

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.549 van 19 februari 2013
in de zaak A. 207.720/XII-7217**

In zake: de BVBA DITECH
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplaats 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Financiën
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Aube Wirtgen en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV GET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 januari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 10.12.2012 van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Financiën, tot gunning, ingevolge algemene offerteaanvraag, van de opdracht tot levering, montage, installatie en onderhoud van een gecentraliseerd systeem van registratie en beheer van de arbeidstijd en van een systeem van

bewaking en toegangscontrole en dit gekoppeld aan het systeem van tijdsregistratie en arbeidstijdbeheer gesitueerd in het gebouwencomplex North Galaxy en eventueel de verwerving van elektronische prikklokken en licenties met het oog op de uitbreiding van het systeem van registratie en beheer van de arbeidstijd tot maximum van 200 gebouwen bezet door agenten van de FOD Financiën, aan de nv General Engineering & Technology (GET)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 31 januari 2013 heeft de nv GET gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 februari 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Aube Wirtgen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend 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 overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten met als onderwerp: “als vaste gedeelte: de levering, montage, installatie en onderhoud van een gecentraliseerd systeem van registratie

en beheer van de arbeidstijd en van een systeem van bewaking en toegangscontrole en dit gekoppeld aan het systeem van tijdsregistratie en arbeidstijdbeheer gesitueerd in het gebouwencomplex North Galaxy; als voorwaardelijke gedeelte: de verwerving van elektronische prikklokken en licenties met het oog op de uitbreiding van het systeem van registratie en beheer van de arbeidstijd tot een maximum van 200 gebouwen bezet door agenten van de FOD Financiën”. Als gunningswijze wordt gekozen voor de algemene offerteaanvraag.

De opdracht wordt beheerst door het bestek S&L/AO/308/2012. De uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 3.478.750 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 augustus 2012 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 29 augustus 2012.

3.3. In het toepasselijke bestek wordt bepaald dat de opdracht wordt toegewezen aan de inschrijver die de “meest interessante offerte” heeft ingediend, rekening houdend met de volgende gunningscriteria: (1) prijs btw inbegrepen (op 50 punten), (2) kwaliteit van de bewaking en toegangscontrole (op 20 punten), (3) kwaliteit van de tijdsregistratie (op 20 punten), en (4) niveau van integratie (op 10 punten). Aangaande de evaluatie van het gunningscriterium ‘prijs’ is in het bestek het volgende opgenomen:

“Wat het criterium ‘Prijs’ betreft, heeft de aanbestedende overheid alvast een evaluatieconfiguratie opgesteld die is samengesteld uit verschillende onderdelen.

Om de objectiviteit van de aanbestedende overheid en de gelijkheid van behandeling tussen de inschrijvers te garanderen, werd de evaluatieconfiguratie, bestaande uit onderdelen vermeld in de door de inschrijvers verplicht in te vullen prijsinventaris, bepaald vóór de publicatie van de aankondiging van de opdracht en werd zij meegedeeld aan de Inspectie van Financiën.

De punten voor het criterium ‘prijs’ worden toegekend op basis van de volgende formule:

$$P = 50 \times P_m/P_o$$

Waarbij

P het aantal punten is dat aan de inschrijver is toegekend voor het criterium ‘prijs’;

P_m de laagste globale prijs incl. btw berekend voor de evaluatieconfiguratie is die is voorgesteld door een inschrijver in een geldige offerte;

P_o de globale prijs incl. btw berekend voor de evaluatieconfiguratie is diegene die wordt voorgesteld door een inschrijver wiens offerte wordt geëvalueerd.

Het aantal verkregen punten wordt afgerond tot op twee decimalen”.

Als bijlage 2 van deel C (‘Administratieve bepalingen’) van het bestek is een prijsinventaris opgenomen die volledig moet worden ingevuld.

3.4. In het document ‘Voorbereiding lastenboek – Toegangscontrole/Tijdsregistratie’ wordt de context van de opdracht verduidelijkt:

“Momenteel beschikt de FOD Financiën niet over een modern systeem van tijdsregistratie. Het huidige systeem van tijdsregistratie gebeurt vandaag nog met registratieklokken en prikkarten zonder enige interfacing naar andere systemen. Het gebruik ervan is totaal verouderd, inefficiënt en tijdrovend, zowel voor de gebruiker als voor de hiërarchische meerdere. Meer nog, de wijze van toepassing – met inbegrip van de gekende misbruiken – zorgen ervoor dat deze een zeer negatief beeld geven ons Departement.

In de gebouwen waar momenteel reeds toegangscontrole wordt voorzien, dient er te worden voorzien in een dubbele registratie, zonder enige koppeling of controle op de consistentie van de gegevens.

Door een vernieuwd gebouwenbeheer en de toename aan belang van digitalisering van persoonsgegevens in het organisatieproces, is de veiligheid van personeel, bezoekers, goederen en gegevens van primordiaal belang geworden in de ganse FOD Financiën. Daartoe is een actueel systeem van toegangscontrole aangewezen als onmisbaar hulpmiddel voor het beheren van crisissituaties en evacuaties bij noodtoestanden”.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 30 oktober 2012. Er werden vijf offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij en de nv GET (verzoekende partij tot tussenkomst).

3.6. In het evaluatieverslag van 30 november 2012 wordt, gesteund op een formule die gebruik maakt van de codes in de prijsinventaris, tot de volgende evaluatie gekomen:

	Offertes	Prijs volgens de formule gebruikt voor de evaluatie (incl. btw)	Punten /50
1	GET nv	2.739.795,74	50
2	DITECH bvba	4.181.865,25	32,76
3	GFI SA	14.095.975,00	9,72

3.7. De directeur van de stafdienst ICT en de directeur van de stafdienst P&O maken op 30 november 2011 een nota aan de inspectie van financiën en aan de minister van Financiën op, waarin wordt verklaard hoe het maximumbedrag van de opdracht (vast en voorwaardelijk gedeelte) wordt bepaald. In de nota aan de minister van Financiën wordt nogmaals gewezen op het verouderde en achterhaalde systeem van veiligheid en toegangscontrole en wordt bepaald dat het lopende onderhoudscontract slechts een oplossing op zeer korte termijn is.

3.8. Bij beslissing van 10 december 2012 van de minister van Financiën wordt de opdracht gegund aan de nv GET. Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een ter post aangetekende brief van 7 januari 2013 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij tot tussenkoms blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig 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.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ van toepassing. Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van eerste middel

6. In het eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 16 van de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en artikel 110 §2-3 van het K.B. van 8.1.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken al dan niet in combinatie met een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat in het kader van het regelmatigheidsonderzoek de aanbestedende overheid dient te onderzoeken of de offertes geen abnormale totaalprijzen of abnormale eenheidsprijzen bevatten. Te dezen blijkt dat verwerende partij, hoewel de verschillen tussen de geboden prijzen zeer aanzienlijk waren, aan geen enkele inschrijver een prijsverantwoording heeft gevraagd. Er dient echter voor ogen te worden gehouden dat de prijs te dezen het belangrijkste gunningscriterium vormt en dat de (abnormaal lage) prijs die door de gekozen inschrijver werd geboden er verantwoordelijk voor is dat haar offerte als voordeligste werd gerangschikt.

Tussen de offerte van de laagste en de tweede laagste inschrijver bestaat evenwel een prijsverschil van 1.441.956,28 euro of 52,63%. Daarnaast zijn er nog elementen die doen besluiten dat verwerende partij nalatig, minstens onzorgvuldig, is geweest.

In 2005 kreeg verzoekende partij de opdracht gegund voor levering, montage en installatie van een systeem van bewaking en toegangscontrole voor het gebouwencomplex North Galaxy, wat de huidige opdracht ook onder meer bevat. De initiële prijs van die opdracht, gegund in 2005, bedroeg 647.968,54 euro, btw niet inbegrepen, terwijl de uitbreidingen een bedrag van 130.700,32 euro vertegenwoordigden. Door de aanbestedende overheid werd geen bezwaar gemaakt omtrent deze prijs en de normaliteit ervan werd niet in vraag gesteld.

Vervolgens schreef verwerende partij in 2011 een algemene offerteaanvraag uit voor onderhoudsdiensten voor het eerder geïnstalleerde videobewakings- en toegangscontrolesysteem in het gebouwencomplex North Galaxy. In het kader van die gunningsprocedure vroeg verwerende partij om een prijsverantwoording aan verzoekende partij. Verzoekende partij gaf de nodige verantwoording voor de kostprijs van het volledige systeem (1.002.049,83 euro), wat door verwerende partij werd aanvaard, waardoor deze te kennen gaf dat de kostprijs van de installatie, in aanmerking genomen als berekeningsbasis voor de kostprijs van het onderhoud, voor haar een volstrekt normaal karakter had.

De thans voorliggende opdracht omvat een naar aard en omvang zelfde/gelijkaardig bewakings- en controlesysteem, dat het eerder geïnstalleerde systeem moet vervangen. De eerder aangerekende prijzen zijn bijgevolg relevant. Op grond van berekeningen stelt verzoekende partij vast dat de gekozen inschrijver met de haar voorgestelde prijs nog maar 29.000 euro overhoudt voor de realisatie, de configuratie en de implementatie van de tijdsregistratie en het onderhoud ervan gedurende een periode van 4,5 jaar, en met betrekking tot 30.000 personeelsleden die zich registreren via 500 terminals verspreid over circa 200 locaties in België. Dit vormt volgens haar geen normale marktconforme prijs waarmee alle vaste en variabele kosten kunnen worden gedekt en waarmee een normale winstmarge kan worden gerealiseerd. Een prijsverantwoording drong zich dan ook op.

Voorts dient de vraag te worden gesteld hoeveel de raming bedroeg en dienvolgens het verschil tussen de raming en de biedingen. Verwerende partij dient hieromtrent duidelijkheid te verschaffen. Indien namelijk zou blijken dat de raming aansluit bij de prijs van verzoekende partij of deze zelfs overstijgt, dan dient des te meer te worden geconcludeerd dat verwerende partij de offerte van tussenkomende partij niet zonder prijsverantwoording mocht aanvaarden.

Beoordeling

7.1. Artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken’ luidt als volgt:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

§ 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt”.

Het argument dat verwerende partij geen rechtvaardigingen heeft gevraagd voor abnormale prijzen gaat eraan voorbij dat zulks overeenkomstig het door verzoekende partij ingeroepen en hiervoor aangehaalde artikel 110, § 3, slechts is vereist wanneer het bestuur zich voorneemt een offerte wegens abnormale prijzen als onregelmatig af te wijzen. Te dezen werden de offertes van verzoekende partij en de gekozen inschrijver niet afgewezen, waardoor de betrokken bepaling niet van toepassing lijkt. Ook het artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 gaat uit van de veronderstelling dat de aanbestedende overheid een offerte als onregelmatig beschouwt, wat te dezen niet het geval is voor de twee betrokken offertes.

Buiten de toepassing van het besproken artikel 110 heeft de aanbestedende overheid een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarin op zoek wordt gegaan naar de aanwezigheid van abnormale prijzen en de Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een beslissing genomen op grond van die bevoegdheid, niet in de plaats stellen van het bestuur maar hij mag desgevraagd wel nagaan of het bestuur daarbij niet heeft gehandeld in strijd met het door verzoekende partij ingeroepen zorgvuldigheidsbeginsel. De aanbestedende overheid heeft immers de plicht om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

7.2. Verzoekende partij betoogt terecht dat er tussen haar offerte – 4.181.865,25 euro - en die van de gekozen inschrijver – 2.739.795,74 euro - een aanzienlijk verschil is. De offerte van de gekozen inschrijver lag daarmee ongeveer 20% onder de geraamde prijs – 3.478.750 euro . Uit de aan de Raad van State voorgelegde offertes, die hij in zijn beoordeling mag betrekken, blijkt echter dat de gekozen inschrijver, net zoals verzoekende partij, een gedetailleerde prijsverantwoording heeft neergelegd. Gelet op de vergelijking van de offertes van verzoekende partij en de gekozen inschrijver lijkt het standpunt van laatstgenoemde, dat een determinerende factor voor het prijsverschil bestaat in het hanteren van eigen software inzake tijdsregistratie, te kunnen worden bijgevalen. Zo wordt in die offerte melding gemaakt van eigen software die wordt gebruikt, terwijl in de offerte van verzoekende partij wordt verduidelijkt dat het volledige deel ‘tijdsregistratie’ in onderaanneming zal worden gegeven, wat op het eerste

gezicht het aanzienlijke verschil in licentieprijs tussen beide inschrijvers lijkt te verklaren, zoals dit ook blijkt uit de door beide inschrijvers ingevulde gedetailleerde prijsinventaris. Aldus lijkt op het eerste gezicht verwerende partij niet onzorgvuldig te hebben gehandeld door de voorgestelde prijs niet als abnormaal te beschouwen en dan ook geen prijsverantwoording te vragen.

Aan die vaststelling wordt geen afbreuk gedaan door de loutere affirmatie van verzoekende partij ter terechtzitting, dat de gekozen inschrijver niet de fabrikant zou zijn van de betrokken software. Evenmin is zulks het geval door de kritiek van verzoekende partij ter terechtzitting op de wijze waarop bepaalde gegevens buiten de raming van de opdracht zouden zijn gehouden. De Raad van State is namelijk zonder deskundige ondersteuning of minstens doorgedreven onderzoek, beide in principe niet verenigbaar met een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, niet bij machte de discussie daaromtrent te beslechten: deze heeft wezenlijk te maken met gebruiken van prijsopbouw in de in het geding zijnde sector, meer bepaald de vraag of onderhoudskosten van de voorgestelde systemen vaak in de prijs daarvan worden ingecalculeerd.

7.3. De offerte van de nv GFI voorts - 14.095.975 euro - lag niet enkel veel hoger dan de op 3.478.750 euro geraamde prijs, maar scoorde op alle gunningscriteria ook minder dan verzoekende partij en de gekozen inschrijver. Dat in die omstandigheid geen prijsverantwoording werd gevraagd aan de nv GFI lijkt op het eerste gezicht niet onzorgvuldig te zijn.

7.4. Voorts wijst verzoekende partij nog op een aantal andere elementen die tot de conclusie zouden moeten leiden dat verwerende partij gehandeld heeft met schending van de zorgvuldigheidsplicht.

In zoverre verzoekende partij verwijst naar een opdracht van 2005, lijkt zij geen rechten te mogen putten uit een opdracht die dateert van 2005 en waarvan overigens het resultaat heden niet lijkt te worden beschouwd als een modern en actueel systeem van tijdsregistratie en toegangscontrole, wat nu net de aanleiding is voor het uitschrijven van de huidige opdracht.

Tevens lijkt verzoekende partij geen rechten te mogen putten uit het feit dat verwerende partij bij een opdracht in 2011 wel een prijsverantwoording had gevraagd aan verzoekende partij, omdat het ook hier gaat om een onderscheiden opdracht.

Daarenboven lijkt verzoekende partij niet te kunnen worden bijgevalen in haar stelling dat de “thans voorliggende opdracht [...] een naar aard en omvang zelfde/gelijkaardig bewakings- en controlesysteem [omvat], hetgeen het eerder geïnstalleerde systeem moet vervangen”. Zoals eerder opgemerkt, blijkt uit het administratief dossier dat bij het bestaande systeem van tijdsregistratie werd vastgesteld dat het “verouderd, inefficiënt en tijdrovend” was, en bij dat van de toegangscontrole dat het “achterhaald” was.

Verzoekende partij beweert vervolgens dat de gekozen inschrijver amper 29.000 euro overhoudt voor de realisatie, configuratie en implementatie van de tijdsregistratie en het onderhoud ervan volgens haar dan ook geen normale prijs uitmaakt. Voor die berekening lijkt verzoekende partij echter uit te gaan van het reeds geïnstalleerde systeem en van het lopende onderhoudscontract waarover in de voormelde nota aan de minister van Financiën wordt gesteld dat de kosten voor de tussentijdse upgrades “niet te verwaarlozen zijn en kunnen vermeden worden door de implementatie van het nieuwe systeem dat in de opdracht werd gevraagd”. Zulks lijkt reeds te volstaan om te concluderen dat de vergelijking die verzoekende partij maakt niet opgaat, naast de *prima facie* terechte vaststelling van tussenkomende partij dat in de evaluatieconfiguratie niet wordt uitgegaan van 4,5 jaar maar van 3,5 jaar onderhoudscontract. Bovendien lijkt verzoekende partij niet aan te tonen dat de in haar berekening vermelde minimumprijzen voor de levering van badges en tijdsregistratieterminals daadwerkelijk wel dé marktconforme minimumprijzen zijn.

7.5. Gelet op het voorgaande lijkt verwerende partij de in het middel geschonden geachte bepalingen alsook het zorgvuldigheidsbeginsel niet te hebben geschonden door geen prijsverantwoording te vragen.

7.6. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele motiveringsplicht”.

Verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat nergens wordt verklaard, laat staan verantwoord, waarom er in de gegeven omstandigheden geen prijsverantwoording diende te worden gevraagd aan de gekozen inschrijver, gelet op het grote verschil tussen de biedingen en de prijzen die verwerende partij in het verleden heeft aanvaard als normale prijzen.

Beoordeling

9. Het middel roept de schending in van niet nader omschreven “beginselen van behoorlijk bestuur”, behalve de “formele motiveringsplicht”, zonder vermelding van wettelijke grondslag.

Laatstgenoemd beginsel lijkt geen dergelijk beginsel van behoorlijk bestuur, nu het geregeld is in diverse wetsbepalingen, die terzake echter niet worden vermeld.

Het tweede middel is aldus geen deugdelijk rechtsmiddel en niet ontvankelijk, waardoor het niet ernstig kan zijn.

VII. Besluit

10. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv GET tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 februari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest