

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 232.908 van 13 november 2015

in de zaak A. 217.343/XII-7950

In zake: de NV CIPAL IT SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Luc Savelkoul en Isabel Gieraerts
kantoor houdend te 3583 Paal
Paalsesteenweg 133
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HEMIKSEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 oktober 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing d.d. 28 september 2015 van het college van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Hemiksem houdende de gunning van de opdracht ‘vernieuwing en consolidatie serverinfrastructuur Gemeente en OCMW’, aan de nv Remmicom ter kennis gebracht aan [de nv Cipal IT Solutions] op 9 oktober 2015.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 november 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Isabel Gieraerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Caroline De Mulder, die loco advocaat Gitte Laenen 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

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de “vernieuwing en consolidatie serverinfrastructuur gemeente en OCMW”. De opdracht wordt gegund met een open aanbesteding. Het bijzonder bestek met referentie TD/1518 is van toepassing.

De opdracht wordt op 16 juni 2015 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen.

De offertes moeten ten laatste worden ingediend op 29 juli 2015.

3.2. De verwerende partij stelt dat met alle geïnteresseerden die het bestek opvroegen een plaatsbezoek plaatsvond. In elk geval ging op 30 juni 2015 tussen de verzoekende en de verwerende partij een vergadering en plaatsbezoek door.

Op 7 juli 2015 zendt de verzoekende partij aan de verwerende partij een verslag van dit plaatsbezoek.

Op 10 juli 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij via e-mailbericht het volgende mee:

“[...]

De opdracht werd gepubliceerd op 16/06/2015 met referentie 2015-515569 Lokale firewall Gemeente en OCMW Hemiksem:

Nav de bezoeken en vragen van verschillende inschrijvers is gebleken dat het raadzaam is om de 2 bestaande firewalls in de gemeente en het OCMW te vervangen door 1 nieuwe gemeenschappelijke firewall.

De nieuwe firewall moet minimaal over onderstaande functionaliteiten beschikken: [...]

De inschrijver neemt in zijn voorstel de aankoop, de installatie, het onderhoud gedurende 5 jaar en de maandelijkse helpdesk en ondersteuning mee op.

De inschrijver doet eveneens een voorstel om de bestaande telecommunicatielijnen te actualiseren. De kostprijs van deze telecommunicatielijnen dient niet mee opgenomen te worden in het voorstel aangezien rechtstreekse contracten met de provider(s) de voorkeur genieten.

Post 19: aankoop Firewall VH Stuk 1

Post 20: maandelijks onderhoud Firewall FH maand 60

De installatie van de firewall dient inbegrepen te worden bij post 17 - dienstverlening.

De maandelijkse kost voor de helpdesk van de Firewall dient inbegrepen te worden bij post 18- Helpdesk”.

3.3. Op 24 juli 2015 dient de verzoekende partij haar offerte in. In totaal dienen vier kandidaten offertes in: de verzoekende partij, de nv Schaubroeck, de nv Remmicom en de nv Ferranti computer Systems.

3.4. Bij brief van 24 augustus 2015 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij een prijsverantwoording inzake de inschrijvingsprijs en de eenheidsprijzen van een aantal posten. Bij brief van 3 september 2015 maakt de verzoekende partij een prijsverantwoording aan de verwerende partij over.

3.5. Op 21 september 2015 stelt de technische dienst een verslag van nazicht van de offertes op.

Op 28 september 2015 beslist de verwerende partij om de aanbesteding te gunnen aan “de laagste regelmatige bidder”, zijnde de

nv Remmicom, aan het inschrijvingsbedrag van 199.706,84 euro, btw niet inbegrepen of 241.645,28, btw inbegrepen.

Bij aangetekende brief gedateerd 29 september 2015, volgens de verzoekende partij op 9 oktober 2015 ontvangen, wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van deze beslissing. “Het technisch verslag van nazicht van offertes” waarnaar wordt verwezen, wordt niet bijgevoegd.

Op 12 oktober 2015 vraagt de verzoekende partij om de motivering van de beslissing mee te delen. Opnieuw wordt dezelfde beslissing – zonder verslag van nazicht van offertes – aan de verzoekende partij bezorgd.

Op 16 oktober 2015 stelt de verzoekende partij de verwerende partij bij aangetekende brief en per e-mailbericht in gebreke wegens schending van de motiveringsplicht met een aanmaning om de beslissing in te trekken. Op 19 oktober 2015 stuurt de raadsman van de verzoekende partij een nieuwe aanmaning en verzoekt om het verslag van nazicht.

De verzoekende partij ontvangt dat verslag met een e-mailbericht op 20 oktober 2015.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Daarin wordt de verzoekende partij belang bij de vordering ontzegd, zelfs als de middelen ernstig worden bevonden. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou bijgevolg alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 beslissing 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een eerste middel is geput uit de “schending van artikel 5, artikel 7 en artikel 30 koninklijk besluit van 15 juli 2011 Plaatsing overheidsopdrachten Klassieke sectoren [...], schending beginsel van gelijkheid der inschrijvers”.

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij in strijd met artikel 5 van het voormelde koninklijk besluit pas “de markt [heeft] verkend” nadat de aanbesteding reeds werd gepubliceerd, de opdrachtdocumenten werden vastgesteld en de inschrijvingstermijn reeds lopende was. Zo werden er “vergaderingen” met geïnteresseerden georganiseerd, waarbij het voorwerp en het doel van de opdracht inhoudelijk met de geïnteresseerden werd besproken en waarin verschillende alternatieven al werden overwogen. Naar aanleiding van de “bezoeken en vragen van de verschillende inschrijvers” heeft de verwerende partij het raadzaam geacht om de twee bestaande firewalls nog te vervangen door een nieuwe gemeenschappelijke firewall.

Volgens de verzoekende partij leidde deze “(post-publicatie) marktverkenning” tot een “vertekening van de mededinging: Eén van de inschrijvers heeft wellicht een alternatief firewall-systeem voorgesteld, dat aantrekkelijk klonk voor verwerende partij, doch niet voorzien in de opdrachtdocumenten”. Het element “firewall” kwam echter in de vergadering met de verzoekende partij niet ter sprake en haar offerte wordt “net op basis van het element ‘firewall’ als onregelmatig en nietig beschouwd”. Zij meent dan ook dat het bestek “op maat van 1 kandidaat-inschrijver werd aangepast”.

De verwerende partij heeft weliswaar aan de verzoekende partij een e-mailbericht gezonden, waarin de wijziging van het bestek wordt beschreven en een opdrachtelement wordt toegevoegd, waarin ook de functionele vereisten van de firewall worden omschreven, doch dit e-mailbericht maakt geen deel uit van

de opdrachtdocumenten. De functionele of technische vereisten of specificaties zoals omschreven in dit e-mailbericht, hadden moeten worden opgenomen in de opdrachtdocumenten, zoals artikel 7 van het voormelde koninklijk besluit vereist. *De facto* vond dus een wijziging of aanvulling van de gepubliceerde opdracht plaats, die bovendien niet werd bekendgemaakt of gepubliceerd conform artikel 30 van het meer vermelde koninklijk besluit.

Beoordeling

7. Artikel 5 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) luidt:

“De aanbestedende overheid mag vóór het aanvangen van een gunningsprocedure de markt verkennen met het oog op het opstellen van de opdrachtdocumenten en -specificaties, op voorwaarde dat die marktverkenning niet tot een verhindering of een vertekening van de mededinging leidt”.

Uit het verslag aan de Koning bij voormeld koninklijk besluit volgt dat het gaat om een bepaling waarvan het principe is vermeld in overweging 8 van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ waarin wordt gesteld:

“Alvorens een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht te starten, mogen de aanbestedende diensten, door gebruik te maken van een ‘technische dialoog’, advies vragen of aanvaarden dat bij het opstellen van het bestek kan worden gebruikt, op voorwaarde echter dat een dergelijk advies niet tot uitschakeling van de mededinging leidt”.

8. Uit het *prima facie* onderzoek eigen aan een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid blijkt niet, laat staan dat is aangetoond, dat het e-mailbericht van 10 juli 2015, wat de in het geding zijnde overheidsopdracht betreft, het bewijs levert dat een marktverkenning in de zin van artikel 5 van het koninklijk besluit Plaatsing heeft plaatsgevonden. Dat bericht gaat uit van de verwerende partij en daarin wordt enkel meegedeeld dat het raadzaam is om de

twee bestaande firewalls in de gemeente en het OCMW te vervangen door één gemeenschappelijke firewall. Evenmin lijken de plaatsbezoeken te kunnen worden beschouwd als de in voormeld artikel bedoelde marktverkenning. De verwerende partij wijst er in dat verband immers op dat voordat het bestek werd opgesteld, er reeds een marktverkenning heeft plaatsgevonden, waarbij ook de verzoekende partij werd gecontacteerd en zelfs een eerste offerte heeft ingediend (vertrouwelijk stuk 3 van de verwerende partij). De verzoekende partij verduidelijkt overigens zelf niet wat volgens haar te dezen onder het begrip “marktverkenning” zou moeten worden verstaan.

In zoverre in het middel de schending van artikel 5 wordt ingeroepen, is het bijgevolg niet ernstig.

9. Artikel 7 van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt dat de aanbestedende overheid de technische specificaties opneemt in de opdrachtdocumenten.

Artikel 30 van het koninklijk besluit luidt:

“Wanneer de aanbestedende overheid een officiële bekendmaking wenst te verbeteren of aan te vullen, gaat zij, conform deze afdeling, over tot de bekendmaking van hetzij een volledig nieuwe aankondiging, hetzij een rechtzettingsbericht volgens het model van aankondiging in bijlage 16”.

De verzoekende partij betoogt dat het e-mailbericht van 10 juli 2015 geen deel uitmaakt van de opdrachtdocumenten, waardoor een schending van voornoemde bepalingen voorligt. Zij betoogt voorts dat zij “al een lokale firewall aan[biedt] met de gevraagde eigenschappen zoals bevestigd in de offerte [...] en in het schrijven naar verwerende partij van 3 september 2015 [...] [die] duidelijk aan[geven] dat de voorziene firewall volledig conform zal zijn met de gevraagde vereisten”. Ook in haar prijsverantwoording van 3 september 2015 stelt de verzoekende partij uitdrukkelijk dat haar firewall “voldoet aan de gevraagde vereisten zoals vermeld in de e-mail van [D.S.] dd 10/07/2015”.

De verzoekende partij lijkt aldus niet aan te tonen welke invloed de ingeroepen onregelmatigheid, namelijk de schending van de artikelen 7 en 30

van het koninklijk besluit Plaatsing en van het gelijkheidsbeginsel zou kunnen gehad hebben op de bestreden beslissing, nu de verzoekende partij uitdrukkelijk aangeeft te voldoen aan het vereiste van één gemeenschappelijke firewall zoals verwoord in het e-mailbericht van 10 juli 2015. De aangevoerde onregelmatigheid lijkt dus niet tot nietigverklaring aanleiding te kunnen geven (artikel 14, §1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State) en bijgevolg evenmin tot schorsing van de tenuitvoerlegging die enkel mogelijk is indien de aangevochten akte vatbaar is voor nietigverklaring (artikel 17, §1, eerste lid).

10. Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. Een tweede middel is geput uit de “schending van artikelen 4, 5, 8 in samenhang met artikel 29 van de Wet Rechtsbescherming; schending van artikelen 2 en 3 van de Wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; schending van de formele motiveringsplicht; schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald de zorgvuldigheidsplicht”.

Daartoe betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij het technisch verslag van nazicht van de offertes “onmiddellijk” met de gunningsbeslissing had moeten bezorgen, en niet na tien dagen en dan nog zonder verslag van nazicht. Bovendien kan de verzoekende partij niet nagaan of dit verslag, dat zij tot tweemaal toe heeft moeten opvragen, ook niet *post factum* werd opgesteld.

Beoordeling

12. Artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van de voormelde wet van 17 juni 2013 bepaalt dat de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden kennisgeving doet van de motieven voor de wering, in

de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing. De artikelen 4 en 5 van die wet bepalen de beslissingen die aan een formelemotiveringsverplichting zijn onderworpen en de inhoud van de formele motivering.

13.1. Een eventueel gebrek in de kennisgeving na het nemen van de gunningsbeslissing tast de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aan.

De schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en “beginselen” kan bijgevolg niet dienstig worden ingeroepen.

13.2. Tevens kan nog worden opgemerkt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt, laat staan dat zij het aantoont, dat het gunningsverslag “*post-factum* werd opgesteld”. Zij beweert alvast niet dat zij bij rechterlijke orde ter zake een procedure heeft ingesteld om haar bewering te doen vaststellen. Ter terechtzitting geeft zij toe nog geen strafrechtelijke klacht te hebben neergelegd.

14. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

15. In een derde middel voert de verzoekende partij de “schending [aan van de] artikelen 7 en 8 KB Plaatsing; [...] artikel 95 KB Plaatsing; [...] artikelen 4, 5, 8 in [samenhang] met artikel 29 van de Wet Rechtsbescherming; [...] van artikelen 2 en 3 van de Wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; [...] van de materiële motiveringsplicht; [...] van het gelijkheidsbeginsel en de gelijke behandeling van inschrijvers”.

Zij bekritiseert daartoe de beslissing in zoverre daarin haar offerte als onregelmatig wordt beschouwd nu deze “in belangrijke mate niet zou voldoen aan de technische bepalingen van de aanbesteding”.

Dit middel bevat een veelheid van grieven, die de verzoekende partij in een eerste en een tweede onderdeel verwoordt. Deze grieven zijn vaak

technisch van aard en niet steeds systematisch in verband gebracht met de geschonden geachte rechtsbepalingen en – beginselen. De Raad van State beperkt zijn onderzoek om die redenen tot die grieven die meteen duidelijk zijn aangebracht en geen wezenlijk technische beoordeling vereisen.

Eerste onderdeel

16. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de “technische specificaties” in het bestek niet conform de artikelen 7 en 8 van het koninklijk besluit Plaatsing werden geformuleerd, dat zij ook niet werden aangemerkt als “essentieel” of “op straffe van nietigheid” en dat ze worden “opgesomd aan de hand van merken, octrooien en fabricaten”. Zij bespreekt hierbij de verwijzing in het bestek naar de “HyperV-server”, de configuratie “Intel Xeon” voor die server en voor de back-upserver, de “iRMC-management module”, het “Symantec antivirusprogramma” en de “Union Scout Enterprise-licenties” voor de “Thin Clients”.

Daarnaast werd haar offerte onregelmatig bevonden “omdat zij in haar offerte éénmaal een ander antivirusprogramma vernoemde dan het verzochte merk, hetgeen echter ook nog eens een typefout uitmaakte. Op andere plaatsen werd in de offerte van de verzoekende partij het gevraagde “juiste” antivirusprogramma meermaals correct vernoemd. Het per ongeluk vernoemen van het “foute” antivirusprogramma maakte duidelijk een materiële vergissing uit, die door verwerende partij verbeterd had moeten worden”.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat haar offerte betreffende de “iRMC management module” onregelmatig werd bevonden omdat deze niet zou voldoen aan het technisch vereiste van het bestek dat de “management module” “overkoepelend en proactief moest zijn”, en deze bij de gekozen inschrijver dat kenmerk had. Dit technisch vereiste kan de verzoekende partij echter niet terugvinden in de opdrachtdocumenten. De “monitoring voor het vollopen van schijven” werd wel degelijk voorzien, “met het gebruik van Zabbix”. De offertes werden dus “met verschillende maten en gewichten gewogen”.

Beoordeling

17. Artikel 7 van het koninklijk besluit Plaatsing geeft op uitvoerige wijze weer op welke wijze technische specificaties worden opgenomen in de opdrachtdocumenten. De verzoekende partij citeert dit artikel maar geeft niet aan welke van de daarin vervatte bepalingen geschonden zijn.

Artikel 8 van het koninklijk besluit luidt:

“§ 1. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en mogen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de mededinging worden gecreëerd.

§ 2. In de technische specificaties mag geen melding worden gemaakt van een bepaald fabrikaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd.

Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering alleen toegestaan:

1° wanneer het niet mogelijk is door middel van voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de opdracht te geven door toepassing van artikel 7, §§ 2 en 3. Deze vermelding of verwijzing moet vergezeld gaan van de woorden ‘of gelijkwaardig’ of

2° indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd”.

18. De verzoekende partij lijkt nergens te betogen dat zij werd geweerd omdat zij niet zou hebben voldaan aan de door haar aangehaalde specificaties die naar merken verwijzen, noch lijkt dat op het eerste gezicht uit het gunningsverslag te kunnen worden afgeleid. Bij gebrek aan invloed op de bestreden beslissing, lijken de aangevoerde onregelmatigheden geen aanleiding te kunnen geven tot nietigverklaring en bijgevolg evenmin tot de gevraagde schorsing.

19. Wat de antivirussoftware betreft, vermeldt het gunningsverslag:

“Cipal biedt in de offerte de gevraagde Symantec Endpoint Protection Antivirus scanner.

In de omschrijving Ciral over het up to date houden van die software is sprake van ePolicy Orchestrator, wat een product is van de concurrerende software McAfee”.

De verzoekende partij argumenteert dat het gaat om een “typefout” en een “materiële vergissing” en dat op andere plaatsen in de offerte het door haar aangeboden juiste antivirusprogramma meermaals correct werd vernoemd. Zij verduidelijkt daarbij niet op welke wijze deze vergissing mede de beslissing betreffende haar offerte heeft beïnvloed. *In fine* van het verslag van nazicht wordt alvast dit gegeven niet opnieuw vermeld tussen de diverse motieven om te besluiten dat de “offerte[...] niet aan de voorwaarden voldoet”. Deze grief kan bijgevolg de gevraagde schorsing niet ondersteunen.

20. Wat de “iRMC management module” betreft, vermeldt het gunningsverslag:

“Bij Ciral is geen specifieke tool voorzien voor volledige monitoring van servers. De standaard iRMC monitoring van de Fujitsu servers biedt geen proactieve monitoring zoals die gevraagd wordt.
Bv. Problemen met virtuele servers of een harde schijf die volloopt worden niet automatisch gedetecteerd.
Remmicom voorziet wel een overkoepelend Monitoring systeem (Nagios)”.

De bewering dat de offertes van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver “met verschillende maten en gewichten werden gewogen” kan niet worden bijgevalen, omdat uit de offerte van de verzoekende partij blijkt dat ten gevolge van het overleg tussen de verzoekende en de verwerende partij, waarvan eerstgenoemde verslag heeft opgemaakt dat per e-mailbericht werd verstuurd naar de verwerende partij op 7 juli 2015, de verzoekende partij op de hoogte was van het gegeven dat “ook de virtualisatielaag dient gemonitord te worden” zoals dit letterlijk is verwoord in voormeld verslag. Tevens kan nog worden opgemerkt dat de verzoekende partij geenszins verduidelijkt waar in haar offerte wordt verwezen naar Zabbix voor de monitoring van het vollopen van schijven. De aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel lijkt niet aangetoond.

21. Uit het voorgaande volgt dat het eerste middelonderdeel niet ernstig is.

Tweede onderdeel

22. In een tweede onderdeel betwist de verzoekende partij de feitelijke juistheid van een aantal vaststellingen in het verslag van nazicht die hebben geleid tot de beslissing “dat de offerte van verzoekster niet zou voldoen aan de technische vereisten” en betoogt zij dat deze in elk geval niet afdoende zijn om de bestreden beslissing te dragen.

23.1. Wat de opmerking in het verslag van nazicht “Fout bij punt 4 (UPS Servers, SAN en Backup Server): hoeveelheid 2 ipv vermelde 1 waardoor eenheidsprijs wijzigt. Totaalprijs werd behouden” betreft, betwist de verzoekende partij dat zij niet in 2 nieuwe UPS-toestellen zou hebben voorzien.

Bij de vaststelling in het verslag “Fout bij punt 14 (SSL Certificaat voor 5j beveiliging van de RDS Gateway): Eenheidsprijs en aantal stuks werden door Cipal gewijzigd. Deze werden terug aangepast volgens opgave. Totaalprijs blijft behouden”, doet de verzoekende partij gelden dat het “aantal correct [werd] aangepast”, aangezien het voorzien in 25 stuks SSL Certificaat in feite niet mogelijk is, nu slechts 1 SSL Certificaat nodig en mogelijk is, ongeacht het aantal gebruikers ervan.

Over die beide vaststellingen, in het verslag, telkens verwoord onder de rubriek “materieel nazicht van de offertes”, merkt de verzoekende partij nog op dat bij de beoordeling van de gekozen offerte van de nv Remmicom een soortgelijke opmerking werd geformuleerd doch dat deze offerte wel als regelmatig werd beschouwd, in tegenstelling tot de offerte van de verzoekende partij.

23.2. Wat deze twee grieven betreft, volgt de Raad van State de verzoekende partij niet. Haar uitgangspunt, dat de geviseerde opmerkingen mede motieven vormen die hebben geleid tot de onregelmatigverklaring van haar offerte,

lijkt niet aangetoond. Bij gebrek aan invloed op de bestreden beslissing kunnen de grieven niet tot schorsing leiden.

24.1. De vaststelling in het verslag van nazicht “Firewall: Cipal biedt geen lokale firewall met de gevraagde eigenschappen aan en spreekt enkel over ‘lopende contract voor ciport aansluiting’. Er wordt in de prijsopgave ook geen rekening gehouden met de kosten voor vijf jaar van de ciport oplossing”, acht de verzoekende partij feitelijk onjuist is en zeker niet afdoende, gelet op de volgende informatie die zij had meegedeeld:

- Binnen het kader van de CiPort overeenkomst tussen de verzoekende partij en het OCMW Hemiksem is in het samenvoegen van deze toestellen reeds kosteloos voorzien zoals aangegeven in haar offerte.
- Binnen dat kader biedt de verzoekende partij al een lokale firewall aan met de gevraagde eigenschappen zoals bevestigd in de offerte “par. 4.1.7 Firewall” en in het schrijven naar verwerende partij van 3 september 2015, waarin duidelijk wordt aangegeven dat de aangeboden firewall volledig conform zal zijn met de gevraagde vereisten.
- In de voormelde brief van 3 september 2015 wordt, zoals werd gevraagd, zowel de gevraagde eenheidsprijs van het toestel als het maandelijkse onderhoud opgegeven (post 19 en post 20) zodat een objectieve vergelijking mogelijk is door de aanbestedende overheid.
- De vraag naar expliciete bevestiging voor posten 17 en 18 respectievelijk installatie en maandelijkse kost voor de helpdesk voor de firewall werd niet verzocht in de gevraagde prijsverantwoording.
- De vermelding dat in de prijsopgave geen rekening gehouden wordt met de kosten over vijf jaar van de CiPort oplossing doet niet terzake, aangezien de CiPort oplossing/overeenkomst meer elementen omvat dan de lokale firewall.

24.2. Wat de vaststelling betreffende de aangeboden firewall betreft, wordt in het gunningsverslag vermeld:

“Cipal biedt geen lokale firewall met de gevraagde eigenschappen aan en spreekt enkel over ‘lopende contract voor ciport aansluiting’
Er wordt in de prijsopgave ook geen rekening gehouden met de kosten over vijf jaar van de ciport oplossing”.

In de offerte van de verzoekende partij was ter zake opgenomen, dat de twee bestaande firewalls in de gemeente en het OCMW dienen te worden vervangen door één nieuwe gemeenschappelijke firewall, dat binnen het lopende

contract voor de Ciport-aansluiting de consolidatie van de twee bestaande firewalls echter reeds is inbegrepen en dat deze oplossing volledig conform de eisen van het lastenboek is.

Het is de Raad van State niet mogelijk om zonder deskundig advies deze grief te beoordelen. Zulks vereist immers kennis van technische gegevens uit de informatica. In principe verzoent de procedure bij dringende noodzakelijkheid zich voorts niet met de aanstelling van een deskundige, die overigens door geen van de partijen wordt gevraagd. In die omstandigheden maakt de verzoekende partij niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat het geciteerde motief in het gunningsverslag, gelet op de bewoordingen in de offerte van de verzoekende partij, feitelijk onjuist en niet afdoende zou zijn.

25.1. Bij de vaststelling “Monitoring servers : Bij Cibal is geen specifieke tool voorzien voor volledige monitoring van servers. De standaard iRMC monitoring van de Fujitsu servers biedt geen proactieve monitoring zoals die gevraagd wordt. Bv. Problemen met virtuele servers of een harde schijf die volloopt worden niet automatisch gedetecteerd. Remmicom voorziet wel een overkoepelende Monitoring systeem (Nagos)” betreft, herhaalt de verzoekende partij dat nergens in het bestek of in de opdrachtdocumenten gevraagd is naar een “proactieve en/of overkoepelende” monitoring. Integendeel, in het bestek werd enkel de iRMC monitoring als vereiste vernoemd. De verzoekende partij heeft tijdens het plaatsbezoek expliciet de vraag gesteld tot welk niveau er dient gemonitord te worden. In haar verslag van het plaatsbezoek stelde de verzoekende partij dat, in het geval dat ook de virtualisatielaag gemonitord dient te worden, het gepast is te specificeren in welke monitoring juist dient te worden voorzien, aangezien dit een prijsimpact kan hebben. Hierop heeft de verzoekende partij geen reactie of antwoord ontvangen. Gelet op het uitblijven van reactie heeft de verzoekende partij in de standaard monitoring voorzien (Zabbix) “evenals de Veeam monitoring, genoemd Veeam ONE (zit standaard inbegrepen in de aangeboden licentie in par. 4.2.2 Veeam Backup & Replication software)”.

De oplossing van de nv Remmicom, zijnde Nagios, werkt volgens de verzoekende partij echter op dezelfde manier als het aangeboden Zabbix. Nagios is bovendien een “open source”-oplossing, waarvan de basisversie

gratis is en die toegankelijk is voor iedereen. De verwerende partij kan Nagios dus gratis downloaden. Remmicom biedt Nagios nu blijkbaar aan als “managed oplossing”. De verzoekende partij formuleerde voor hetzelfde doeleinde de Zabbix oplossing, die ook als standaard werd aangeboden. Het al dan niet aanbieden van Nagios – dat gratis beschikbaar is voor eenieder – kan dan ook niet worden gezien als doorslaggevend beoordelingselement.

25.2. De verzoekende partij erkent in het verzoekschrift uitdrukkelijk “dat ook de virtualisatielaag gemonitord dient te worden”. Gelet op de bewoordingen van de offerte, blijkt op het eerste gezicht niet, in zoverre de Raad van State al de techniciteit van de grief voldoende heeft begrepen, dat de vaststelling, dat er geen proactieve monitoring wordt aangeboden, op feitelijk onjuiste grond zou steunen of niet afdoende zou zijn. De loutere omstandigheid dat de gekozen inschrijver als oplossing een open source-product zou aanbieden, in tegenstelling tot de verzoekende partij, lijkt aan die vaststelling geen afbreuk te doen.

26.1. Bij de vaststelling in het verslag “Software Licenties: CIPAL biedt in de offerte de gevraagde Symantec Endpoint Protection Antivirus scanner. In de omschrijving Cipal over het up to date houden van die software is sprake van ePolicy Orchestrator, wat een product is van de concurrerende software McAfee”, herhaalt de verzoekende partij dat de vermelding “ePolicy Orchestrator”, zoals duidelijk uit de offerte en uit het dossier blijkt, een typefout is die nergens anders in het dossier wordt hergebruikt. In de prijstabel wordt duidelijk Symantec aangegeven.

26.2. Bij deze grief volstaat het, met verwijzing naar de ter zake reeds gemaakte beoordeling in het eerste onderdeel van het middel, dat de grief niet dienstig is ter ondersteuning van de vordering.

27.1. De verwerende partij kan volgens de verzoekende partij ook niet worden gevolgd in de vaststelling “Dienstverlening: Cipal beslist in de offerte zelf: ‘de vermelding in het bestek dat per aparte software leverancier een aparte server dient opgezet te worden is niet nodig aangezien dit momenteel ook niet het geval is”. Tijdens het plaatsbezoek van 30 juni 2015 werd deze vereiste met de

verwerende partij besproken en bevestigde deze expliciet dat aparte servers technisch gezien niet noodzakelijk waren per softwareleverancier en deze momenteel ook niet voorhanden zijn. Dit werd dan ook door de verzoekende partij in het verslag opgenomen. Dit verslag werd aan verwerende partij per e-mailbericht en per post bezorgd en dit punt werd nooit weerlegd. Gelet op de zeer uitgebreide lijst van leveranciers in het bestek is het technisch ook niet haalbaar met de gevraagde hardware. Er zijn immers niet voldoende server resources beschikbaar noch licenties voorhanden om een dergelijke opsplitsing te maken.

