

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.361 van 27 februari 2015
in de zaak A. 214.886/XII-7817**

In zake: de NV NEXTEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Mallien
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD SINT-TRUIDEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 januari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Truiden, kennisgegeven op 14 januari 2015, om [de nv Nextel] uit te sluiten wegens substantiële onregelmatigheid van haar inschrijving voor de open offerteaanvraag nr. 2014-1704 met als voorwerp “Vernieuwen bestaand netwerk” en waarbij deze opdracht werd gegund aan de N.V. DataUnit, Lindekensveld 5 te 3560 Lummen”;

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 februari 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pascal Mallien, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Liesbeth Peeters, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt voor de verwerende 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. De stad Sint-Truiden schrijft een open offerteaanvraag voor de levering van goederen (aankoop) uit met als voorwerp ‘Vernieuwen bestaand netwerk’. De opdracht wordt als volgt omschreven:

“Het voorwerp van deze opdracht omhelst de vernieuwing van het netwerk en meer in het bijzonder de aankoop van switchen, firewall en anti-spam voor het stedelijk netwerk.

Het betreft de migratie naar een nieuw datanetwerk voor de stad Sint-Truiden, inclusief onderhoud gedurende 5 jaren, waarbij de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor het goed functioneren van het geheel gedurende de ganse looptijd van het contract.

Het project omvat 4 percelen, namelijk:

1. Het vervangen van alle actieve netwerkapparatuur en het plaatsen van UPS'en

2. Een oplossing om het geheel op een veilige en betrouwbare wijze te ontsluiten naar het Internet en Rijksregister bestaande uit een redundante firewall oplossing
3. Een effectieve Spamoplossing
4. Een opkuis netwerkruimte en trekken fiber tussen AC1 en AC3”.

4. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek met referentie 2014-001. De opdracht, die wordt geraamd op 302.500 euro btw inbegrepen, wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 1 juli 2014 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 juli 2014.

5. De gunningscriteria zijn (1) functionaliteit van het aangeboden systeem (/30), (2) dienst na verkoop (/15), (3) plan van aanpak (/15) en (4) prijs (/40).

6. Inzake de anti-spamoplossing bepaalt het bestek:

“De huidige e-mail anti-spam en virus oplossing dient te worden vervangen. We opteren voor een redundante oplossing. Deze oplossing moet een lokale oplossing zijn. Cloud oplossingen of oplossingen met toestellen op afstand zullen geweerd worden”.

7. Met een e-mail van 11 augustus 2014 bezorgt de verwerende partij een lijst met vragen en antwoorden over het bestek. Tevens wordt meegedeeld dat de openingszitting is uitgesteld naar 2 september 2014.

8. In het Bulletin der Aanbestedingen van 11 augustus 2014 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 14 augustus 2014 wordt een wijziging van de oorspronkelijke door de aanbestedende dienst opgegeven informatie bekendgemaakt. Hierbij wordt de datum van opening van de offertes verplaatst van 19 augustus 2014 naar 2 september 2014.

9. De offertes worden geopend op 2 september 2014. Er werden

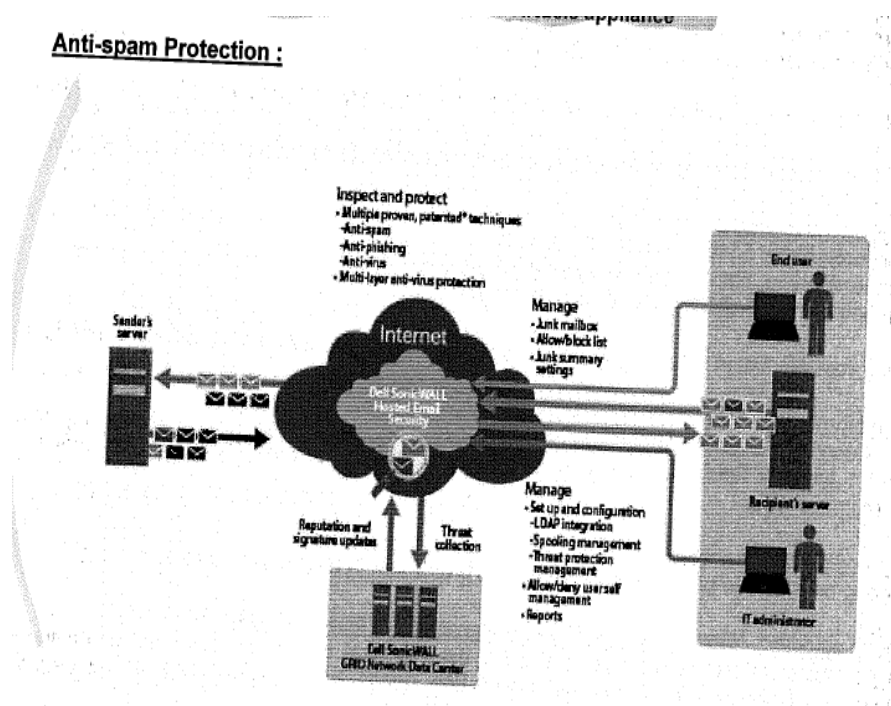
zeven offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en van de nv Data Unit.

