RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 227.774 van 19 juni 2014
in de zaak A. 212.590/XII-7671

In zake: 1. de NV VAN DEN BERG
2. de NV SECURELINK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Helga Van Peer en Valentijn De Boe
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 268 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Wynant
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 221
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV DIMENSION DATA COMMUNICATIONS BELGIUM, voorheen de NV NEXTIRAONE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bert Kelchtermans en Koen De Puydt
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolvengracht 38 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 mei 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

> "- de beslissing van de Regie der Gebouwen d.d. 6 mei 2014 […] die er toe strekt om de algemene offerteaanvraag […] inzake werken, leveren,

transport en plaatsing van databekabeling en actief materiaal ten behoeve van de diensten van de Geïntegreerde Politie met bestek nr.: 12.02.0000.053E-DATA toe te wijzen aan NextiraOne nv voor een bedrag van EUR 11.603.633,92 (excl. btw) en EUR 14.040.397,04 (incl. btw) […]; en
- de daaruit volgende impliciete beslissing van de Regie der Gebouwen d.d. 6 mei 2014 om de offerte ingediend door Van Den Berg nv / Securelink nv […] niet als economisch meest voordelige regelmatige offerte te weerhouden en de opdracht niet aan haar toe te wijzen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 juni 2014 heeft de nv Dimension Data Communications Belgium (voorheen: de nv NextiraOne) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 juni 2014, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Valentijn De Boe en Simon Ceulemans, die loco advocaat Helga Van Peer verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Alexei Loubkine, die loco advocaat Luc Wynant verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Bert Kelchtermans en Koen De Puydt, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. De Regie der Gebouwen schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht van werken voor de plaatsing van databekabeling en actief materiaal ten behoeve van de diensten van de Geïntegreerde Politie.

Het betreft een raamovereenkomst die moet toelaten om te voorzien in databekabelingsinfrastructuur in de gebouwen van de Geïntegreerde Politie over het volledige grondgebied.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 24 juni 2013 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 28 juni 2013.

3.3. Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

Gunningscriterium 1	De prijs van de offerte	50 punten
Gunningscriterium 2	Kwaliteit van de UPS-systemen, het actief materiaal en aanverwante	40 punten
Gunningscriterium 3	Case Study	10 punten
Subcriterium 1	Prijs case study	5 punten
Subcriterium 2	Vermogen case study	5 punten

Volume II van het bestek bevat de technische bepalingen (deel 1) en de technische voorschriften (deel 2). In dit laatste deel worden in het derde hoofdstuk “Specifieke eisen gesteld aan de databekabeling” onder punt 3.4. de eisen opgesomd die worden gesteld aan de datakasten.

3.4. Vier inschrijvers dienen tijdig een offerte in tegen de volgende inschrijvingsbedragen:

Aannemer	Bedrag btw niet inbegrepen	Bedrag btw inbegrepen
NextiraOne	11.603.634,44	14.040.397,67
NV Van den Berg/Securelink	11.998.815,77	14.518.567,08
NV Prodata Systems/Simac	14.973.701,15	18.118.178,39
NV Putman gebr. Dimension Data Belgium	17.869.928,14	21.622.613,05

3.5. In de gunningsbeslissing van 6 mei 2014 wordt onder meer het volgende opgemerkt:

> "Zowel voor aannemer NextiraOne als voor aannemer Prodata is in de beschrijving (Technische Fiches) een non-conformiteit vast te stellen betreffende de dataracks. Echter tengevolge van de weging van deze posten ten belope van 2,99% (totaalprijs post 26 tot 30 / totaalprijs offerte == 347.447,29 / 11.603.633,92) voor de aannemer NextiraOne en 0,85% (totaalprijs post 27/totaalprijs offerte == 126.939,00 / 14.997.843,42) voor aannemer Prodata wordt dit geacht niet de nietigheid van de volledige offerte met zich mee te kunnen brengen.
>
> Hiernaast, wat extra bijgedragen heeft aan de niet nietigheidsverklaring van de offerte, wordt er wat betreft de aannemer NextiraOne gewezen op het feit dat zij op pagina 5 van hun offerte zich volledig conform verklaren aan het bestek en worden zij hier dan ook aan gehouden tijdens de uitvoering."

Vervolgens worden de offertes van de vier inschrijvers regelmatig bevonden en getoetst aan de gunningscriteria, wat leidt tot de volgende samenvattende puntentabel:

	Prodata - Simac	NextiraOne	Van den Berg-Securelink	Dimension Data-Putman
Puntentotaal	67,8	84,5	81,6	71,0

Aangaande de regelmatigheid van de offerte van de nv NextiraOne vermeldt de beslissing nog het volgende:

> "Aangezien deze offerte als regelmatig moet worden beschouwd, gelet op:
> - de conformiteit van de offerte met de essentiële bepalingen van het bestek,
> - de overweging dat: - de vormgebreken van de offerte (titel VI van het K.B. van 8 januari 1996) met name de niet conformiteit van het onderdeel van de dataracks met de bepalingen van het lastenboek geen voldoende reden worden geacht te zijn om de offerte als nietig te beschouwen aangezien:
> - het voldoen door de aannemer aan de eisen gesteld voor de kwalitatieve selectie
> [...]
> - het voldaan zijn aan de verplichtingen inzake R.S.Z.- bijdragen;
> - de afwezigheid van sociale schulden."

Beslist wordt om de opdracht toe te wijzen aan de nv NextiraOne.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 8 mei 2014 wordt aan de verzoekende partijen meegedeeld dat de opdracht niet aan hen wordt toegewezen.

3.7. Met een tweede aangetekend schrijven van 12 mei 2014 zendt de verwerende partij aan de verzoekende partijen een nieuwe kennisgeving met als bijlage de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij in tussenkomst 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. Vertrouwelijke stukken

5.1. In hun verzoekschrift merken de verzoekende partijen op dat de erbij gevoegde offerte gelet op de aard ervan als vertrouwelijk is aan te merken en

dat deze commercieel gevoelige gegevens bevat die enkel bestemd zijn voor de Raad van State en het Auditoraat.

Om diezelfde reden vraagt ook de verwerende partij om bepaalde stukken uit het administratief dossier waarbij de offertes als vertrouwelijk te behandelen.

5.2. In de huidige stand van het geding mag voormeld verzoek vanwege de verzoekende partijen en de verwerende partij worden ingewilligd. Overigens blijkt geen van de partijen het vertrouwelijke karakter van de betrokken stukken te betwisten.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State mag tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. 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’ nog van toepassing.

Artikel 65/15, tweede lid, verplicht de verzoekende partijen 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 minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissingen *prima facie* kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van het eerste middel

Standpunten van de partijen

7.1. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten', 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', het beginsel *patere legem quem ipse fecisti*, artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' en van "het motiveringsbeginsel".

7.1.1. In een eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de aanbestedende overheid de offerte van de nv NextiraOne als substantieel onregelmatig diende te weren omdat deze niet conform is aan de technische specificaties van het bestek en de vergelijkbaarheid van de offertes van de inschrijvers aantast.

Zij wijzen erop dat de technische specificaties in het bestek als eisen worden geformuleerd, dat vrije varianten overeenkomstig het bestek niet waren toegestaan en dat de gunningsbeslissing, zowel op pagina twee als op het einde, wijst op de niet-conformiteit van de offerte van de nv NextiraOne betreffende de te leveren datakasten, de zogenaamde *dataracks*. Deze onregelmatigheid heeft volgens de verzoekende partijen ook onmiskenbaar de vergelijkbaarheid van de offertes aangetast. De verwerende partij diende de offerte van de nv NextiraOne om die reden dan ook te weren als substantieel onregelmatig.

Bovenop de onregelmatigheden met betrekking tot de *dataracks* die de verwerende partij zelf in de gunningsbeslissing heeft aangegeven, dienen volgens de verzoekende partijen op basis van de informatie in de gunningsbeslissing en de publieke informatie met betrekking tot fabrieksgegevens nog bijkomende afwijkingen te worden vastgesteld in de offerte van de gekozen inschrijver. Zij lichten deze stelling toe aan de hand van een aantal technische voorbeelden die volgens hen "ongetwijfeld symptomatisch" zijn: er moeten ernstige vragen worden gesteld bij het *sérieux* van het conformiteitsonderzoek door de verwerende partij, aldus de verzoekende partijen.

7.1.2. In een tweede onderdeel voeren zij aan dat de aanbestedende overheid geen afdoende motieven aanvoert op grond waarvan de offerte van de nv NextiraOne als regelmatig zou kunnen worden beschouwd.

Voor zover de aanbestedende overheid op grond van het administratief dossier al aannemelijk kan maken dat het te dezen een relatieve onregelmatigheid betreft –*quod non*– dan nog blijkt dit op geen enkele wijze uit de gunningsbeslissing.

In de gunningsbeslissing wordt de vastgestelde onregelmatigheid in verband met de *dataracks* gerechtvaardigd op grond van twee motieven:

- de weging van de posten die door de onregelmatigheid zijn aangetast bedraagt 2,99 % van de totale offerte van de nv NextiraOne (of 347.447,29 euro op een totaal van 11.603.633,92 euro) en
- op blz. 5 van haar offerte verklaart NextiraOne zich "volledig conform" aan het bestek en de aanbestedende overheid zal haar hier dan ook aan houden.

Wat het eerste motief betreft, valt volgens de verzoekende partijen niet in te zien waarom een afwijking van een technische specificatie mag worden gerechtvaardigd op grond van een prijsargument. Daarenboven wijzen zij erop dat het feit dat de posten die door de onregelmatigheid zijn aangetast slechts

een beperkt aandeel van de totale offerte uitmaken uiteraard geen relevant prijs-argument is. Uit niets blijkt immers wat de prijsimpact is van de onregelmatigheid. Ten slotte benadrukken zij dat in het bestek duidelijk was aangegeven dat de aanbestedende overheid niet conforme basisoffertes zou verwerpen en dat vrije varianten niet zijn toegestaan. De aanbestedende overheid geeft geen enkel argument waarom deze duidelijke bepalingen van het bestek niet gelden voor de nv NextiraOne.

Wat het tweede motief betreft is dit volgens de verzoekende partijen evenmin van aard om de vastgestelde onregelmatigheid te rechtvaardigen. Het is aan de aanbestedende overheid om de conformiteit van de offertes te beoordelen, niet aan de inschrijver om te poneren dat zijn offerte conform is.

Ook het feit dat de aanbestedende overheid de nv NextiraOne er aan zal houden om tegen dezelfde prijs conforme *dataracks* te leveren, kan niet als afdoende rechtvaardigingsgrond worden ingeroepen, nu dit geenszins bevattelijk maakt waarom de niet-conformiteit in de offerte van de nv NextiraOne gerecht-vaardigd is. In de praktijk ontneemt dit elk nut aan het regelmatigheidsonderzoek. Deze handelwijze is overigens onwettig en het is volgens de verzoekende partijen maar de vraag of de aanbestedende overheid dit na de contractsluiting zal afdwingen of zal mogen afdwingen.

7.2. De verwerende partij werpt in de eerste plaats een exceptie van gebrek aan belang op bij dit middel aangezien in geval van al te strenge toetsing aan de technische vereisten gesteld in het bestek, de offerte van de verzoekende partijen eveneens dient te worden geweerd; zij haalt daartoe enkele tekortkomingen aan. Met verwijzing naar artikel 17 *juncto* 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State merkt zij ook op dat de onregelmatigheden die beweerdelijk door haar werden gepleegd, geen enkele invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, noch de betrokkenen een waarborg hebben ontnomen of als gevolg hebben de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden.

De nauwkeurige opsomming van de technische voorschriften in het bestek belet volgens de verwerende partij ook niet dat zij slechts aanleiding kunnen geven tot een relatieve onregelmatigheid. Uit de besteksbepalingen blijkt volgens haar dat de aanbestedende overheid het geheel van de technische bepalingen niet als een stringent, allesomvattend keurslijf benadert. De onregelmatigheid betreffende de *dataracks* betreft volgens de verwerende partij onbetwistbaar slechts een relatieve onregelmatigheid.

Zij wijst er ook op dat de niet-demonteerbaarheid van de *dataracks*, alsook het feit dat de verplaatsbare 19 *inch*-profielen niet uit geëxtrudeerd aluminium met torsievrije kokers bestaan, de enige twee punten zijn waarop de door de nv NextiraOne aangeleverde *dataracks*, die van het type Rittal zijn, verschillen van de technische vereisten gesteld door het bestek. Aangaande kwaliteitseisen en stevigheid komen deze *dataracks* volgens de verwerende partij echter perfect overeen met de technische vereisten en zijn zij op dat vlak vergelijkbaar met de door de verzoekende partijen aangeleverde *dataracks*, die van het type Minkels zijn. Bij de beoordeling van de ernst van de afwijking dient volgens haar ook rekening gehouden te worden met de achterliggende doelstelling van de vereiste demonteerbaarheid, te weten de verplaatsbaarheid van de *dataracks*, en die zou te dezen zijn geëerbiedigd. Zij stelt dat de beperking van de *dataracks* van het type Rittal *qua* demonteerbaarheid eenvoudig kan worden opgelost met een pakket TD-DK 7829.400.

Voorts is de gelijkheid onder de inschrijvers volgens de verwerende partij niet geschonden aangezien zij bij alle offertes de schending van de niet-essentiële besteksbepalingen op gelijke wijze heeft benaderd. Zij wijst erop dat de offerte van de verzoekende partijen evenmin conform was en dat de posten 26 tot 30 betreffende de *dataracks* slechts 2,99% van de totaalprijs van de offerte van de nv NextiraOne innemen. De beperkte disconformiteit aangaande de niet-demonteerbaarheid van de *dataracks* is volgens haar geenszins van aard om de rangschikking van de offertes wezenlijk te beïnvloeden.

Ten slotte betwist zij dat de offerte van de gekozen inschrijver nog met andere technische onvolkomenheden zou zijn behept.

7.3. De tussenkomende partij werpt eveneens een exceptie van gebrek aan belang op bij dit middel aangezien de verzoekende partijen niet kunnen aantonen dat zij ingevolge een eventuele aanpassing van de prijs, de laagste inschrijvingsprijs zouden hebben. De zogenaamde onregelmatigheid kan volgens haar in geen geval de rangschikking van de offertes wijzigen. Dit op zich bevestigt volgens haar dat de zogenaamde onregelmatigheid een relatieve onregelmatigheid betreft.

Voorts wijst zij erop dat het aan de aanbestedende overheid is om te bepalen of een afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft en dat er te dezen om de redenen vermeld in de gunningsbeslissing geen sprake is van een substantiële onregelmatigheid. Daarnaast wijst ook zij op de achterliggende bedoeling van het vereiste van de demonteerbaarheid en zet zij uiteen op welke wijze haar offerte tegemoet komt aan de bedoeling van het technisch voorschrift terzake; hierbij stelt zij dat uit de technische documentatie van haar offerte "zeer duidelijk [blijkt] dat bij de voorgestelde kasten […] van een kit is voorzien die het mogelijk maakt om deze ook op moeilijk toegankelijke plaatsen te installeren".

Ten slotte worden ook de beweerde bijkomende technische afwijkingen door haar ten stelligste tegengesproken.

Beoordeling

8. In tegenstelling tot wat de verwerende partij en de tussenkomende partij aanvoeren, lijken de verzoekende partijen op het eerste gezicht wel degelijk belang te hebben bij dit middel dat betrekking heeft op de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver.

Ingeval de offerte van de gekozen inschrijver als onregelmatig diende te worden geweerd, zoals de verzoekende partijen aanvoeren, had deze niet mogen worden opgenomen in de rangschikking van de regelmatige offertes.

In de mate dat de verwerende partij opwerpt dat de offerte van de verzoekende partijen onregelmatig is, moet in de eerste plaats worden gewezen op het feit dat de verwerende partij in de gunningsbeslissing van oordeel was dat de offerte van de verzoekende partijen niet onregelmatig moest worden verklaard.

In de mate dat de verwerende partij voorts verwijst naar de opmerkingen die in de gunningsbeslissing werden gemaakt bij de evaluatie van de offerte van de verzoekende partijen aangaande de minimumeis betreffende de licenties en de *case study*, valt op te merken dat de verwerende partij in de bestreden beslissing zelf een onderscheid lijkt te hebben gemaakt tussen de technische non-conformiteit van de offertes van de nv NextiraOne en de nv Prodata/Simac betreffende de *dataracks*, die vastgesteld wordt bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes en de "onregelmatigheden" die in de gunningsbeslissing worden vermeld bij de evaluatie van de offertes. Wat deze laatste "onregelmatigheden" betreft, wordt in de gunningsbeslissing zelf uitdrukkelijk opgemerkt dat "bij elke offerte onregelmatigheden zijn vastgesteld, niettegenstaande de aangeboden apparatuur conform de technische specificaties is. Het betreft hier typfouten, foutieve waardes en niet ingevulde gegevens".

