

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.398 van 29 september 2011
in de zaak A. 193.671/XII-5918**

In zake: de BVBA BAM TECHNICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kurt Vanthuyne
kantoor houdend te 8870 Izegem
Dam 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING VOOR
DUURZAAM MILIEUBEHEER VOOR IZEGEM EN
OMMELAND (IVIO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Victor Petitat
kantoor houdend te 8310 Sint-Kruis
Sportstraat 49
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 augustus 2009, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing dd. 18.05.2009 van de Raad van Bestuur van de Intergemeentelijke Vereniging voor duurzaam milieubeheer voor Izegem en Ommeland (IVIO), Coöperatieve Intergemeentelijke Vereniging met Beperkte Aansprakelijkheid”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 mei 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Daniel De Greve, die loco advocaat Kurt Vanthuyne verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Victor Petitat, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht voor de levering en plaatsing van toegangscontrole en “difftar” (gedifferentieerde tarificatie) op de recyclageparken in haar beheer.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 januari 2009.

3.2. Het bestek bepaalt dat de offertes zullen worden getoetst aan drie gunningscriteria: prijs, jaarlijkse werkingskosten en technische kwaliteiten.

Het derde subcriterium van het criterium “technische kwaliteiten” wordt als volgt omschreven:

“Dienstverlening	5ptn
• Opleiding, onderhoud en herstellingen	
• Onderhoudscontract hard- en software	
• Waarborgtermijn	
• Testopstelling + referenties”.	

Artikel 21 van het bestek bepaalt dat bij de offerte onder meer volgende gegevens moeten worden gevoegd:

“De offerte moet minstens samengesteld zijn uit:

[...]

6. De gegevens met betrekking tot de dienstverlening:

- a. Een voorstel tot onderhoudscontract
- b. Een nauwkeurige beschrijving van de garantievoorwaarden
- c. Beschrijving van de beschikbaarheid, werking en kost van de dienst na verkoop
- d. Beschrijving van de vorming-opleiding”.

De technische bepalingen van het bestek luiden onder meer:

“4 Opleiding, onderhoud en herstellingen

4.1 Opleiding

[...]

4.2 Onderhoud

1 maal per jaar wordt elk systeem intern en extern gereinigd en zal tegelijkertijd het periodiek onderhoud plaatsvinden (mechanisch en elektronisch).

4.3 Herstellingen

Herstellingen dienen uitgevoerd te worden op werkdagen, binnen de 24 uur na de aanvraag.

Een telefonische assistentie dient verleend te worden gedurende de openingsuren van de recyclageparken.

Interventies en herstellingen aan alle software dienen van op afstand mogelijk te zijn.

4.4 Het onderhoudscontract

IVIO sluit bij de inschrijver een onderhoudscontract af voor een periode van 2 jaar. Na deze 2 jaar wordt het onderhoudscontract stilzwijgend verlengd met telkens 2 jaar, tenzij een van de beide partijen het onderhoudscontract opzegt per aangetekend schrijven, minimum 6 maanden voor de vervaldag.

De prijs voor het onderhoudscontract wordt jaarlijks geïndexeerd, volgens de formule, die in het bestek vermeld werd.

De prijs voor het onderhoudscontract wordt maandelijks aangerekend.

Het onderhoudscontract houdt alle materialen, herstellingen, handelingen, enz. in, die noodzakelijk zijn om de goede werking en een normale gebruikerssnelheid van de software te verzekeren, inclusief alle aanpassingen, verbeteringen en updates van de software. Bij problemen met de beheerssoftware, dienen onmiddellijk al de benodigde maatregelen te worden getroffen, om de bedrijfszekerheid te kunnen garanderen.

[...]

Eventuele latere uitbreidingen van hard- en software zullen mee opgenomen worden in dit onderhoudscontract, aan het percentage opgenomen in de meetstaat. Verbeteringen die door IVIO besteld werden en die geen uitbreiding zijn, hebben geen invloed op de kostprijs van het onderhoudscontract.

[...]

7 Bij te voegen bij de levering

[...]

- Een bindend voorstel voor het afsluiten van een onderhoudscontract”.

3.3. Op 18 maart 2009 worden de inschrijvingen geopend. Vier ondernemingen hebben een offerte ingediend: nv Alphontronics, AIS, GTI Fabricom en bvba BAM Technics.

3.4. De offerte van verzoekende partij bevat inzake het gevraagde onderhoudscontract een nota “1.10 Onderhoudscontract hard en software”. In dit document wordt een onderscheid gemaakt tussen het onderhoudscontract tijdens een garantieperiode van 3 jaar en het onderhoudscontract na deze periode. Tijdens de garantieperiode kost het onderhoudscontract voorgesteld door verzoekende partij “€ 0 (en dus gratis)”, na de periode van 3 jaar bedraagt de jaarlijkse kostprijs 4.620 euro, “voor alle 11 de parken excl BTW”. Het contract omvat zowel tijdens als na de garantieperiode de volgende handelingen:

“Slagbomen, Controllers, zuilen, hardware pc’s

6 maandelijks service inspectie:

- inspectie van de: eindeloopcontacten van de slagbomen (inclusief afregelen indien vereist)
bekabeling
beveiligingen
Smeren van de bewegende delen
- Inspectie van de gehele staat van de installatie
- functionele test van de installatie
- opstellen inspectierapport
- bijhouden van de resultaten in een historiek

Software

Maandelijks:

- defragmenteren van de harddisken
- Volledige Backup nemen en bewaren in data center
- functionele test van de installatie
- opstellen inspectierapport
- bijhouden van de resultaten in een historiek
- Up to[...] date houden van de software [...]
- 3 maandelijks rapportering van bandbreedtes, databanken, werking
- 3 maandelijks overleg met IVIO
- Ter beschikking stellen website voor registratie problemen (www.diftar.be)

Herstellingen

Maximum wachttijd voor herstellingen is

Software

24u

Slagbomen, zuilen

24u

Vergoeding prestaties op week- en zaterdagen (software)	inclusief	[...]
Verplaatsingsvergoeding	inclusief	[...]
Wisselstukken op ruilbasis behalve op consumables	inclusief	[...]
Faciliteiten servicedienst 24 op 24 uur, 7 dagen op 7 dagen.	inclusief	inclusief
Prijs per jaar voor alle 11 de parken excl BTW (Maandelijks aangerekend)		[...]
Exclusief aanrijdingen vandalisme, diefstal, rechtstreekse weersomstandigheden: onderwater komen te staan, rechtstreekse blikseminslag, stormschade, gebruikersfouten...".		

Vervolgens bevat de offerte van verzoekende partij een nota
“1.11 Waarborg of garantie voorwaarden”:

“Wij bieden op deze installatie een garantieperiode van 37 kalendermaanden (of 3 jaar en 1 maand) na de voorlopige oplevering. Naast de garantie komen wij in totaal 6x om het park te onderhouden:
6 maanden na voorlopige oplevering
1 jaar na de voorlopige oplevering
1,5 jaar na de voorlopige oplevering
2 jaar na de voorlopige oplevering
2,5 jaar na de voorlopige oplevering
3 jaar na de voorlopige oplevering

Wij komen [de] installatie nakijken en smeren. Dit wil echter niet zeggen dat onze installatie om het jaar een onderhoud nodig heeft. Het is preventief. Hierdoor kunnen we ook de parkwachter spreken inzake voorgekomen probleem of dergelijk.
Op deze momenten wordt de software (kosteloos) upgedate indien nodig.

Alle materialen, uurlonen en verplaatsingskosten zijn voorzien in de garantie periode.

Onze garantie vervalt wel bij:
Aanrijdingen, vandalisme, diefstal, beschadigingen door derden
Verkeerdelijke gebruikersfouten
Oorlog, staking

Vervuiling allerhande
Slijtage batterijen, toners, thermolijsten, mesjes
Verbruik ticketrollen
Spanningspieken en dalen buiten de nominale waarden (+/- 10%)
Uitval telefoonlijnen en voedingsspanning”.

Na dit document volgt nog een nota “1.12 Dienst na verkoop, beschikbaarheid, werking, kosten”. Deze luidt:

“Dienst na verkoop, beschikbaarheid, werking, kosten

Alle werken en herstelling die niet onder garantie of onderhoudscontract vallen

Herstelling aan 40 euro/uur
Software aanpassingen aan 65 euro/uur
Verplaatsing aan 0,45 euro/uur
Wisselstukken = zie punt 1.16 lijst van wisselstukken

Beschikbaarheid: gezien wij fabrikant zij[n] hebben we alle stukken in voorraad ook de complete slagboom kasten (Standaard kleuren of Brut)

Deze herstelling worden volgens het principe herstel[d]:
U bestelt (volgens afspraken) bv per fax en de herstelling gebeurt zelfde dag of werkdag nadien (zonder onderhoudscontract)

We hebben constant techniekers in de werkplaats die slagbomen bestukken.
Bij dringende gevallen worden deze ingezet voor herstellingen indien de herstploegen niet onmiddellijk beschikbaar zijn”.

Het “punt 1.16 lijst van wisselstukken” waarnaar wordt verwezen is een omstandige opsomming van wisselstukken voor de gevraagde apparatuur, met een beschrijving van elk artikel en een prijsopgave per stuk.

In het voorgedrukte inschrijvingsbiljet heeft verzoekende partij ten slotte een totaalprijs ingevuld van 454.171,08 euro. Hier heeft zij nog een handgeschreven opmerking aan toegevoegd: “exclusief onderhoudscontract en jaarlijkse kosten”.

3.5. Op 12 mei 2009 wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat de offerte van verzoekende partij betreft, wordt vastgesteld dat zij geen met het bestek conforme prijsopgave voor het onderhoudscontract heeft gedaan, zodat haar offerte een onregelmatigheid bevat die de verdere vergelijking van de inschrijvers onmogelijk maakt en de offerte van verdere beoordeling wordt uitgesloten. De offerte van GTI Fabricom wordt om gelijkaardige redenen eveneens als onregelmatig aangemerkt:

“Overeenkomstig H4.4. van de technische bepalingen van het bestek dient de inschrijver een onderhoudscontract af te sluiten voor een periode van 2 jaar (verlengbaar), waarbij alle materialen, herstellingen, handelingen, enz. inbegrepen zijn die noodzakelijk zijn voor de goede werking en een normale gebruikerssnelheid van de software, inclusief alle aanpassingen, verbeteringen en updates van de software.

AIS en Alphonics bieden conform het bestek een all-in prijs (omnium); BAM vermeldt in de meetstaat een prijs van 4.620,00 euro, evenwel exclusief verplaatsingen, werkuren en wisselstukken; FABRICOM vermeldt in de meetstaat een prijs van 12.913,00 euro, evenwel exclusief oproepkosten, interventie, verplaatsing en wisselstukken.

Deze laatste prijsopgaven zijn niet conform met de besteksbepalingen en bevatten een onregelmatigheid die de verdere vergelijking tussen de kandidaten onmogelijk maakt en dat tevens als een niet-geoorloofd voorbehoud ten opzichte van de geciteerde besteksbepalingen moet worden aangemerkt.

Overwegende dat elke offerte in strijd met de essentiële voorschriften van het bestek, zowel op het vlak van prijzen, termijnen als m.b.t. de technische voorwaarden het voorwerp uitmaakt van een substantiële nietigheid, moeten de beide offertes als onbestaande beschouwd worden (110 voor §2 – K.B. van 08.01.96).

Zij worden dan ook uitgesloten van verdere beoordeling”.

Na toetsing van de twee overblijvende offertes aan de gunningscriteria wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan nv Alphonics voor een bedrag van 596.290,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.6. Op 18 mei 2009 beslist de raad van bestuur van verwerende partij “om zijn goedkeuring te hechten aan het [gunnings]verslag” en om de

opdracht toe te wijzen aan nv Alphonics. Dit is de thans bestreden beslissing, die, wat de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij betreft, als volgt wordt gemotiveerd:

“Overwegende dat uit het gunningsverslag het volgende blijkt:

Deel II, 4, 4.4 van de technische bepalingen van het bestek, vraagt ‘een onderhoudscontract dat alle materialen, herstellingen, handelingen enz. voorziet om de goede werking en een normale gebruikerssnelheid van de software te verzekeren, inclusief alle aanpassingen, verbeteringen en updates van de software.’ BAM en Fabricom hebben hier echter niet volledig op geantwoord; dit wordt als een leemte gezien en leidt bijgevolg tot uitsluiting. De evaluatie moet dus gebeuren tussen de twee overblijvende biedingen”.

3.7. Met brieven van 22 juni 2009 worden zowel verzoekende partij als de nv Alphonics door verwerende partij op de hoogte gebracht van de beslissing van de raad van bestuur van 18 mei 2009.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

De exceptie

4. Verwerende partij betwist het belang van verzoekende partij bij het beroep. Zij wijst er op dat het annulatieberoep, luidens het verzoekschrift, zonder meer is gericht tegen “de beslissing dd. 18.05.2009 van de Raad van Bestuur van de Intergemeentelijke Vereniging voor duurzaam milieubeheer voor Izegem en Ommeland (IVIO)”, terwijl in de bestreden beslissing “twee beslissingen [worden] genomen, namelijk enerzijds de beslissing om goedkeuring te verlenen aan het gunningsverslag dd. 16.04.2009 waarin wordt voorgesteld de offerte van de verzoekende partij en deze van Fabricom GTI als onregelmatig te weren en anderzijds de beslissing om de litigieuze opdracht toe te wijzen aan Alphonics”.

Vermits verzoekende partij niet zelf preciseert welke van beide beslissingen zij aanvecht, komt het volgens verwerende partij aan de Raad van

State toe om uit het geheel van het verzoekschrift af te leiden “wat de verzoekende partij in werkelijkheid bestrijdt”. Volgens verwerende partij moet hier worden vastgesteld dat verzoekende partij enkel de beslissing tot onregelmatigverklaring van haar eigen offerte viseert en nergens in haar verzoekschrift aanvoert dat de opdracht ten onrechte en op onwettige wijze zou zijn toegewezen aan nv Alphontronics. “Minstens”, zo stelt verwerende partij, “worden geen middelen aangevoerd die betrekking hebben op de toewijzingsbeslissing zelf”.

Verwerende partij verwijst vervolgens naar het arrest van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, nr. 152.174 van 2 december 2005 inzake nv Amec Spie Belgium, en besluit dat, aangezien verzoekende partij enkel de beslissing tot het onregelmatig verklaren van haar offerte heeft bestreden, verzoekende partij geen belang meer heeft bij de nietigverklaring van deze beslissing, nu zij, door de toewijzingsbeslissing niet aan te vechten, elke kans om zelf de opdracht te verkrijgen, heeft verloren.

5. In haar laatste memorie doet verwerende partij gelden dat verzoekende partij pas voor het eerst in de memorie van wederantwoord een middel aanvoert tegen de toewijzingsbeslissing. Dit middel is echter niet ontvankelijk aangezien verzoekende partij het reeds in het verzoekschrift had kunnen opwerpen.

Wat de leer van het Amec Spie-arrest betreft, herneemt verwerende partij haar standpunt dat verzoekende partij niet enkel de beslissing om haar offerte onregelmatig te verklaren, doch ook de toewijzingsbeslissing had moeten bestrijden. De onwettigheid van de beslissing tot onregelmatigverklaring brengt niet *ipso facto* de onwettigheid mee van de toewijzingsbeslissing. Hiervoor moet de onwettigheid van deze voorbeslissing nog worden betrokken op de eindbeslissing. Bovendien toont verzoekende partij niet aan dat de opdracht niet aan nv Alphontronics maar wel aan haarzelf had moeten worden toegewezen.

Beoordeling

6.1. Het beroep is luidens het verzoekschrift gericht tegen “de beslissing dd. 18.05.2009 van de Raad van Bestuur van de Intergemeentelijke Vereniging voor duurzaam milieubeheer voor Izegem en Ommeland (IVIO), Coöperatieve Intergemeentelijke Vereniging met Beperkte Aansprakelijkheid”.

Zoals verwerende partij opmerkt, omvat de aangevochten beslissing twee deelbeslissingen: enerzijds de beslissing om het gunningsverslag goed te keuren en bijgevolg de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren, anderzijds de beslissing om de opdracht toe te wijzen aan nv Alphonics.

De twee middelen die verzoekende partij in het verzoekschrift aanvoert, zijn beide gericht tegen de beslissing om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren. Verzoekende partij blijkt geen middelen aan te voeren tegen de toewijzingsbeslissing aan een andere inschrijver.

6.2. In tegenstelling tot wat verwerende partij in haar exceptie opwerpt, heeft dit alles niet zonder meer tot gevolg dat verzoekende partij haar belang bij het voorliggende annulatieberoep verliest. Indien uit één van de aangevoerde middelen zou blijken dat de offerte van verzoekende partij ten onrechte onregelmatig werd verklaard, dan heeft dit immers tot gevolg dat aan haar offerte ten onrechte werd voorbijgegaan in het verdere verloop van de gunningsprocedure, inzonderheid bij de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria en de daaropvolgende rangschikking van de offertes. Die onregelmatigheid tast ook de wettigheid van de uiteindelijke toewijzingsbeslissing aan.

Verzoekende partij moet in dit verband niet nog bijkomend aantonen dat de opdracht niet mocht worden toegewezen aan nv Alphonics maar wel aan haarzelf omdat zij de economisch meest voordelige offerte had

ingediend. Voldoende is dat verzoekende partij opnieuw de kans krijgt de opdracht toegewezen te krijgen.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7. In een eerste middel roept verzoekende partij de schending in van “de motiveringsverplichting”. Zij betoogt dat verwerende partij de motiveringsverplichting manifest schendt door in de beslissing van 18 mei 2009 te verwijzen naar het gunningsverslag om de offerte van verzoekende partij niet langer in aanmerking te nemen, terwijl in dit verslag op basis van aantoonbaar onjuiste overwegingen wordt beslist om deze offerte niet nader te onderzoeken. Verzoekende partij licht dit als volgt toe:

“De bestreden beslissing vermeldt letterlijk:

‘Deel II, 4, 4.4 van de technische bepalingen van het bestek vraagt een ‘onderhoudscontract dat alle materialen, herstellingen, handelingen enz. voorziet om de goede werking en een normale gebruikerssnelheid van de software te verzekeren, inclusief alle aanpassingen, verbeteringen en updates van de software’; BAM en Fabricom hebben hier echter niet volledig op geantwoord; dit wordt als een leemte gezien en leidt bijgevolg tot uitsluiting. De evaluatie moet dus gebeuren tussen de overblijvende twee biedingen.’

[...]

Deel II, 7 van de technische bepalingen van het bestek vermeldt evenwel zeer duidelijk (pagina 30 van het bestek) [...]:

‘bij te voegen bij de levering:

(...)

°een bindend voorstel voor het afsluiten van een onderhoudscontract’.

Het voorstel dat inzake het onderhoudscontract diende bijgevoegd bij de offerte kan bezwaarlijk als breekpunt worden beschouwd, waar hetzelfde

bestek uitdrukkelijk stelt dat dergelijk voorstel pas bij de levering, derhalve na toekenning van de opdracht, dient te gebeuren.

[...]

Waar het verslag, waarnaar de bestreden beslissing uitdrukkelijk verwijst, onder punt 3.2.2. [lees: 3.3.2.] stelt dat de door verzoekster ingediende offerte niet nader dient onderzocht omwille van ‘strijdigheid met de essentiële voorschriften van het bestek’, vermeldt hetzelfde verslag op pagina 7 onder punt 5.3.3. dienaangaande [...]:

‘We berekenen de jaarlijkse werkingskosten op 10 jaar per inschrijver; we houden hierbij rekening met de volgende elementen:

- Lengte garantieperiode
- Voorstel tot onderhoudscontract, zowel tijdens als na de garantieperiode. We weten dat deze nog voor bespreking vatbaar zijn.
- Abonnements- en updatekosten inclusief gerekend: 10.475,44 euro per jaar.’

[...]

Tenslotte vermeldt het bestek op pagina 8 onder artikel 21 dat de offerte minstens moet samengesteld zijn uit, onder meer, een voorstel tot onderhoudscontract, en punt 4.4 van het bestek vermeldt dat dit voorstel geldig moet zijn voor een periode van 2 jaar.

Verzoekster heeft een voorstel ingediend waarbij alle posten inclusief waren, en dit voor een periode van 3 jaar en 1 maand.

Waar het verslag stelt dat BAM een prijs van 4.620,00 € heeft vooropgesteld ‘exclusief oproepkost, interventie, verplaatsing en wisselstukken’ is dit volledig strijdig met de door verzoekster ingediende offerte, die de eerste 37 maanden een volledige gratis tussenkomst voorziet, niets uitgezonderd, en voor de periode na de garantieperiode betaling van 4.620,00 € per jaar, zonder meer”.

8. Verwerende partij verwijst in haar memorie van antwoord in de eerste plaats naar artikel 110, § 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, en stelt dat in de offerte van verzoekende partij een voorbehoud wordt gemaakt wat de prijs van het onderhoudscontract betreft. Deze offerte was bijgevolg substantieel onregelmatig.

Voor de post 15 “onderhoudscontract software” en de post 16 “jaarlijkse werkingskosten” heeft verzoekende partij volgens verwerende partij prijzen gegeven waarbij bepaalde handelingen uitgesloten werden uit de prijs van het onderhoudscontract, dit terwijl -en in tegenstelling tot wat verzoekende partij beweert- krachtens het bestek een onderhoudscontract werd gevraagd waarbij alle mogelijke kosten en herstellingen van alle geleverd en geplaatst materiaal, hard- en software, inbegrepen dienden te zijn in de prijs.

Voorts werd, nog volgens verwerende partij, er niet alleen een voorstel van onderhoudscontract voor de software gevraagd maar ook voor het onderhoud van de overige geleverde en geplaatste installaties, minstens kan het bestek niet anders geïnterpreteerd worden. Het bestek bepaalt onder punt 4.2. immers dat het onderhoud inhoudt dat éénmaal per jaar “elk systeem” gereinigd en onderhouden zal worden. Dit blijkt eveneens uit punt 4.3., waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen “herstellingen” en “herstellingen aan software”. In elk geval heeft verzoekende partij zelf het bestek niet in die zin gelezen dat enkel een onderhoudscontract voor de software werd gevraagd: verzoekende partij heeft een onderhoudscontract aangeboden voor zowel de software als de hardware en elk ander geleverd materiaal.

Verwerende partij betoogt voorts dat verzoekende partij in haar offerte bovendien te kennen geeft dat het door haar aangeboden onderhoudscontract niet alomvattend is, aangezien zij ervan uitgaat dat bepaalde werken of herstellingen tijdens of na de garantieperiode niet in de voorgestelde prijs zijn inbegrepen. In deze offerte wordt immers een afzonderlijke prijsopgave gedaan voor “alle werken en herstelling die niet onder garantie of onderhoudscontract vallen”, namelijk werkuren, verplaatsingen en wisselstukken. Verzoekende partij heeft in haar offerte niet ondubbelzinnig aangeduid welke herstellingen, aanpassingen en verplaatsingen, uitgesloten zijn uit het onderhoudscontract. Verwerende partij had aldus geen enkele zekerheid omtrent de prijszetting van verzoekende partij, noch omtrent de jaarlijkse werkingskosten. Mede gelet op het feit dat de andere inschrijvers een veel hogere kostprijs

opgaven voor het onderhoudscontract en de jaarlijkse werkingskosten, ook binnen de garantieperiode, bestond het gevaar dat verzoekende partij een voorbehoud in haar offerte had ingelast om in de toekomst meerwerken aan te rekenen. Bovendien is door dit voorbehoud de offerte van verzoekende partij onvergelijkbaar geworden met deze van de overige inschrijvers, vermits de twee regelmatig bevonden inschrijvers wel een vaste prijs hebben opgegeven voor alle werken.

Volgens verwerende partij heeft het aldus door verzoekende partij gemaakte voorbehoud bovendien betrekking op een essentiële besteksbeplanning, namelijk de prijs van de opdracht. Het onderhoudscontract wordt aangegaan voor twee jaar en heeft, bij een juiste prijszetting, een niet onbelangrijke waarde. De kostprijs voor het onderhoudscontract van de gekozen inschrijver bedroeg 19.655,44 euro per jaar tijdens de garantieperiode en 39.975,44 euro na de garantieperiode. Verzoekende partij heeft weliswaar voor de garantieperiode een prijs gegeven van nul euro, maar kennelijk waren een resem handelingen, interventies en kosten niet inbegrepen in de garantieperiode, zodat verwerende partij hier geen zekerheid over had. Deze prijs kon dan ook niet worden vergeleken met deze van de overige inschrijvers die wel een “all-in” prijs hebben opgegeven. Aan het essentieel karakter van de prijs van het onderhoudscontract wordt, anders dan verzoekende partij beweert, geen afbreuk gedaan door de opmerking in het gunningsverslag dat het voorstel van onderhoudscontract nog bespreekbaar is. Verwerende partij moet zekerheid hebben omtrent het initiële voorstel van de inschrijver, zo niet bestaat het risico dat deze bij zijn bindend voorstel de prijs veel hoger zal opdrijven. Door een voorbehoud te maken, heeft verzoekende partij verwerende partij evenmin zekerheid geboden over het juridisch verbindend karakter van haar offerte. De offerte van verzoekende partij werd bijgevolg terecht als substantieel onregelmatig geweerd en dit behoefde geen andere motivering.

Ten slotte merkt verwerende partij nog op dat zij alle inschrijvers gelijk heeft behandeld: de offerte van GTI Fabricom werd om dezelfde reden onregelmatig verklaard als deze van verzoekende partij.

9. In haar memorie van wederantwoord verduidelijkt verzoekende partij in de eerste plaats dat de bestreden beslissing een schending inhoudt van “de motiveringsplicht in het algemeen”, alsook van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen (hierna: de motiveringswet).

De motivering die verwerende partij geeft, is volgens verzoekende partij uitermate beperkt. Zo wordt er niet aangetoond hoe een onderhoudscontract met een gering belang (slechts een deeltje van 5 punten inzake gunningscriteria) toch als een dergelijke essentiële voorwaarde wordt aangezien dat bij miskennen ervan de absolute nietigheid moet worden ingeroepen. Bovendien worden de leemten in de offertes van de andere inschrijvers eenvoudigweg “verrekend”. Verzoekende partij vindt het dan ook ten zeerste verwonderlijk dat verwerende partij een vermeende kleine technische afwijking of voorbehoud met betrekking tot een niet belangrijk onderdeel van de inschrijving niet heeft geregulariseerd, gelet op de veel gunstigere prijs die door verzoekende partij werd geboden in vergelijking met de andere kandidaten. Verzoekende partij verwijst dan ook naar de draagkrachtvereiste, die stelt dat de beslissing voldoende door de motivering moet worden gedragen. Daarnaast verwijst verzoekende partij naar de evenredigheidsvereiste, die impliceert dat hoe belangrijker de beslissing is, hoe uitvoeriger en grondiger de motivering dient te zijn.

Verzoekende partij volhardt ten slotte in haar standpunt dat zij een voorstel tot onderhoud heeft ingediend, conform de besteksbepalingen en dit voor een periode van twee jaar, waarbij dit voorstel nog voor bespreking vatbaar is. Verwerende partij heeft de motiveringsplicht dan ook geschonden door in de bestreden beslissing te verwijzen naar een onjuist gunningsverslag. Omwille van

deze gebrekkige motivering is de bestreden beslissing onrechtmatig en dient deze te worden vernietigd.

Voor het overige roept verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord een bijkomende grief in, gesteund op de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993).

10. In haar laatste memorie benadrukt verwerende partij dat verzoekende partij zelf in haar offerte te kennen geeft dat het onderhoudscontract dat zij aanbood niet alomvattend was aangezien zij uitdrukkelijk de handelingen en wisselstukken opsomde die niet onder de garantie of het onderhoudscontract vielen. Voorts wijst verwerende partij er op dat verzoekende partij haar offerte indiende voor de prijs van 454.171,08 euro, met de vermelding “exclusief onderhoudscontract en jaarlijkse kosten”. Verzoekende partij heeft aldus een voorbehoud gemaakt in die zin dat zij bepaalde handelingen weigert of minstens laat afhangen van een onzekere/onduidelijke voorwaarde die geen steun vindt in het bestek. Ten slotte merkt verwerende partij nog op dat verzoekende partij in elk geval voor het onderhoudscontract na de garantieperiode geen voorbehoudloos aanbod heeft gedaan.

Beoordeling

11. Het betoog in de memorie van wederantwoord, gesteund op de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993, is niet ontvankelijk in zoverre deze grief reeds in het inleidend verzoekschrift had kunnen worden aangevoerd. In zoverre deze grief samenvalt met de thans ter sprake komende schending van de motiveringsplicht zal hierna blijken dat hij niet gegrond is.

12. In het verzoekschrift roept verzoekende partij de schending in van “de motiveringsverplichting”. In de memorie van wederantwoord verwijst zij

naar “de motiveringsplicht in het algemeen”, alsook naar de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

Uit de uitwerking van het middel blijkt dat verzoekende partij de schending van de materiële motiveringsplicht aanvoert, minstens dat zij de schending van de formele motiveringsplicht zoals deze voortvloeit uit de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, niet nader concretiseert. Het middel zal dan ook vanuit het oogpunt van de materiële motivering worden onderzocht.

13.1. Uit de besteksbepalingen aangehaald in het feitenrelaas blijkt dat de inschrijvers een voorstel van onderhoudscontract voor de te leveren hard- en software bij hun offerte moesten voegen.

In tegenstelling tot wat verwerende partij in haar memorie van antwoord lijkt te veronderstellen, betwist verzoekende partij niet dat het onderhoudscontract betrekking moest hebben op zowel de hardware- als de softwareonderdelen van de opdracht.

13.2. Luidens artikel 4.4. van de technische bepalingen van het bestek moet het onderhoudscontract, in zoverre dit betrekking heeft op de software, “alle materialen, herstellingen, handelingen, enz. [...] die noodzakelijk zijn om de goede werking en een normale gebruikerssnelheid van de software te verzekeren, inclusief alle aanpassingen, verbeteringen en updates van de software” omvatten.

Wat het softwareonderdeel van de opdracht betreft, moest het onderhoudscontract door de inschrijvers aldus zo ruim mogelijk worden opgevat, door verwerende partij in het gunningsverslag omschreven als een formule volgens “all-in prijs (omnium)”.

13.3.1. In de offerte van verzoekende partij wordt in het voorstel van onderhoudscontract “1.10 Onderhoudscontract hard en software”, wat de

software betreft een limitatieve opsomming gegeven van handelingen die maandelijks en driemaandelijks zullen worden verricht. Wat de herstellingen aan de software betreft, wordt gesteld dat in de prijs is inbegrepen: de vergoeding voor prestaties op week- en zaterdag, de verplaatsingsvergoeding, de wisselstukken op ruilbasis behalve “consumables” en de servicedienst 24/7.

In het bij de offerte gevoegde document “1.12 Dienst na verkoop, beschikbaarheid, werking, kosten” wordt gepreciseerd dat “alle werken en herstelling die niet onder garantie of onderhoudscontract vallen” afzonderlijk aangerekend zullen worden. Wat de software betreft, wordt in de eerste plaats een prijs van 65 euro per uur opgegeven voor aanpassingen.

13.3.2. Aldus blijkt dat verzoekende partij in haar offerte geen “all-in prijs” heeft gegeven en niet de ruimst mogelijke invulling aan het onderhoudscontract voor de software gaf, maar dat zij in haar voorstel van onderhoudscontract in tegendeel een eerder beperkte opsomming geeft. Voor alle handelingen die niet onder deze opsomming vallen, blijkt zij in een meerprijs te hebben voorzien. In het bijzonder wat de werkuren voor aanpassingen aan de software betreft, druist dit laatste in tegen het uitdrukkelijk bepaalde in artikel 4.4. van de technische bepalingen van het bestek (“inclusief alle aanpassingen”).

13.4. Verwerende partij kon terecht deze tekortkoming van verzoekende partij aan de besteksbepalingen inzake het onderhoudscontract kwalificeren als een voorbehoud inzake een essentiële besteksbepaling, te weten een bepaling betreffende de prijs van de opdracht, welk voorbehoud de verdere vergelijking van de offerte van verzoekende partij met deze van de andere inschrijvers onmogelijk maakt.

13.5. Dit motief, opgenomen in het gunningsverslag dat uitdrukkelijk wordt bijgetreden in de bestreden beslissing, blijkt aldus overeen te stemmen met de werkelijkheid en volstaat om de beslissing de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te weren, te schragen. De bestreden beslissing steunt, in

tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert, aldus niet op een onjuist gunningsverslag.

Het middel is niet gegrond.

VI. Heropening debatten

14. Het overblijvende tweede middel werd in het auditorsverslag niet onderzocht. Het is dan ook nodig de debatten te heropenen en een aanvullend onderzoek van de zaak door het auditoraat te bevelen.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent de debatten.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 september 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest