betreffende lot II aan nv Schaubroeck inhoudt.

7. Verzoekende partij steunt een *eerste middel* op de schending van "artikel 16 van de wet van 23.12.1993 dat bepaalt dat bij een algemene offerteaanvraag de opdracht dient toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek".

Zij betoogt daartoe dat uit "het door verzoekende partij ingediende dossier overduidelijk blijkt dat het materiaal zal worden geleverd" conform de eisen van het bestek (blz. 18 : beveiliging van de data-koppeling door het netwerk) en dat haar inschrijving aldus "volledig beantwoordt aan de gunningscriteria". Verzoekende partij stelt dat verwerende partij "een verkeerde beoordeling heeft gemaakt op basis van een onjuist irrelevant motief of minstens een beslissing heeft genomen op basis van een element (koppeling aan het netwerk) dat op zich lastens verzoekende partij geen negatieve weerslag kon hebben". Verzoekende partij voegt hier nog aan toe dat verwerende partij tot een negatieve beoordeling van haar offerte is gekomen op grond van de verkeerde stelling dat de door verzoekende partij voorgestelde toestellen "niet fysisch afsluitbaar waren en niet implementeerbaar in het systeem" en dat de offerte dus werd geweigerd op grond van totaal ongefundeerde redenen.

In haar memorie van antwoord en in haar laatste memorie voegt verzoekende partij hier nog aan toe dat verwerende partij een proefopstelling had dienen te vragen en, bij gebreke hieraan, de offerte van verzoekende partij niet mocht weigeren aangezien "de vermeldingen in [de offerte] van verzoekster gelden tot bewijs van het tegendeel".

8.1. Verzoekende partij gaat er vanuit dat zij een regelmatige inschrijving indiende, hetgeen zij in het geschetste eerste middel benadrukt. Als zou blijken dat zulks niet het geval is, heeft ze geen belang om de toewijzingsbeslissing aan te vechten, tenzij ze zou aantonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden toegewezen. Deze vraagstelling noopt in de eerste plaats tot onderzoek van het eerste middel.

Verwerende partij blijkt de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te hebben beschouwd : in het verslag van nazicht wordt de inschrijving aangemerkt als "niet aanvaard", onder verwijzing naar het gebrek aan fysieke afsluiting en aan omschrijving van installatie van de software, zijnde afwijkingen van "minimale technische bepalingen". Die beide redenen worden weliswaar aan

verzoekende partij aangezegd met de bewoordingen dat haar inschrijving “niet werd weerhouden”, doch zulks doet geen afbreuk aan de vaststelling dat de offerte als onregelmatig werd beschouwd. Voorts blijkt uit het voorgelegde administratief dossier niet dat de betrokken offerte aan de gunningscriteria is getoetst, hetgeen eveneens erop wijst dat te dezen sprake is van een onregelmatigheidsverklaring.

De offerte van verzoekende partij bevat de volgende vermeldingen omtrent de beveiliging en de implementatie in het netwerk van de door haar voorgestelde computers :

> “ Beveiliging van de data
> De PC-kast moet een slot bevatten om de toegang tot diskettestation en cd-rom af te sluiten.
> Instelbare beveiligingsnormen op niveau van Bios en Boot.
> Virusdetectie moet actief zijn bij het opstarten en permanent in de achtergrond draaien.
> Tijdelijke toegangsbeveiliging via toetsenbord en muis is een aanbeveling.
>
> Koppeling aan het netwerk”.

Dit is onmiskenbaar slechts een woordelijke overname van de hiervoor aangehaalde voorschriften van het “Deel III - Minimale technische bepalingen” van het bestek. Een dergelijke letterlijke reproductie van het bestek - zelfs de imperatieve formulering werd door verzoekende partij overgenomen - kan bezwaarlijk worden geacht een omschrijving te zijn van de door verzoekende partij voorgestelde beveiliging van de data of de koppeling van de computers aan het netwerk.