Voorts verliest de verwerende partij op het eerste gezicht uit het oog dat de verzoekende partijen evenzeer beschikken over het vereiste belang bij het middel in de mate dat dit tot gevolg zou hebben dat de opdracht aan geen enkele inschrijver kon worden gegund. Ook in dat geval beschikken zij immers over een nieuwe kans om de opdracht te verkrijgen. In de bestreden beslissing blijkt de verwerende partij immers bij elke ingediende offerte onregelmatigheden te hebben vastgesteld. De Raad van State lijkt ter zake niet te kunnen vooruitlopen op het gevolg dat de verwerende partij zal geven aan een eventuele schorsing en

vernietiging op basis van dit middel en een eventuele nieuwe beoordeling van de regelmatigheid van alle offertes.

Gelet op het voorgaande lijkt te moeten worden aangenomen dat de beweerde onregelmatigheden aangevoerd in het eerste middel wel degelijk een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing in de zin van artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

9.1. Luidens artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993 dient de opdracht bij algemene of beperkte offerteaanvraag te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

Voorts bepaalt artikel 110, § 2, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996:

> "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."

Artikel 110, § 2, maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn –dit is de substantiële onregelmatigheid– omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid –de relatieve onregelmatigheid– waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet dan ook *in concreto* in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende

overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft.

Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële besteksbepaling, moet het bestuur die offerte vervolgens buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek.

Uit artikel 89 samengenomen met artikel 110, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt ook dat voorschriften inzake technische specificaties in beginsel te beschouwen zijn als essentiële besteksbepalingen.

Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van offertes in het gedrang brengt leidt alleszins tot substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Het staat voorts in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan besteksbepalingen, zij het dat de Raad van State daarbij desgevraagd mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden, ingeval het afdoen van een middel noopt tot dergelijke controle.

9.2. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partijen afleiden uit de voornoemde wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan

de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Opdat de motieven ook de toets aan de materiëlemotiveringsplicht kunnen doorstaan, moeten ze in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en steun vinden in het administratief dossier zoals dat ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing bestond.

10.1. In het bijzonder bestek, deel 2 "technische voorschriften" van volume II, worden onder punt 3.4. de specifieke eisen opgesomd die worden gesteld aan de datakasten. Uit de bewoordingen van het bestek zelf blijkt aldus dat het "eisen" betreft waaraan de kasten "dienen" te voldoen.

Deze bepaling vermeldt onder meer de volgende eisen:

> "Aan volgende eisen dienen de kasten (zowel de op zichzelf staande kasten als de hang/muur kasten) te voldoen:
> […]
> - volledig demonteerbaar (dus geen gelast frame);
> […]
> - voor en achteraan in de kast zijn 2 verplaatsbare 19" profielen met torsievrije kokers en uit geëxtrudeerd aluminium voorzien van een geleidende, niet corroderende finishing; deze profielen moeten gemakkelijk over maximale tussenafstanden van 3 cm kunnen verplaatst worden en zijn onder- en bovenaan bevestigd."

10.2. In de betreden gunningsbeslissing wordt het volgende opgemerkt betreffende de regelmatigheid van de offerte van de nv NextiraOne:

> "Zowel voor aannemer NextiraOne als voor aannemer Prodata is in de beschrijving (Technische Fiches) een non-conformiteit vast te stellen betreffende de dataracks. Echter tengevolge van de weging van deze posten ten belope van 2,99% (totaalprijs post 26 tot 30 / totaalprijs offerte == 347.447,29 / 11.603.633,92) voor de aannemer NextiraOne en 0,85% (totaalprijs post 27/totaalprijs offerte == 126.939,00 / 14.997.843,42) voor aannemer Prodata wordt dit geacht niet de nietigheid van de volledige offerte met zich mee te kunnen brengen.

> Hiernaast, wat extra bijgedragen heeft aan de niet nietigheidsverklaring van de offerte, wordt er wat betreft de aannemer NextiraOne gewezen op het feit dat zij op pagina 5 van hun offerte zich volledig conform verklaren aan het bestek en worden zij hier dan ook aan gehouden tijdens de uitvoering."

11.1. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat het feit dat de offerte van de nv NextiraOne afwijkt van de besteksbepalingen inzake de datakasten door de verwerende partij niet wordt betwist, aangezien voormelde gunningsbeslissing zelf wijst op een technische niet-conformiteit betreffende de *dataracks*.

In de gunningsbeslissing zelf wordt opgemerkt dat "zowel voor aannemer NextiraOne als voor aannemer Prodata in de beschrijving (Technische Fiches) een non-conformiteit is vast te stellen betreffende de dataracks".

In haar verweernota preciseert de verwerende partij dat de niet-demonteerbaarheid van de *dataracks*, alsook het feit dat de verplaatsbare 19 *inch*-profielen niet uit geëxtrudeerd aluminium met torsievrije kokers bestaan, de enige twee punten zijn waarop de door de nv NextiraOne aangeleverde *dataracks*, die van het type Rittal zijn, verschillen van de technische vereisten gesteld door het bestek. De beperkingen van het gelaste model volgens het type Rittal dat door de gekozen inschrijver wordt aangeboden, kunnen volgens haar wel eenvoudig worden opgelost door middel van accessoires voorzien bij het pakket TS-DK 7829.400.

Ook de tussenkomende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat haar offerte voldoet aan voormelde technische besteksbepalingen. Zij stelt enkel dat zij in haar offerte uitdrukkelijk te kennen gaf dat haar offerte conform was en dat uit de technische documentatie in haar offerte duidelijk blijkt dat bij de voorgestelde kasten in een kit is voorzien die het mogelijk maakt om deze ook op moeilijk toegankelijke plaatsen te installeren zodat zou zijn voldaan aan de bedoeling van de bestekvereisten.

Daargelaten de vraag of de kasten mits toevoeging van de accessoires voorzien in het pakket TS-DK 7829.400 beantwoorden aan voormelde besteksbepalingen, lijkt op het eerste gezicht echter te moeten worden vastgesteld dat in de offerte van de gekozen inschrijver bij de omschrijving van de te leveren kasten voor de posten 26 t.e.m. 30 nergens wordt verwezen naar het pakket TS-DK 7829.400, zodat dit niet begrepen lijkt te zijn in de offerte. Ook de technische fiche van dit pakket "Kit for separate frame TS – DK-7829.400", die de tussenkomende partij neerlegt als stuk 3, lijkt op het eerste gezicht niet opgenomen te zijn in de door haar ingediende offerte zodat de verwerende partij hiermee bij aanname van de bestreden beslissing geen rekening lijkt te hebben mogen houden. Ter terechtzitting slaagden de verwerende partij en de tussenkomende partij, daartoe uitgenodigd door de auditeur, er trouwens niet in in de offerte van de tussenkomende partij aan te tonen dat de bewuste kit was aangeboden.

11.2. Gelet op de eigen vaststelling van de verwerende partij in de gunningsbeslissing inzake de afwijking van de offerte van de nv NextiraOne van de technische besteksbepalingen betreffende de *dataracks*, biedt de gegeven motivering in de gunningsbeslissing op het eerste gezicht geen afdoende verantwoording om deze offerte alsnog als regelmatig te beschouwen.

Daarbij valt in de eerste plaats op te merken dat uit de gunningsbeslissing weliswaar blijkt dat de onregelmatigheid betrekking heeft op de posten 26 t.e.m. 30, die alle betrekking hebben op de levering van datakasten, doch hierin wordt nergens gepreciseerd van welke specifieke eis betreffende de datakasten wordt afgeweken. Het is pas in de verweernota dat de verwerende partij voor het eerst aangeeft dat de afwijking betrekking heeft op de niet-demonteer-baarheid van de *dataracks*, alsook het feit dat de verplaatsbare 19 *inch*-profielen niet uit geëxtrudeerd aluminium met torsievrije kokers bestaan.

Voorts valt op te merken dat de verwerende partij eveneens voor het eerst in haar nota nieuwe motieven aanbrengt waarom de afwijkingen van de

technische besteksbepalingen in de offerte van de gekozen inschrijver niet tot substantiële onregelmatigheid van de offerte dienen te leiden.

Deze motieven vinden echter, zoals opgemerkt *sub* 11.1, geen grondslag in de bestreden beslissing, noch in het administratief dossier. Op deze punten lijkt de bestreden beslissing dan ook minstens behept met een formeel motiveringsgebrek. Het feit dat de verzoekende partijen na het indienen van het verzoekschrift hiervan in kennis worden gesteld, op basis van de nota ingediend door de verwerende partij, kan op het eerste gezicht het gebrek aan motivering waarmee de bestreden beslissing is aangetast niet herstellen. Het doel van de formelemotiveringsplicht sluit immers op het eerste gezicht uit dat de verzoekende partijen vrede zouden moeten nemen met een mededeling van de motieven nadat zij een rechtsmiddel –meer bepaald een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid– hebben aangewend.

Een *a posteriori* motivering in de nota, die overigens geen steun vindt in de bestreden beslissing, noch het administratief dossier, kan het vastgestelde gebrek in de formele motivering niet goedmaken.

11.3. Voorts lijkt met de verzoekende partijen op het eerste gezicht te moeten worden aangenomen dat de twee motieven die in dit verband wel in de gunningsbeslissing werden opgenomen om over de onregelmatigheid heen te stappen, ondeugdelijk zijn.

Het kan immers bezwaarlijk worden betwist dat het gaat om een afwijking van een technische specificatie wat blijkens artikel 110, § 2, *juncto* artikel 89 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 in beginsel leidt tot een substantiële onregelmatigheid, zij het dat niet elke afwijking van de technische voorwaarden een afwijking is van een essentiële voorwaarde die leidt tot een substantiële onregelmatigheid. Dit moet telkens *in concreto* worden onderzocht en formeel worden gemotiveerd.

Het feit dat het relatief belang van de posten 26 tot 30 beperkt zou zijn, omdat deze slechts 2,99% van de totaalprijs van de offerte zouden uitmaken, lijkt op zich niet afdoende aan te tonen dat het niet kan gaan om een essentiële bepaling. De beperkte waarde van een post lijkt in beginsel niet te kunnen verantwoorden waarom voorbijgegaan wordt aan eisen die de aanbestedende overheid van belang acht voor de goede uitvoering van de opdracht, temeer het opgegeven percentage berekend is op prijzen van de tussenkomende partij voor posten die niet conform zijn.

Wat het tweede motief betreft, komt het op het eerste gezicht aan de verwerende partij toe om de regelmatigheid van de offertes te beoordelen. Het feit dat de tussenkomende partij zelf zich in haar offerte volledig conform verklaart doet op het eerste gezicht dan ook niet ter zake, wanneer uit de technische specificaties opgesomd in de offerte het tegendeel blijkt. Overigens heeft de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing zelf reeds vastgesteld dat er sprake is van een niet-conformiteit.

In de mate dat in de gunningsbeslissing wordt opgemerkt dat de inschrijver hoe dan ook aan de besteksvoorschriften is gehouden tijdens de uitvoering, lijkt de verwerende partij voorbij te gaan aan haar goedkeuring van de afwijking.

12. Gelet op het voorgaande dient de grief van de verzoekende partijen dat er bovenop de onregelmatigheden betreffende de *dataracks* nog sprake zou zijn van bijkomende afwijkingen in de offerte van de gekozen inschrijver in de huidige stand van het geding niet te worden onderzocht.

13. Het eerste middel is in de besproken mate ernstig.

14.1. De verzoekende partijen vorderen ook de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht niet aan hen toe te wijzen. Dit is de tweede bestreden beslissing.

14.2. In de huidige stand van het geding lijkt het belang van de verzoekende partijen afdoende gewaarborgd door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing, namelijk de gunningsbeslissing.

VIII. Kosten

15. Wat de verzoekende partijen en de verwerende partij betreft, is het passend de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Dimension Data Communications Belgium (voorheen: de nv NextiraOne) tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 6 mei 2014 van de Regie der Gebouwen om de overheidsopdracht inzake werken, leveren, transport en plaatsing van databekabeling en actief materiaal ten behoeve van de diensten van de Geïntegreerde Politie (bestek nr.: 12.02.0000.053E-DATA) te gunnen aan de nv NextiraOne (thans: de nv Dimension Data Communications Belgium).

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

4. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 juni 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Pierre Barra**