10. In de offerte van de verzoekende partij wordt wat de anti-spamoplossing betreft vermeld:

“8.3.1 Herneming van de punten van het lastenboek
[...]

De huidige e-mail anti-spam en virus oplossing dient te worden vervangen. We opteren voor een redundante oplossing. Deze oplossing moet een lokale oplossing zijn. Cloud oplossingen of oplossingen met toestellen op afstand zullen geweerd worden.

Conform, we bieden deze oplossing aan met een virtuele appliance



[...]

- Alle te leveren netwerkcomponenten zijn 19" rack mountable.
nvt, onderdelen bevinden zich in de cloud in het huidige voorstel (kan ook on premise)

[...]

- De oplossing mag in appliance of virtuele vorm worden aangeboden.
Conform, beide zijn mogelijk, we kiezen een virtuele vorm in de cloud”.

11. Met een e-mail van 13 oktober 2014 bezorgt de verwerende

partij een prijsvergelijkingsmatrix, die door de verzoekende partij op 15 oktober 2014 ingevuld naar de verwerende partij wordt verstuurd.

12. Het gunningsverslag vermeldt inzake de offerte van de verzoekende partij wat volgt:

“Nextel heeft een offerte ingediend waarbij 1 onderdeel (spam filters) een hybride oplossing is, dit is gedeeltelijk in de cloud. Per voorwaarden van het bestek (Art. 95 van het KB van 15 juli 2011: offerte wijkt af van de bepalingen van de opdracht documenten voor wat betreft de technische specificaties) wordt deze offerte dan ook uitgesloten. (geen oplossing in de cloud toegelaten)”.

Er wordt vervolgens voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Data Unit.

13. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 9 januari 2015, “[g]elet op het verslag van nazicht van onze dienst informatica waaruit ook blijkt dat de offertes van [...] en Nextel substantieel onregelmatig zijn (en derhalve nietig)”, om de opdracht te gunnen aan de nv Data Unit.

Dit is de bestreden beslissing.

14. Met een op 14 januari 2015 ter post aangetekende brief en per e-mail van dezelfde datum wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van haar niet-selectie en de gunning aan de nv Data Unit.

In die kennisgeving is te lezen:

“Uw offerte was niet regelmatig om volgende reden(-en):
- u hebt geen conforme offerte ingediend.
U heeft een offerte ingediend waarbij één onderdeel (spam filters) een hybride oplossing is, dit is gedeeltelijk in de cloud. Per voorwaarden van het bestek wordt deze offerte dan ook onregelmatig bevonden.
Hierbij verwijzen wij naar artikel 95 van het KB van 15 juli 2011: de offerte wijkt af van de bepalingen van de opdracht documenten voor wat betreft de

technische specificaties”.

15. Ingaand op het verzoek van de verzoekende partij bezorgt de verwerende partij haar met een e-mail van 16 januari 2015 het gunningsverslag.

IV. Schorsingsvoorwaarden

16. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan 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.

17. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld 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, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kan verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

18. In een eerste middel betoogt de verzoekende partij dat “de beslissing tot uitsluiting van verzoekster niet voldoende gemotiveerd [is] in feite, noch in rechte – materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij stelt dat haar offerte op geen enkele wijze de besteksvoorwaarde schendt, nu de door haar aangeboden anti-spamoplossing een lokale oplossing is die volledig binnen de grenzen van het eigen netwerk van de verwerende partij blijft. Dit wordt ook uitdrukkelijk zo bepaald in haar offerte.

Zij bespreekt in het verzoekschrift drie hypothesen die volgens haar alle tot de vaststelling moeten leiden dat de beslissing om de opdracht te gunnen aan de gekozen inschrijver onwettig is en dat de door de verwerende partij gegeven motivering op geen enkele feitelijke grondslag berust.

Wat betreft de eerste hypothese – “met verboden hybride oplossing kan door de aanbestedende overheid niet de keuze voor een virtuele applicatie worden bedoeld” – argumenteert de verzoekende partij dat zij in haar offerte op het verbod van niet-lokale oplossingen voor de anti-spam antwoordt: “Conform, we bieden deze oplossing aan met een virtuele appliance”. Het zou dus kunnen dat de verwerende partij een virtuele applicatie beschouwt als een niet-lokale oplossing, dus een cloud-oplossing of een oplossing met een toestel op afstand. Een dergelijke redenering dient echter als volledig incorrect te worden beschouwd. Eerst en vooral miskent dit volledig de juiste betekenis van de gebruikte termen ‘lokaal’, ‘virtueel’, en ‘cloud’. Ten tweede zou deze interpretatie ook strijdig zijn met het bestek zelf.

In de besteksbepaling houdende het verbod van niet-lokale

oplossingen worden “public clouds” uitgesloten. De virtuele applicatie (op de lokale server van de verwerende partij) dient hier dan ook duidelijk van te worden onderscheiden. Wel kan de door de verzoekende partij voorgestelde oplossing worden aangemerkt als een vorm van “private cloud”. De oplossing mag volgens het bestek “in appliance” of virtuele vorm worden aangeboden, waardoor met de verwijzing in de motivering naar een niet-regelmatige “hybride oplossing” niet de virtuele applicatie van de verzoekende partij kan worden bedoeld.

Wat betreft de tweede hypothese – “evenmin kan voor de aanbestedende overheid de verboden hybride oplossing verwijzen naar het cloud-karakter van de component email-encryptie” – betoogt de verzoekende partij dat in het bestek voor de anti-spamoplossing wordt gevraagd naar een e-mailencryptieoplossing waarop zij op conforme wijze is tegemoetgekomen door deze dienst op te nemen in de door haar aangeboden oplossing. De besteksbepaling houdende het verbod van niet-lokale oplossingen kan ICT-technisch dan ook enkel worden geïnterpreteerd als betrekking hebbende op de anti-spamoplossing.

Voormelde analyse wordt bevestigd door de vaststelling dat ook de oplossing aangeboden door de gekozen inschrijver op het punt van deze subspecificatie betreffende e-mailencryptie eveneens gebruik maakt van een “public cloud”-toepassing die dus niet lokaal is. Dit wordt expliciet bevestigd op de website van de leverancier van de door de gekozen inschrijver voorgestelde anti-spamoplossing. Derhalve, indien de verwerende partij zou stellen dat het hybride karakter van de oplossing van de verzoekende partij wordt veroorzaakt door deze “public cloud”-dienst voor e-mailencryptie, had zij krachtens het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers eveneens de offerte van de gekozen inschrijver moeten uitsluiten.

Wat betreft de derde hypothese – “met verboden hybride oplossing kan door de aanbestedende overheid evenmin worden verwezen naar de antwoorden in de offerte van verzoekster op de derde en de laatste technische sub-specificatie voor perceel 3” – argumenteert de verzoekende partij dat het

gebruik van “in de cloud” in haar offerte de verwerende partij kan hebben verward over het al dan niet lokaal karakter van haar oplossing. Een zorgvuldig bestuur had een toelaatbare beperkte vraag tot verduidelijking moeten stellen, waardoor een minimum aan onderzoek enige twijfel had weggenomen. Bovendien kende zowel de verantwoordelijke voor het nazicht als de raadgevende expert de draagwijdte van het ruime concept “cloud” en wisten zij dat hiermee kon worden verwezen naar een “private cloud” actief op het eigen netwerk van de verwerende partij. Zelfs voor een leek was het duidelijk dat de anti-spamoplossing zich niet buiten het netwerk van de klant bevond, waardoor de verwerende partij zich niet kan beroepen op enige verwarring. Ten slotte blijkt ook uit de e-mail van 15 oktober 2014 van de verzoekende partij dat haar oplossing niet anders kan worden begrepen dan betrekking hebbend op een oplossing op het lokale netwerk van de verwerende partij.

Beoordeling

19. De materiële motiveringsplicht houdt in dat er voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan. Een beslissing schendt de materiële motiveringsplicht wanneer de motieven waarop ze steunt onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen.

20. In het bestek wordt inzake de anti-spamoplossing uitdrukkelijk gesteld dat “cloud oplossingen [...] zullen geweerd worden”.

21. In haar offerte vermeldt de verzoekende partij, na herneming van het bestek punt “3.3. Perceel 3: redundante anti-spam oplossing”: “Conform, we bieden deze oplossing aan met een virtuele appliance”. Vervolgens wordt een uiteenzetting gegeven “Anti-spam protection” met een “cloud” oplossing.

Wat betreft het punt “3.3.1 Technische specificities en configuratie” vermeldt de offerte voorts:

“° Alle te leveren netwerkcomponenten zijn 19” rack mountable.
nvt, onderdelen bevinden zich in de cloud in het huidige voorstel (kan ook on premise).
[...]
° De oplossing mag in appliance of virtuele vorm worden aangeboden.
Conform, beide zijn mogelijk, we verkiezen een virtuele vorm in de cloud”.

Zoals door de verzoekende partij ter terechtzitting beaamd lijkt de te dezen toepasselijke hypothese de derde te zijn die in het verzoekschrift wordt beschreven. Voor de beoordeling van het middel zijn de grieven ontwikkeld in de eerste en de tweede hypothese dan ook niet relevant.

Dat de oplossing van de verzoekende partij zich “gedeeltelijk in de cloud” bevindt, is het motief voor het onregelmatig verklaren van haar offerte. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de bestreden beslissing wat dit aspect betreft, is gestoeld op een onjuiste lezing van haar offerte, nu zij een oplossing “in de cloud” voorstelt wat in strijd is met het bestek. In het verzoekschrift wordt erkend dat het gebruik van “in de cloud” in de offerte “de aanbestedende overheid [kan] hebben verward”.

In het verzoekschrift wordt door de verzoekende partij bovendien zelf gesteld:

“Hier vindt men naast de brochure gevoegd in bijlage bij de offerte (stuk 3) ook diens tegenhanger die wel ‘public-cloud-based’ is en die, indien als oplossing gekozen door Nextel, wel had mogen leiden tot een uitsluiting wegens miskennen van het gebod tot een lokale anti-spam oplossing (stuk 13). De tekst en de wolk op de voorpagina van deze tweede brochure, niet gevoegd bij de offerte, maken het cruciale verschil met de door verzoekster aangeboden variant glashelder”.

Dit stuk 13 ‘Hosted Email Security’ blijkt echter wel degelijk gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij als ‘documentatie antispam’ en het schema dat voorkomt in dat stuk werd in de offerte zelf opgenomen onder het voormelde punt ‘8.3.1 Herneming van de punten van het lastenboek’ voor de anti-spamoplossing, wat minstens de interpretatie door de verwerende partij van de offerte wat betreft de door de verzoekende partij voorgestelde anti-spamoplossing, als zou het gaan om een “cloud” oplossing, aannemelijk lijkt te maken.

21. Het middel, dat enkel is genomen uit de schending van de materiële motiveringsplicht, kan dan ook op het eerste gezicht niet worden bijgevalen.

22. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

23. Een tweede middel is genomen uit de “schendingen van het zorgvuldigheidsbeginsel *juncto* de materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat zij een conforme inschrijving heeft ingediend, en dat bij twijfel de verwerende partij een onderzoek had kunnen instellen. Het is volgens haar van belang op te merken dat twee van de drie personen die het gunningsverslag hebben opgesteld, beschikken over ICT-expertise. Inzake overheidsopdrachten vertaalt het zorgvuldigheidsbeginsel zich onder meer naar een mogelijke noodzaak voor een aanbestedende overheid om inlichtingen op te vragen bij een kandidaat van wie de offerte abnormaal of twijfelachtig lijkt, ook met betrekking tot andere criteria dan de prijs.

De verzoekende partij roept in het middel tevens de schending in van de materiële motiveringsplicht, gelet op de uiterst korte en haast cryptische motivering van de bestreden beslissing.

Beoordeling

24. Wat betreft de schending van de materiële motiveringsplicht volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middel, dat niet ernstig werd bevonden.

25. Voor de anti-spam biedt de verzoekende partij een oplossing aan waarbij in de offerte sprake is van een toepassing in de “cloud”, terwijl het bestek ter zake oplossingen in de “cloud” niet toelaat.

De verzoekende partij erkent dat “beperkte twijfels [kunnen] rijzen door enkele ongelukkig gekozen details in de offerte”. Minstens lijkt dan ook te moeten worden geoordeeld dat een dergelijke redactie van de offerte de verwerende partij in verwarring heeft kunnen brengen betreffende de anti-spamoplossing, en dat de gevolgtrekkingen die zij daaruit heeft geput haar niet als onzorgvuldig handelen lijken te kunnen worden aangerekend.

26. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

27. Een derde middel is genomen uit de “wijziging van het bestek met miskenning van de gelijke behandeling van de kandidaten en het beginsel van een effectieve en eerlijke mededinging”.

Afstand van het middel

28. Ter terechtzitting verklaart de raadsman van de verzoekende partij afstand te doen van dit middel.

VI. Besluit

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

VII. Kosten

30. Gelet op het niet ernstig bevinden van de middelen past het de kosten van de vordering ten laste te leggen van de verzoekende partij.

VIII. Rechtsplegingsvergoeding

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Bovin