8.2. Gelet op deze vaststellingen en op de voordien reeds aangehaalde bepalingen van het bestek, kon verwerende partij op correcte wijze vaststellen dat de offerte van verzoekende partij niet overeenstemde met essentiële vereisten van het bestek. Verzoekende partij beperkt zich in haar inleidend verzoekschrift tot de affirmatie dat uit haar “ingediend dossier” - zij bedoelt allicht haar offerte - “overduidelijk blijkt dat het materiaal zal worden geleverd conform [de] eisen”. In haar memorie van wederantwoord noemt zij voorts het hiervoor in fine onder randnummer 8.1. geciteerde tekstdeel een element dat zeker diende te volstaan voor de aanbestedende overheid. Die stelling wordt niet bijgevallen : een woordelijke reproductie van een besteksvereiste geeft in een offerte geen inhoudelijke invulling aan die vereiste. De werkwijze van verzoekende partij op dat punt is dermate bevreemdend dat het aan verwerende partij evenmin ten kwade kan worden geduid dat zij verzoekende partij niet om een proefopstelling verzocht.

Ongeacht de vraag of verzoekende partij voorts nog in de procedure voor de Raad van State vermag het bewijs te leveren van haar bestekconformiteit begint ze zelfs in onderhavige procedure niet aan een dergelijke concrete bewijsvoering. Verzoekende partij levert ten slotte in haar memorie van wederantwoord kritiek op de offerte van de gekozen inschrijver, doch zulks enkel bij wijze van het loutere obiter dictum, dat zeker niet uit die offerte blijkt dat daar de PC's een fysieke afsluiting hebben. Deze grief, mocht hij al ontvankelijk zijn omdat hij niet in het inleidend verzoekschrift kon worden aangebracht, is al te weinig met concrete gegevens en verwijzingen onderbouwd om mede daarop de gegrondheid van het middel te kunnen steunen.

Verzoekende partij heeft aan de hand van het eerste middel niet aangetoond dat haar offerte ten onrechte onregelmatig is verklaard.

9.1. Verzoekende partij werpt als *tweede middel* de schending op van "artikel 10 van de Grondwet dat bepaalt dat de Belgen gelijk zijn voor de wet".

Zij onderbouwt dit middel door te stellen dat "de verwerende partij [...] niet op dezelfde manier heeft geoordeeld ten aanzien van de diverse inschrijvers". In haar memorie van wederantwoord verduidelijkt zij dit als volgt :

> "Het is duidelijk dat de aanbestedende overheid de inschrijving ingediend door de verzoekende partij op een andere manier heeft beoordeeld dan deze van de inschrijver aan wie de opdracht uiteindelijk werd gegund.
>
> [...]
>
> Door aan de ene kant bepaalde beweerde tekortkomingen in te roepen, die feitelijk elke grondslag misten, terwijl deze aan de andere kant ten aanzien van de inschrijver aan wie de levering werd gegund niet werden ingeroepen, heeft de aanbestedende overheid het artikel 10 van de Grondwet [...] geschonden".

9.2. Zoals vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel heeft verwerende partij terecht vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij niet aan de vereisten van het bestek voldoet. Verwerende partij heeft de offerte van de uiteindelijk gekozen inschrijver getoetst aan dezelfde criteria en heeft vastgesteld dat deze als enige voldeed aan de vereiste van een slot om de toegang tot het diskettestation en de cd-rom af te sluiten. Verzoekende partij toont bijgevolg niet aan op welke wijze het door haar aangevoerde artikel 10 van de Grondwet zou zijn geschonden. Het middel is ongegrond en aldus toont met dit middel verzoekende partij niet aan dat ook de gekozen inschrijver een onregelmatige offerte indiende.

10. Verzoekende partij bekritiseert voorts de materiële motieven van haar onregelmatigverklaring in het eerste middel. Zij blijkt deze motieven dus te kennen en heeft bijgevolg bij het *derde middel* geen belang, nu het is gesteund op de formele-motiveringswet waarvan het doel te dezen is bereikt, namelijk betrokkenen de kans te bieden zich tegen de motieven in rechte te verweren.

11. Nu niet is aangetoond dat verzoekende partij ten onrechte als een onregelmatige inschrijver is aangemerkt, en zij niet aantoont dat de gekozen concurrerende inschrijver eveneens een onregelmatige inschrijving heeft ingediend blijkt niet dat het in het eerste middel vermelde artikel 16 is geschonden. Het blijkt immers niet dat in tegenstrijd met deze bepaling, de opdracht niet zou zijn toegewezen aan een inschrijver die de voordeligste “regelmatige” offerte indiende. Meteen staat ook vast dat verzoekende partij als onregelmatige inschrijver geen belang had om de toewijzingsbeslissing aan de nv Schaubroeck aan te vechten. Het beroep is in zijn geheel niet ontvankelijk.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op veertien juli 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

F. BONTINCK. **D. VERBIEST.**