27.2. In het bestek is inzake de dienstverlening te lezen:

“De leverancier voorziet in het volgende (lijst is niet limitatief):[...]
- Opzetten Virtuele Servers per externe Software leverancier [...]”.

De verzoekende partij stelt in haar offerte dat de vermelding in het bestek dat per aparte software leverancier een aparte server dient te worden opgezet, niet nodig is aangezien dit momenteel ook niet het geval is.

In het gunningsverslag is te lezen dat dit door de verzoekende partij in haar offerte zelf is beslist.

De verzoekende partij betoogt in haar verzoekschrift dat gedurende het plaatsbezoek van 30 juni 2015 de verwerende partij zelf heeft bevestigd dat aparte servers per softwareleverancier technisch gezien niet noodzakelijk waren, zoals dit ook wordt aangetoond in het verslag van de verzoekende partij van 7 juli 2015.

De Raad van State stelt echter vast dat de verzoekende partij *prima facie* haar bewering niet met de vereiste ernst staft door een verwijzing naar een door haar zelf opgesteld verslag. De loutere omstandigheid dat dit verslag per e-mailbericht naar de verwerende partij werd opgestuurd, lijkt niet in te houden dat er in hoofde van laatstgenoemde een verplichting ontstond om dat verslag van de verzoekende partij, waar nodig, te weerleggen. Het komt de Raad van State ook niet toe om zich uit te spreken over de technische vraag naar de relevantie van aparte servers voor iedere softwareleverancier.

28.1. De verzoekende partij betoogt inzake de vaststelling “uitzonderingen op de helpdesk waarvoor wel een factuur zal gestuurd worden”, dat de lijst van “uitzonderingen” op de helpdesk waarvoor zij wel een factuur zou sturen “algemene en gebruikelijke uitsluitingen” betreffen, “waaronder overmacht, eigen fout van de verwerende partij, ingrepen van derden, enz.” Die uitzonderingen betreffen volgens de verzoekende partij de “helpdesk/ondersteuning achteraf”. Ondersteuningsactiviteiten die niet aangeboden worden in de helpdesk van de verzoekende partij zijn ook niet voorgeschreven als minimale ondersteuningsactiviteiten in het bestek onder “helpdesk”. De door de verzoekende partij aangeboden helpdesk beantwoordt volgens haar volledig aan het bestek.

28.2. In het bestek is inzake de helpdesk te lezen:

“De inschrijver stelt een ondersteuning contract aan voor van 5 jaar. Activiteiten die minimaal onder het ondersteuningscontract dienen te vallen zijn:

1. Voor het Serverplatform: de beschikbaarheid en het goed functioneren van de servers remote monitoren. Systeem updates toepassen en potentiële problemen oplossen alvorens ze effectief een probleem vormen (bv. een harde schijf die volloopt)
2. Voor de Terminal Servers: het volledig beheer van de Terminal Servers: aanmaken van nieuwe gebruikers, installeren van nieuwe toepassingen, performance management
3. Voor de Exchange Server: aanmaken van distributielijsten, mailboxen voor nieuwe gebruikers of objecten, opkuisen van de logfiles, opvolgen van de continuïteit van de server.
4. Voor de Backup Server: controle van de in gebruik zijnde replicatie en backup processen, preventief aanpassen van deze processen indien de noodzaak zich voordoet, assistentie bij Restore opdrachten, actieve bijstand igv. Disaster recovery scenario's”.

De verzoekende partij stelt in de offerte dat een aantal zaken niet vallen onder de ondersteuning, waarvoor dan ook zal worden gefactureerd, zoals:

“Secundaire systeemingrepen dwz systeem-interventies die het gevolg zijn van een andere oorzaak; bv. een interventie na ingrepen van een ‘andere’ partij/leverancier op de geleverde infrastructuur;

- Interventies na blikseminslag of calamiteiten;
- Herstellen van de gevolgen van onvoldoende internet-security-voorzieningen; - Interventies na foutieve manipulaties;
- Herstellen van bestanden bij gebrek aan bruikbare back-up;

- Installatie van nieuwe releases van de systeemsoftware; behalve van updates voor zover nodig voor de goede werking van de Cipal-installatie;
- Installatie van nieuwe servers of software die geen deel uitmaken van de op het moment van het afsluiten van de overeenkomst operationele omgeving.
- Functionele ondersteuning op toepassingen
- PC-problemen
- Ondersteuning van toekomstige conversies”.

Terwijl in het bestek onder meer voor de back-upserver een “actieve bijstand igv. Disaster Recovery scenario’s” wordt geëist, worden in de offerte van de verzoekende partij interventies na blikseminslag of calamiteiten, te weten onverwachte gebeurtenissen die schade veroorzaken, blijkbaar uitgesloten van de ondersteuningsformule. Op het eerste gezicht lijkt het argument dat de door de verzoekende partij aangeboden helpdesk “volledig” beantwoordt aan de minimale vereisten, bijgevolg niet te kunnen worden bijgevalen. Dat de betrokken uitsluiting een “klassieke” uitsluiting zou zijn, wordt door de verzoekende partij niet aangetoond

29.1. De verzoekende partij betwist ook de juistheid van de vaststelling “Back-up [Helpdesk]: In de offerte van Cipal staat bij ondersteuning back-up oplossing: Het opvolgen van de back-up valt wel niet onder het beheer van de back-up server en dient door het bestuur te gebeuren”. De gevraagde helpdeskondersteuning zoals vermeld onder punt 4, bladzijde 14, in het bestek voor de back-up server zat volgens de verzoekende partij wél vervat in de aangeboden offerte, op bladzijde 26. Onder het “opvolgen van de back-up” zoals dit wordt aangehaald door de verwerende partij, wordt enkel verstaan de dagelijkse controle op de goede afronding van de dagelijkse back-up zelf. De verwerende partij heeft in de opdracht geen technische vereiste geformuleerd tot “het (dagelijks) opvolgen/controleren van de back-ups”.

29.2. Zelfs indien omtrent de voorgaande grief het standpunt van de verzoekende partij zou worden bijgevalen, dan nog moet worden aangenomen dat uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij niet lijkt aan te tonen dat de motieven in het gunningsverslag inzake de firewall, de monitoringsservers, de dienstverlening en de uitzonderingen op de helpdesk waarvoor facturen worden

verstuurd “niet juist, in rechte niet aanvaardbaar en in ieder geval niet afdoende zijn om [de bestreden] beslissing te dragen”. De voormelde motieven lijken samen genomen reeds te volstaan om de conclusie te ondersteunen dat de offerte van de verzoekende partij in belangrijke mate niet voldoet aan de technische bepalingen van het bestek

30. Het tweede onderdeel is bijgevolg niet ernstig zodat geheel het middel het ernstig karakter ontbeert, noodzakelijk om de schorsing te bevelen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

31. In een vierde middel voert de verzoekende partij “ondergeschikt “de schending aan van het evenredigheids- en redelijkheidsbeginsel, en gaat daarbij uit van de veronderstelling dat de motieven om haar offerte te weren “feitelijk juist en afdoende zouden zijn” , hetgeen zij – in hoofddorde – niet aanvaardt. De sanctie van absolute nietigheid van de offerte staat volgens haar in een complete wanverhouding tot de vermelde onregelmatigheden, die kennelijk geen invloed hebben op de eerlijke mededinging. De bezwarende elementen zijn immers niet van die aard dat zij een weerslag of impact hebben op de basisbeginselen zoals de gelijkheid van de inschrijvers, de eerlijke mededinging en de vergelijkbaarheid van de offertes. De geformuleerde “onregelmatigheden”, op grond waarvan de offerte van de verzoekende partij nietig wordt verklaard, hebben hoegenaamd geen invloed op de afweging tussen de kandidaten en aldus geen invloed op de uiteindelijke vergelijking van de offertes in het licht van de gunningscriteria.

Beoordeling

32. Afwijkingen van de bepalingen inzake technische specificaties leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte, overeenkomstig artikel 95, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn.

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, dient in concreto in het licht van het dossier te worden beantwoord. Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt, lijkt alleszins te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Het staat voorts in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbeepaling betreft. Deze beoordeeling moet wel gesteund zijn op aanvaardbare motieven die blijken uit een zorgvuldig onderzoek, hetgeen desgevraagd door de Raad van State mag worden nagegaan.

De afwijkingen van de technische voorschriften zoals in het tweede onderdeel van het derde middel vastgesteld, die betrekking hebben op de firewall, de monitoring servers, de dienstverlening en de uitzonderingen op de helpdesk waarvoor facturen worden verstuurd en die bovendien de mogelijkheid tot objectieve vergelijking van de offertes zouden aantasten, lijken, in het licht van artikel 95, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, door de verwerende partij als substantiële onregelmatigheden te mogen worden aangemerkt, hetgeen op zich volstaat om de offerte van de verzoekende partij te verwerpen.

33. De grief dat, ondanks de vastgestelde onregelmatigheden een objectieve en correcte vergelijking van de offertes nog steeds mogelijk was, berust aldus op een *prima facie* onjuiste veronderstelling en dient dan ook niet nader meer te worden onderzocht.

34. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Kosten

36. 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 basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als 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 13 november 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest