

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.166 van 3 mei 2012
in de zaak A. 132.794/XII-3768**

In zake: de NV SIEMENS ATEA, thans NV SIEMENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Binnenlandse Zaken

Tussenkommende partij:

de NV NEXTIRAONE,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat David D'Hooghe
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 februari 2003, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van onbekende datum van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de [...] Minister van Binnenlandse Zaken, [...] en die delegatie heeft verleend aan de Federale Politie, Algemene Directie van de Materiële Middelen, Directie van de Aankoopdienst, [...] om de opdracht betreffende de levering, plaatsing, indienststelling en onderhoud van telefoon-systemen ten voordele van de federale politie, zoals opgenomen in het bestek nr. DMA 2002 R3 611 aan Nextiraone nv te gunnen, evenals de daaruit volgende

impliciete weigeringsbeslissing om voormelde opdracht niet aan Siemens Atea te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De Raad van State heeft op 13 januari 2011 bij arrest nr. 210.378 het debat heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

Verzoekende partij en verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 december 2011.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, adviseur Els Van Rossem, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de tussenkomende 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. De Federale Politie, algemene directie van de Materiële Middelen, directie van de aankoopdienst, schrijft een overheidsopdracht uit onder de vorm van een algemene offerteaanvraag voor “de levering, plaatsing, indienststelling en onderhoud van telefoonsystemen ten voordele van de federale politie”.

De opdracht wordt op 14 juni 2002 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 19 juni 2002 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het bestek DMA 2002 R3 611 is van toepassing op de opdracht.

Wat de gunningscriteria betreft luidt het bestek:

“10 Gunningscriteria van de overeenkomst

10.1 Met toepassing van het artikel 16 van de wet en van artikelen 110 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 worden de hieronder staande gunningscriteria in aanmerking genomen, in dalende volgorde gerangschikt volgens de belangrijkheid welke eraan gegeven wordt, voor de keuze van de aannemer:

10.1.1 De technische en operationele waarde (55 %)

10.1.2 De voorgestelde prijzen (35 %)

10.1.3 De logistieke waarde (10%)

Opmerking

De aangeboden producten/diensten komen slechts in aanmerking voor toewijzing van het contract voor zover zij beantwoorden aan de essentiële specificaties zoals vermeld in onderhavig bestek.

Indien evenwel tijdens de evaluatie van het aangeboden product/dienst zou blijken dat het aangeboden product/dienst niet de helft van de punten behaalt voor de criteria van rang 1 die hierboven zijn hernomen, dan zal de aanbestedende

overheid het desbetreffende product/dienst niet verder beoordelen.

10.2 Toewijzingsmethode

Voor de toewijzing van huidige overeenkomst zal beroep gedaan worden op de beslissende methodologische hulp Decision Lab 2000 gecommmercialiseerd door Visual Decision Inc [...].

De gunningscriteria, van het type curve, en de hiernavolgende onverschillige drempels 'q' en de strikte voorkeurdrempels 'p' zullen gebruikt worden voor deze overeenkomst.

Criterium	Type van curve	Parameters
Kosten	III (V-shape)	p = 50% van de mediaan
Technische en operationele waarde	III (V-shape)	p = 50
Logistieke waarde	V (Linear)	p = 100 q = 5

[...]”.

In een bijlage bij het bestek worden, in 13 hoofdstukken over-
heen 80 bladzijden, de technische vereisten omschreven waaraan de gevraagde telefoonsystemen moeten voldoen.

3.3. Op 28 juni 2002 vindt een informatiesessie plaats waarop de geïnteresseerde kandidaten vragen mogen stellen. Het antwoord op deze vragen is opgenomen in een op 28 juni 2002 gedateerde nota.

3.4. Op 30 juli 2002 worden de inschrijvingen geopend. Acht ondernemingen dienen een offerte in, onder meer verzoekende partij en tussenkomende partij.

3.5. Op 20 november 2002 wordt een omstandig evaluatieverslag opgesteld waarin de offertes worden onderzocht op hun technische conformiteit

en vervolgens getoetst aan de gunningscriteria. Zowel de offerte van verzoekende partij als van tussenkomende partij worden technisch conform bevonden.

Voor het eerste gunningscriterium, de technische en operationele waarde, krijgen de offertes van verzoekende partij en tussenkomende partij respectievelijk 70,14 en 74,12 punten op 100. Wat het tweede gunningscriterium betreft, de prijs, wordt tussenkomende partij als eerste gerangschikt met een prijs van 8.345.487,79 euro, en verzoekende partij als derde, met een prijs van 8.839.284,77 euro. Wat het derde gunningscriterium betreft, de logistieke waarde, krijgt de offerte van verzoekende partij 71,40 punten, de offerte van tussenkomende partij 61,08 punten, telkens eveneens op 100.

3.6. Na verwerking van deze gegevens, ingevoerd in een computerprogramma, is het resultaat dat de offerte van tussenkomende partij als eerste wordt gerangschikt, vóór deze van verzoekende partij, die de tweede plaats haalt.

3.7. In een dienstnota stelt de directie van de aankoopdienst van de algemene directie van de Materiële Middelen van de Federale Politie voor om de opdracht te gunnen aan de nv Nextiraone, huidige tussenkomende partij. Er wordt verwezen naar het evaluatieverslag en de toepassing van het computerprogramma.

3.8. Op 2 december 2002 hecht de minister van Binnenlandse Zaken zijn goedkeuring aan het gunningsvoorstel.

3.9. Met een brief van 9 december 2002 wordt verzoekende partij ervan op de hoogte gebracht dat haar offerte niet werd gekozen.

3.10. Op 7 februari 2003 wordt voorliggend annulatieberoep ingesteld.

3.11. Met het tussenarrest nr. 184.598 van 24 juni 2008 beveelt de Raad van State verwerende partij om het volledige administratief dossier neer te leggen, onder meer de offertes van de verzoekende en de tussenkomende partij bevattend, tevens onder mededeling van een inventaris van de stukken die zij of de inschrijvers als vertrouwelijk aanmerken. Er wordt tevens een deskundige aangesteld om, na kennisname van het gehele dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven over de vraag of de inzage van de als vertrouwelijk aangemerkte stukken schade zou kunnen toebrengen aan de commerciële belangen van de betrokken partijen.

3.12. In zijn deskundig verslag van 17 september 2009 heeft de deskundige geoordeeld dat geen van de neergelegde stukken nog langer als vertrouwelijk dienen te worden aangemerkt.

3.13. Met het tussenarrest nr. 210.378 van 13 januari 2011 heeft de Raad van State de debatten heropend en een aanvullend onderzoek van de zaak door het auditoraat bevolen.

IV. Ontvankelijkheid

4. Verzoekende partij bestrijdt met het voorliggende annulatieberoep naast de gunningsbeslissing van 2 december 2002 ook de “daaruit volgende impliciete weigeringsbeslissing om [de] opdracht niet aan [haar] te gunnen”.

5. In beginsel staat het impliciete karakter van de beslissing om niet aan verzoekende partij toe te wijzen, de aanvechtbaarheid van die beslissing niet in de weg. In zoverre echter verzoekende partij zou menen dat bij een eventuele nietigverklaring van de impliciete weigering dan van de weermomstuit voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven - in dit geval de gunning- wordt die opvatting niet bijgevalen. Wat de overheid na de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing -weze ze impliciet of expliciet-

op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het in voorkomend geval gegrond bevonden middel.

V. Inzage van de stukken

6. Na de neerlegging van het deskundig verslag werd de partijen de kans geboden in een aanvullende memorie hun standpunten nader toe te lichten, in voorkomend geval onder verwijzing naar de stukken van het administratief dossier die tot dan als vertrouwelijk werden gehouden.

Na aldus voor het eerst in de mogelijkheid te zijn gesteld om alle stukken van het dossier in te zien, hebben de partijen een aanvullende memorie neergelegd.

VI. Onderzoek van de middelen

7. Verzoekende partij meent dat bij de beoordeling van haar drie middelen een deskundige de Raad van State moet bijstaan gelet op hun technisch karakter. Verwerende partij van haar kant acht zulks niet nodig en biedt ten gronde verweer tegen de drie middelen. Tussenkomen de partij sluit zich aan bij laatstgenoemd standpunt.

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

8. In het eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 110, § 2, *juncto* artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, alsook de schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Verzoekende partij voert reeds in het inleidend verzoekschrift in dit middel aan dat de offerte van tussenkomende partij niet beantwoordt aan essentiële vereisten van het bestek, meer bepaald deze opgenomen in hoofdstuk 7, het contactcenter, van de technische bijlage bij het bestek. Verzoekende partij wijst er op dat tussenkomende partij in haar offerte wat het contactcenter betreft immers een bijkomende optie “OmniTouch” heeft voorgesteld, die meer geavanceerde mogelijkheden zou bieden dan de basisoplossing. Het is volgens verzoekende partij echter niet duidelijk of de basisoplossing op zich reeds voldoet aan de technische vereisten van het bestek en of de functies, omschreven in punt 7.1.1. van het bestek, wel degelijk deel uitmaken van de betrokken offerte.

In haar aanvullende memorie betoogt verzoekende partij voorts meer in het bijzonder dat, indien zulks niet het geval is, de offerte van tussenkomende partij substantieel onregelmatig is, aangezien de nadere door het bestek vereiste functionaliteiten van het contactcenter in dat geval worden opgebouwd rond een “OmniTouch” systeem dat slechts optioneel wordt aangeboden. Uit de offerte van tussenkomende partij blijkt volgens verzoekende partij “duidelijk dat voor meerdere punten in de offerte, door tussenkomende partij een antwoord wordt gegeven dat is gebaseerd op de OmniTouch oplossing, die evenwel [...] geen deel uitmaakt van de basisofferte, doch enkel optioneel wordt aangeboden”. Daartoe toetst verzoekende partij vervolgens de offerte van tussenkomende partij aan de volgende randnummers van de technische bijlage van het bestek: 7.1.3.2 (wachtijdberekening door het systeem), 7.1.5 (evaluatie van de verwerking van de oproepen), 7.1.6 (supervisie), 7.1.8 (gedetailleerde beschrijving ACD-functie) en besluit zij als volgt:

“Samenvattend bevat de offerte van tussenkomende partij de bevestiging van de stelling van verzoekende partij, m.n. dat uit de offerte van tussenkomende partij overduidelijk blijkt dat, met het oog op de invulling van de verschillende door het bestek gestelde technische vereisten, tussenkomende partij verwijst naar het OmniTouch pakket, d.w.z. een ‘oplossing’ waaromtrent tussenkomende partij anderzijds aangeeft dat dit optioneel wordt aangeboden en bijgevolg geen deel uitmaakt van haar basisofferte.

Bij wijze van voorbeeld verwijst verzoekende partij naar volgende uittreksels uit de offerte van tussenkomende partij: [...]

‘Het OmniTouch-gamma van Alcatel omvat verschillende modules waarmee een doeltreffend multimedia-Contact Center kan worden opgebouwd:

- Intelligente distributie van de contacten (CCdistribution)
- Skill based Routing
- Beheer en supervisie van het Contact Center (CCsupervision)
- Beheer en supervisie van de contacten via CTI (CCagent)
- Interactiesysteem (CCivr)
- Campagnes van uitgaande gesprekken (CCoutbound)
- Distributie van e-mail (CCemail)
- Web-enabled Contact Center (CCweb)’

In de offerte van tussenkomende partij worden deze modules als volgt aangeboden:

- Intelligente distributie van de contacten (CCdistribution) -> aangeboden voor 7.1
- Skill based Routing
- Beheer en supervisie van het Contact Center (CCsupervision) -> aangeboden voor 7.3
- Beheer en supervisie van de contacten via CTI (CCagent) -> aangeboden voor 7.4
- Interactiesysteem (CCivr) -> aangeboden voor 7.2, 7.5.1.1 en 7.5.1.2
- Campagnes van uitgaande gesprekken (CCoutbound)
- Distributie van e-mail (CCemail) -> aangeboden voor 7.5.1.3
- Web-enabled Contact Center (CCweb) -> aangeboden voor 7.5.1

Voormelde feitelijke vaststellingen leiden dan ook tot het besluit dat met het oog op het invullen van een aanzienlijk aantal functies, zoals voorzien onder hoofdstuk 7 van het bestek, waarvan een groot aantal is aangeduid met een ‘*’ (en dus gesanctioneerd zijn met een substantiële onregelmatigheid), door tussenkomende partij worden ingevuld door te verwijzen naar de OmniTouch-oplossing. Echter, dit OmniTouch-pakket is, zoals door tussenkomende partij uitdrukkelijk wordt bevestigd, enkel optioneel aangeboden, zodat het geen deel uitmaakt van de basisofferte.

Deze vaststelling leidt dan ook tot het besluit dat de offerte van tussenkomende partij substantieel onregelmatig was omwille van het feit dat deze offerte afwijkt van technische bepalingen die door het bestek als essentieel werden aangemerkt.

[...]

In zoverre uw Raad [...] een deskundigenonderzoek zou bevelen m.b.t. het eerste middel, stelt verzoekende partij dan ook voor dat aan de heer

gerechtsdeskundige wordt gevraagd om in het kader van het eerste middel minstens volgende technische vragen te onderzoeken en te beantwoorden:

- (i) Beantwoordde de basisofferte van tussenkomende partij aan de onderscheiden punten die waren opgenomen in hoofdstuk 7 van het bestek, zonder dat een beroep wordt gedaan op het optioneel aangeboden onderdeel ‘OmniTouch’ ?
- (ii) Voldeed de door tussenkomende partij als basisoplossing voorgestelde offerte, d.w.z. zonder het optioneel aangeboden programma OmniTouch, aan de technische vereisten die waren opgenomen in het bestek, meer bepaald onder hoofdstuk 7 ‘Contact Center — IVR’ ?”

9. Verwerende partij betoogt in haar aanvullende memorie in de eerste plaats dat het middel niet-ontvankelijk is aangezien geenszins wordt vermeld op welke wijze de bestreden beslissing de geschonden geachte rechtsnormen juist schendt.

In ondergeschikte orde werpt verwerende partij tegen dat de basisversie van de offerte van tussenkomende partij wel degelijk voldoet aan de essentiële vereisten van het bestek en dat de “OmniTouch” optie niet werd betrokken in de beoordeling van het contactcenter voorgesteld door tussenkomende partij. Zij weerspreekt vervolgens het betoog van verzoekende partij inzake de conformiteit van de offerte van tussenkomende partij met de randnummers 7.1.3.2, 7.1.5, 7.1.6 en 7.1.8 van de technische bijlage van het bestek.

Ten slotte stelt verwerende partij dat het volgens haar niet nodig is om een deskundige aan te stellen, omdat verzoekende partij er niet in slaagt enige gegronde argumentatie aan te voeren die er op wijst dat de basisoplossing zonder de optionele “OmniTouch” niet zou beantwoorden aan de vereisten van het bestek, noch dat verwerende partij rekening zou hebben gehouden met deze optie bij de beoordeling van de offerte van tussenkomende partij. Het komt volgens verwerende partij echter juist aan verzoekende partij toe om aan te tonen dat de beoordeling door het bestuur van de technische gegevens de toets van de redelijkheid niet kan doorstaan. Voor zover de Raad van State

toch een deskundigenonderzoek zou bevelen, kan verwerende partij zich akkoord verklaren met de door verzoekende partij voorgestelde deskundige D. Stevens.

10. Tussenkomen de partij beperkt er zich toe in haar aanvullende memorie, zich uitdrukkelijk aan te sluiten bij de argumentatie van verwerende partij.

11. In het aanvullend auditoraatsverslag wordt het middel ontvankelijk bevonden en vervolgens vastgesteld dat de discussie tussen partijen niet juridisch doch wel technisch van aard is en dat dienvolgens een deskundig onderzoek noodzakelijk is. De door verzoekende partij voorgestelde vragen aan de deskundige worden door het auditoraat herleid tot één vraag:

“Voldeed de basisofferte van tussenkomen de partij – d.i. zonder het optioneel aangeboden programma OmniTouch – aan de essentiële vereisten van het bestek, meer bepaald de bepalingen van hoofdstuk 7?”

12. In haar laatste memorie sluit verzoekende partij zich aan bij het voorstel van het auditoraat om een deskundige aan te stellen. Zij stelt voor om de door het auditoraat voorgestelde vraag als volgt uit te breiden:

“Voldeed de basisofferte van tussenkomen de partij – d.i. zonder het optioneel aangeboden programma OmniTouch – aan de essentiële vereisten van het bestek, meer bepaald de bepalingen van hoofdstuk 7 en werd de evaluatie voor alle delen van hoofdstuk 7 van het bestek ook correct uitgevoerd, wetende dat het optioneel aangeboden programma OmniTouch geen deel uitmaakte van de voorgestelde oplossing?”

13. Verwerende partij beperkt zich in haar laatste memorie tot een verwijzing naar haar aanvullende memorie. Voorts herhaalt zij akkoord te gaan met de persoon van D. Stevens als aan te stellen deskundige om de “vragen gesteld in het auditoraatsverslag” te beantwoorden.

Beoordeling

14. In tegenstelling tot wat verwerende partij opwerpt blijkt uit de uiteenzetting van het middel dat verzoekende partij de ingeroepen rechtsnormen geschonden acht doordat – indien haar betoog gegrond zou zijn – de offerte van tussenkomende partij niet voldoet aan bepaalde besteksvereisten en dienvolgens onregelmatig had moeten worden bevonden. Het middel is ontvankelijk.

15. Ten gronde dient te worden vastgesteld dat de discussie tussen de partijen vraagpunten met technische inslag betreft, namelijk of (a) de offerte van tussenkomende partij ook zonder de bijkomende “OmniTouch” functionaliteit voldeed aan de technische vereisten van hoofdstuk 7 van de bijlage bij het bestek en (b) of verwerende partij al dan niet rekening heeft gehouden met deze bijkomend aangeboden functionaliteit in haar beoordeling van de offerte van tussenkomende partij.

De Raad van State ziet zich niet bij machte om met voldoende zekerheid deze vraagpunten te beslechten zonder daaromtrent eerst deskundig advies te hebben ingewonnen.

Aan de deskundige worden hierna in het beschikkende gedeelte dan ook op die kwestie betrekking hebbende vragen voorgelegd.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

16. In het tweede middel roept verzoekende partij de schending in van het gelijkheidsbeginsel. Dit middel wordt aangebracht in drie onderdelen. Deze worden hierna beschreven overeenkomstig hun invulling in de laatste memorie van verzoekende partij, na inzage van het volledige administratief dossier.

16.1. Een eerste onderdeel betreft de “prijszetting DECT gedeelte” in de offerte van tussenkomende partij.

De prijstabel van tussenkomende partij zou berekeningsfouten bevatten.

Verzoekende partij maakt daarbij met cijfermatige en technische beschrijvingen een analyse onder meer van de betrokken besteks-bepalingen, van de offerte van tussenkomende partij en van het “CEM-evaluatie-verslag”. Zij leidt uit dat alles af dat, gezien het aanbod van tussenkomende partij slechts “11 gelijktijdige gesprekskanalen [te] bieden per RBS basisstation”, deze offerte hierbij weliswaar nog steeds conform blijft aan de specificaties van het bestek, maar dat de fout vervat zit in het feit dat verwerende partij dit aanbod niet heeft omgerekend naar het door haar bij de evaluatie van de offertes gehanteerde uitgangspunt van 12 gesprekskanalen per basisstation.

Voorts dienen er volgens verzoekende partij nog twee bijkomende correcties te worden uitgevoerd om de gelijkheid tussen de offertes van verzoekende partij en tussenkomende partij te verzekeren. In de eerste plaats moet de softwarelicentie in de offerte van tussenkomende partij per vier basisstations worden gerekend. Ten tweede wordt niet voor alle modules een onderhoudsvergoeding aangerekend. Deze dient aldus nog toegevoegd. Dit alles heeft tot gevolg dat de “total cost of operations” in de offerte van tussenkomende partij moet worden verhoogd tot 9.180.041,15 euro.

16.2. Het tweede onderdeel betreft de “prijszetting contactcenter” in de offerte van tussenkomende partij. Verzoekende partij herneemt in de eerste plaats haar standpunt, reeds ingenomen in het eerste middel, dat het contactcenter voorgesteld in de offerte van tussenkomende partij niet aan de basisvereisten van het bestek voldoet zonder de optionele “OmniTouch” functionaliteit en dat in het kader van de prijszetting echter met dat programma totaal geen rekening is gehouden.

In haar laatste memorie betoogt verzoekende partij nader dat, hoewel verwerende partij het tegendeel beweert, uit het gunningsverslag blijkt dat zij bij de puntentoekenning toch rekening heeft gehouden met het aanwezig zijn van deze bijkomende functionaliteit, die echter zoals gezegd niet in de prijs was verrekend. Bij verzoekende partij werd het contactcenter op eenzelfde wijze geëvalueerd hoewel hier geen verrekening meer diende te gebeuren aangezien haar offerte reeds over de geavanceerde functionaliteit beschikte.

Verzoekende partij illustreert haar stelling dan aan de hand van enkele voorbeelden, waarbij zij verwijst naar de beoordeling van een aantal sub-elementen van de punten 7.2., 7.3. en 7.4.

16.3. In een derde onderdeel viseert verzoekende partij onderdeel “implementatie, onderhoud en dienstverlening” in de offerte van tussenkomende partij. In essentie stelt zij dat tussenkomende partij in haar offerte voor verscheidene posten een voorbehoud formuleert om bijkomende kosten aan te rekenen.

In haar laatste memorie maakt verzoekende partij een uitvoerige technische analyse van hoofdstuk 12 van het bestek, de offertes en het evaluatieverslag. Zij besluit daarbij dat “bij het vaststellen van de financiële kost met het oog op de vergelijking van de offertes [...] verwerende partij een aantal bijkomende kosten die waren opgenomen in de offerte van tussenkomende partij, niet [heeft] meegenomen, zodat bij de vergelijking van de financiële voorwaarden, aangeboden door verzoekende partij en tussenkomende partij, het gelijkheidsbeginsel geschonden is”.

16.4. In een algemeen besluit vraagt verzoekende partij om, indien de Raad van State een deskundige zou aanstellen, deze “specifiek m.b.t. [de in het tweede middel aangehaalde] technische elementen een advies te laten verstrekken”.

17. Verwerende partij betwist het middel in zijn drie onderdelen.

Wat het eerste onderdeel betreft wijst verwerende partij er op dat het door tussenkomende partij aangeboden RBS basisstation wel degelijk over 12 kanalen beschikt, zijnde 11 voor gesprekken en 1 voor synchronisatie. Bijgevolg diende verwerende partij geenszins een omrekening van het aantal basisstations uit te voeren. De softwarelicenties moeten dan ook evenmin worden omgerekend. Voor de DECT8-kaarten is de onderhoudsvergoeding inbegrepen in de eenheidsonderhoudsprijs van de basisstations.

Verwerende partij werpt bij het tweede onderdeel tegen dat enkel voor de voormelde punten 7.2, 7.3 en 7.4 van het bestek rekening werd gehouden met de optie “OmniTouch” van tussenkomende partij om het technisch potentieel van de offertes voor de toekomst te kunnen beoordelen maar dat voor die punten in geen prijszetting was voorzien zodat de prijscorrectie die verzoekende partij doorvoert overbodig en onjuist is.

Ten slotte, wat het derde onderdeel betreft, doet verwerende partij gelden dat zij de voorbehouden en minder goede elementen wél in rekening heeft gebracht bij de posten waarvan er kon worden uitgegaan van een meeruitgave, en niet bij posten waarvoor dit niet nodig was zoals de “release-service”. De onderhoudsvergoeding was inbegrepen in de totaalprijs en diende niet apart in rekening te worden gebracht.

Wat de aanstelling van een deskundige betreft wijst verwerende partij er op dat verzoekende partij geen vragen voor de deskundige formuleert in het kader van dit middel. Hieruit blijkt dat de bijstand van een deskundige niet nodig is om het middel te beoordelen. Mocht de Raad van State toch een deskundigenonderzoek bevelen, dan kan verwerende partij zich akkoord verklaren met de door verzoekende partij voorgestelde deskundige D. Stevens.

18. Tussenkomende partij sluit zich in haar aanvullende memorie uitdrukkelijk aan bij de argumentatie van verwerende partij.

19. In het aanvullend auditoraatsverslag wordt vastgesteld dat de discussie tussen de partijen niet juridisch maar louter technisch van aard is. Er wordt voorgesteld om een deskundige te vragen om de Raad van State te adviseren omtrent de kritiek van verzoekende partij in de drie onderdelen van het middel en meer bepaald “of, na kennisname van de concrete kritiek van verzoekster en de weerlegging ervan door verweerster en tussenkomende partij, deze kritiek geheel of gedeeltelijk al dan niet gegrond is en, zo ja, welke de impact ervan is op de beoordeling van de offertes”.

20. In haar laatste memorie sluit verzoekende partij zich “volledig” aan “bij het standpunt van het auditoraat”. Zij erkent dat haar middel een technisch karakter heeft en treedt de formulering in het auditoraatsverslag van de opdracht van de deskundige bij.

21. Verwerende partij beperkt zich in haar laatste memorie ook wat het tweede middel betreft tot een verwijzing naar het betoog in haar aanvullende memorie. Voorts herhaalt zij – ondergeschikt - akkoord te gaan met de persoon van D. Stevens als aan te stellen deskundige om de “vragen” voorgesteld in het auditoraatsverslag te beantwoorden.

Beoordeling

22. Net zoals bij eerste middel betreft de discussie tussen de partijen voor dit middel een aantal technische vraagstukken die de Raad van State niet zonder deskundig advies kan beslechten.

22.1. Wat het eerste onderdeel betreft dient de deskundige de Raad van State te adviseren of voor het door tussenkomende partij aangeboden RBS basisstation een omrekening dient te gebeuren zoals opgeworpen door verzoekende partij. Zo ja, dienen ook de betrokken softwarelicenties omgerekend? Ten slotte: is de onderhoudsvergoeding voor de DECT8-kaarten inbegrepen in de onderhoudsprijs van de basisstations?

22.2. De kwestie aan de orde in het tweede onderdeel overlapt grotendeels met de vraag, in het eerste middel aan de orde, namelijk of de offerte van tussenkomende partij ook zonder de bijkomende “OmniTouch” functionaliteit aan de vereisten van het bestek voldeed. In die mate laat het zich aanzien dat daartoe het antwoord op de vragen met betrekking tot het eerste middel reeds volstaat om de kwestie te kunnen beoordelen. Een vraag die in het kader van het tweede middel nog bijkomend moet worden beantwoord door de deskundige, is deze of, indien verwerende partij bij haar beoordeling van de offerte van tussenkomende partij rekening heeft gehouden met de bijkomende “OmniTouch” functionaliteit, de verrekening die verzoekende partij voorstelt al dan niet nodig was en, zo ja, wat hiervan de invloed is op de beoordeling van de offertes.

22.3. Het twistpunt in het derde onderdeel vereist dat een antwoord wordt geboden op de vragen (a) of tussenkomende partij in haar offerte, wat hoofdstuk 12 van de technische bijlagen van het bestek betreft, een voorbehoud heeft gemaakt zoals verzoekende partij betoogt en (b) of verwerende partij in haar beoordeling van de offerte van tussenkomende partij rekening heeft gehouden met dit voorbehoud en de bijkomende kosten correct in rekening heeft gebracht.

C. Derde middel

Standpunt van de verzoekende partij

Uiteenzetting van het oorspronkelijke middel

23.1. Het derde middel is gesteund op de schending van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

In dit middel brengt verzoekende partij in het inleidend verzoekschrift (blz. 13-17) een aantal grieven aan die de beoordeling van de offertes door verwerende partij betreffen, meer bepaald inzake (i) technische beschrijving, (ii) uitgaande gesprekken, (iii) telefoniediensten, (vi) contact center, (viii) voice processing, (ix) systeembeheer, (xi) implementatie, onderhoud en diensten.

Verzoekende partij affirmeert in haar aanvullende en laatste morie, betreffende deze grieven en zonder nog nader te specificeren, dat zij heeft aangetoond “dat m.b.t. de door verwerende partij verrichte beoordeling een aantal kennelijke wettigheidskritieken konden worden geformuleerd. Hierbij werden de door verwerende partij verrichte beoordelingen individueel toegelicht”.

23.2. Wel illustreert zij in haar aanvullende en laatste memories met “twee voorbeelden” “de gekleurde en sterk subjectieve beoordeling van de offertes ten voordele van tussenkomende partij”.

23.3. In de eerste plaats laakt verzoekende partij de punten-toekenning voor hoofdstuk 6 van de technische bijlage bij het bestek waar verzoekende partij 1,385 punten op 2 kreeg en tussenkomende partij 1,3435 punten op 2. Dit is een verschil van slechts 2 procent, terwijl de offerte van tussenkomende partij, zoals blijkt uit het voorgaande, op dit vlak enkel wordt beoordeeld op grond van een papieren document. Voorts wijst verzoekende partij er in dit verband op dat de technische bijlage bij het bestek in punt 6.1.2 vermeldt dat de Federale Politie twee e-mail systemen gebruikt, “TeamWare” en “GroupWise”. In de offerte van verzoekende partij wordt een aanbod gedaan met andere e-mail programma’s, doch gesteld dat “ook Teamware en Groupwise [...] tot de mogelijkheden [behoren]”. Verzoekende partij krijgt slechts 1 punt op 10, met de motivering “Niet beschikbaar, maar kan volgens Siemens in gemeenschappelijk overleg bekeken worden”. Tussenkomende partij daarentegen krijgt 5 punten, gemotiveerd: “Conform volgens Alcatel maar in de technische documentatie wordt enkel Groupwise vermeld”. Dit puntenverschil in het nadeel

van verzoekende partij is volgens haar “volstrekt onbegrijpelijk” aangezien de offerte van tussenkomende partij wordt geëvalueerd op basis van een papieren document en gelet op de negatieve commentaar, “niet beschikbaar”, die geen steun vindt in de offerte van verzoekende partij.

23.4. Voorts werpt verzoekende partij op dat uit het administratief dossier niet kan worden afgeleid of voor hoofdstuk 12 van de technische bepalingen van het bestek “aan de onderscheiden inschrijvers [...] een correcte en consistente beoordeling is gegeven en meer bepaald of de relatieve verhouding tussen de onderscheiden beoordelingen correct is”. Zij wijst er op dat tussenkomende partij 61,079 punten heeft gekregen, tegen 71,403 voor verzoekende partij. “Dit betekent”, aldus verzoekende partij, “dat er tussen de offerte van verzoekende partij en tussenkomende partij dus slechts een relatief beperkt verschil is, nl. 16,90%. In ieder geval lijkt dit verschil in de beoordeling volkomen ontoereikend om het verschil zoals verwoord in het CEM-evaluatierapport te concretiseren”.

Nieuw middelonderdeel

23.5. Vervolgens komt verzoekende partij in haar aanvullende en laatste memories tot een nieuw middelonderdeel, blijkbaar gesteund op het van vertrouwelijkheid ontheven administratief dossier. Zij wijst erop dat het bestek in punt 5.8.5. bepaalt dat “tijdens de demonstratie [...] alle aangeboden hard- en software in werkende staat en in realistische omstandigheden [moet] kunnen getoond worden”, terwijl in het evaluatieverslag voor hoofdstuk 6 van de technische bepalingen “Unified Messaging” voor de offerte van tussenkomende partij onder meer wordt vermeld: “De firma stelt [...] een product voor dat MRS (Cycos 4.2) noemt. Dit was niet beschikbaar voor de demonstratie en maakt op geen enkele wijze deel uit van het basisaanbod. Zodoende zijn navolgende opmerkingen gebaseerd op de papieren offerte”. Volgens verzoekende partij maakt dit een flagrante niet-conformiteit uit van de offerte van tussenkomende partij, waar verwerende partij zonder bezwaren overheen stapt.

Deskundige

23.6. Verzoekende partij vraagt om ook wat het derde middel betreft een deskundige aan te stellen om de Raad van State bij te staan.

Beoordeling

Nieuw middelonderdeel

24.1. Het bestek bepaalt in punt 5.8.5 :

“Tijdens de demonstratie moet alle aangeboden hard- en software in werkende staat en in realistische omstandigheden kunnen getoond worden om de technische diensten van de Federale Politie toe te laten punt per punt de kenmerken van de gedemonstreerde materialen te toetsen aan de beschrijving in de offerte van de inschrijver en aan die in het bestek. [...]”.

In het evaluatieverslag wordt overwogen:

“[De nv Nextiraone] stelt [...] een product voor dat MRS (Cycos 4.2) noemt. Dit was niet beschikbaar voor de demonstratie en maakt op geen enkele wijze deel uit van het basisaanbod. Zodoende zijn navolgende opmerkingen gebaseerd op de papieren offerte”.

24.2. Verwerende partij heeft het niet ter beschikking zijn van het product “MRS (Cycos 4.2)” blijkbaar als een relatieve onregelmatigheid beschouwd in de zin van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, welke bepaling verzoekende partij thans overigens niet uitdrukkelijk inroept.

Verzoekende partij toont niet aan dat verwerende partij door aldus te beslissen artikel 115 van het voormelde besluit van 8 januari 1996 of het betrokken gunningscriterium niet correct zou hebben toegepast. Verzoekende partij beperkt zich er integendeel toe te stellen dat het om een “flagrante niet-

conformiteit” gaat, zonder nadere toelichting. Verwerende partij werpt terecht tegen dat het bestek alvast geen nietigheidssanctie oplegt.

De grief is niet gegrond en het nieuwe middelonderdeel wordt verworpen.

De grief betreffende de e-mailsystemen

25. Verzoekende partij toont op geen enkele wijze aan dat het door haar aangehaalde uiterst minieme puntenverschil in haar voordeel voor hoofdstuk 6 van het bestek - een verschil van 0,0415 punten met tussenkomende partij - niet zou kunnen voortvloeien uit een beoordeling aan de hand van de “papieren” offertes.

Wat de e-mail programma’s betreft, blijkt uit het administratief dossier immers dat de offerte van verzoekende partij in de eerste plaats andere software als standaarduitgangspunt hanteert (er worden vijf verschillende “standaard” softwarepakketten aangeboden) en dat slechts in ondergeschikte orde wordt opgemerkt dat “ook Teamware en Groupwise [...] tot de mogelijkheden [behoren]”, doch dat dit eerst “door de Federale Politie en Siemens samen bekeken [zal] moeten worden”. Het door haar aangeboden blijkt dus Teamware en Groupwise niet te ondersteunen.

In de offerte van tussenkomende partij blijkt daarentegen alvast “GroupWise” te worden aangeboden, zijnde één van beide systemen die reeds in gebruik zijn door de Federale Politie.

Het komt, gelet op deze vaststellingen, niet als onredelijk voor dat verzoekende partij, die hoogstens een voorwaardelijk aanbod doet inzake het gebruik van de huidige e-mailprogramma’s, 1 punt op 10 krijgt en dat tussenkomende partij, die in haar offerte toch alvast één van beide programma’s blijkt aan te bieden, 5 punten op 10 krijgt.

Ook deze grief is niet gegrond.

De resterende grieven

26. De overige grieven inzake de beoordeling van de offertes die verzoekende partij in het middel aanbrengt, betreffende hoofdstuk 12, hiervoor ter sprake gebracht onder randnummer 23, zijn dermate technisch van aard dat de Raad van State eerst het advies van een deskundige dient in te winnen opdat hij zou kunnen beoordelen of de evaluatie door verwerende partij rechtmatig is gebeurd. Zulks wordt overigens ook door de verzoekende partij gevraagd.

Besluit betreffende het derde middel

27. Het derde middel wordt in de besproken mate verworpen. Voor het overige wordt het in de heropening van het debat betrokken.

BESLISSING

1. Het debat wordt heropend.

2. David Stevens, research coördinator ICRI-KU Leuven, met kantoor te Leuven, Sint-Michiëlstraat 6, wordt aangesteld als deskundige met als opdracht:

- **na kennis te hebben genomen van het dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven betreffende de volgende vragen:**
 - **Wat het eerste middel betreft:**
 - (a) Voldeed de offerte van de nv Nextiraone, zonder de optioneel aangeboden “OmniTouch” functionaliteit aan de essentiële technische vereisten van het bestek, meer bepaald de bepalingen van hoofdstuk 7 van de bijlage?**
 - (b) Is bij de beoordeling van de offerte van de nv Nextiraone wat het contact center betreft, enkel rekening gehouden met de basisfunctionaliteit of zijn er ook elementen van de bijkomende “OmniTouch” functionaliteit in de beoordeling betrokken?**

- **Wat het tweede middel betreft:**
 - (a) Eerste onderdeel:** dient voor het door de nv Nextiraone aangeboden RBS basisstation een omrekening te gebeuren zoals opgeworpen in de aanvullende memorie van de nv Siemens? Zo ja, dienen ook de betrokken softwarelicenties omgerekend? Ten slotte: is in de offerte van de nv Nextiraone de onderhoudsvergoeding voor de DECT8-kaarten inbegrepen in de onderhoudsprijs van de basisstations?
 - (b) Tweede onderdeel:** indien bij de beoordeling van de offerte van de nv Nextiraone rekening is gehouden met de bijkomende “OmniTouch” functionaliteit, is de verrekening die de nv Siemens in haar aanvullende memorie voorstelt nodig of niet? Zo ja, wat is hiervan de invloed geweest op de beoordeling van de offertes?
 - (c) Derde onderdeel:** (1) heeft de nv Nextiraone in haar offerte, wat hoofdstuk 12 van de technische bijlagen van het bestek betreft, een voorbehoud gemaakt zoals de nv Siemens opwerpt? (2) is bij de beoordeling van de offerte van de nv Nextiraone rekening gehouden met dit voorbehoud en zijn de bijkomende kosten correct in rekening gebracht?
 - **Wat het derde middel betreft:** vindt de kritiek van de nv Siemens op de beoordeling van de (i) technische beschrijving, (ii) uitgaande gesprekken, (iii) telefoniediensten, (vi) contactcenter, (viii) voice processing, (ix) systeembeheer, (xi) implementatie, onderhoud en diensten, steun in de gegevens van het dossier en moet deze kritiek leiden tot de door de nv Siemens voorgestelde puntencorrectie of tot een andere puntencorrectie ?
- de partijen hieromtrent te horen en op hun dienstige vragen te antwoorden;
 - van een en ander een beëdigd en met redenen omkleed verslag te doen waarin de opmerkingen van de partijen op het hun in prelectuur medegedeeld verslag worden besproken, welk verslag moet worden neergelegd binnen zes maanden na aanvaarding van zijn opdracht.

3. Het door de auditeur-generaal aan te wijzen lid van het auditoraat wordt gelast met een aanvullend onderzoek na kennisname van het deskundig verslag.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 mei 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest