

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 242.923 van 13 november 2018

in de zaak A. 226.444/XII-8630

In zake: de NV CANON BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Riet Straetmans
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Minister
van Defensie, belast met Ambtenarenzaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpensesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 oktober 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Minister van Defensie, belast met Ambtenarenzaken, van 1 oktober 2018, in zoverre daarin besloten wordt om de percelen 2, 3, 4 en 10 van de raamovereenkomst voor diensten met als voorwerp ‘aankoop, huur zonder aankoopoptie, onderhoud van multifunctionele apparaten en printers en verwante diensten’, niet aan [de nv Canon Belgium], maar aan de hiernavolgende inschrijvers te gunnen:

- perceel 4: Konica Minolta Business Solutions nv
- percelen 2,3 en 10: Ricoh Relgium nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 november 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Barteld Schutyser en Riet Straetmans, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 het sluiten van een raamovereenkomst voor de aankoop, huur zonder aankoopoptie, onderhoud van multifunctionele apparaten en printers en verwante diensten. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure en door de aanbestedende overheid gekwalificeerd als een opdracht voor diensten.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 februari 2018 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 februari 2018.

3.2. Het bestek “FORCMS-COPY-110” verduidelijkt dat de opdracht 19 percelen omvat. Voor het huidige geding zijn enkel de percelen 2, 3, 4 en 10 relevant. Deze worden als volgt omschreven:

‡BDLSNDBCJ-BDFEDJV‡

“- percelen 1 t/m 14: de aankoop, de huur (zonder aankoopoptie) met volledige indienststelling en het onderhoud;

[...]

- percelen 1 t/m 5: multifunctionele apparaten (print-scan-copy-fax), laser of LED, kleuren;

- percelen 6 t/m 10: multifunctionele apparaten (print-scan-copy-fax), laser of LED, zwart/wit.”

3.3. Het bestek bepaalt dat varianten niet zijn toegelaten.

3.4. Het bestek vermeldt in hoofdstuk 6 “Beschrijving van de uit te voeren leveringen en te presteren diensten” inzake de vereiste opties:

“6.2. Vereiste opties

De hieronder beschreven opties kunnen, op straffe van nietigheid van de offerte, niet zonder de indiening van een offerte voor de hoofdopdracht ingediend worden.

Deze moeten door de inschrijver verplicht in het offerteformulier aangeboden worden. Hun identificatie en prijs zullen hiervoor in de luiken van het excel bestand opzettelijk voorzien worden.

6.2.1. Onderhoud (aankoop)

Voor percelen 1 t/m 14, dient de inschrijver een omnium onderhoudscontract (formule alles inbegrepen met uitzondering van het papier en nietjes) voor te stellen. De apparaten kunnen dus aangekocht worden met of zonder het afsluiten van een omnium onderhoudscontract.

Het onderhoudscontract dient bij aanschaf van het apparaat afgesloten te worden en treedt in werking op datum van het PV van voorlopige oplevering van het verworven apparaat. Bij gebrek aan een PV van voorlopige oplevering wordt het onderhoudscontract geacht in werking te zijn getreden op de 1ste dag van de maand die volgt op de dag waarop het apparaat ter beschikking werd gesteld.

[...].”

In hoofdstuk 8 “Offertes” wordt inzake de bij de offerte te voegen documenten, attesten en proefmodellen bepaald:

“8.3.2. Dossier ‘Bijlagen aan de offerte’

Elk ontbrekend document kan leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte voor [zover] het desbetreffende document een essentieel element voor de huidige opdracht bevat. Dit dossier zal minstens bestaan uit volgende elementen:

[...]

8.3.2.4. Waarborg, onderhouds- en huurcontract

De inschrijver voegt bij zijn offerte:

- [...]
- voor percelen 1 t/m 14 en 17 t/m 19: de volledige beschrijving van het omnium onderhoud (met verplaatsingen, werkuren, materieel en gebruiksgoederen inbegrepen met uitzondering van het papier en nietjes)."

Bij het bestek zijn voor de diverse percelen van de opdracht offerteformulieren gevoegd in Microsoft Excel-formaat. Deze offerteformulieren bevatten in het tabblad "technische fiche" onder de hoofding "Verplichte opties – Afwerkingsmodules" een keuzeveld met opschrift "de nietjes zijn inbegrepen in het onderhoudscontract" dat de mogelijkheid lijkt te bieden om ofwel "ja" ofwel "nee" in te vullen, hetgeen de verwerende partij bevestigt.

Wat de gunningscriteria betreft, bepaalt het bestek in punt 10.3 dat er voor de kwaliteit van de offerte, vier criteria zijn, meer bepaald beschikbaarheidsgehalte en tussenkomsttermijn, technische eigenschappen, technische eigenschappen inzake duurzame ontwikkeling en shoppinglijst. Die krijgen elk een apart gewicht toegekend. Wat de prijs betreft, wordt bepaald dat deze niet afzonderlijk zal worden beoordeeld, maar als noemer bij de berekening van de kwaliteit/prijsverhouding. De volgende formule zal worden toegepast om de meest economische voordelige offerte te bepalen: $C=k Q/P$.

3.5. Op 27 maart 2018 worden de offertes geopend. Zes inschrijvers hebben offertes ingediend voor de diverse percelen van de opdracht. De verzoekende partij heeft een offerte ingediend voor de percelen 1, 2, 3, 4, 5 en 10. Zoals reeds vastgesteld, zijn voor het huidige geding enkel de percelen 2, 3, 4 en 10 relevant.

De verzoekende partij blijkt voor elk van deze vier percelen in het voormelde keuzeveld inzake de nietjes en het onderhoudscontract de optie "nee" te hebben aangestipt. De andere inschrijvers voor deze percelen – Konica Minolta, Ricoh en Xerox – blijken in dit keuzeveld voor de optie "ja" te hebben gekozen.

3.6. Op 20 augustus 2018 neemt de verwerende partij een beslissing inzake de gunning van de diverse percelen van de opdracht. Percelen 2, 3 en 10 worden aan de nv Ricoh Belgium gegund, perceel 4 aan de nv Konica Minolta Business Solutions.

Nadat de verzoekende partij bezwaren formuleert tegen deze eerste gunningsbeslissing wordt ze ingetrokken op 1 oktober 2018.

Op dezelfde datum neemt de verwerende partij een nieuwe gunningsbeslissing, de thans bestreden beslissing. Deze is uitvoerig gemotiveerd en bevat het gunningsverslag.

Wat het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes voor de betrokken percelen van de opdracht betreft, wordt opgemerkt dat “na onderzoek geen enkele onregelmatigheid werd vastgesteld” in de offertes van de verzoekende partij, de nv Konica Minolta Business Solutions, de nv Ricoh Belgium en de nv Xerox en dat deze offertes dus regelmatig zijn.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de hand van de gunningscriteria en wordt beslist om de percelen 2, 3 en 10 aan de nv Ricoh Belgium te gunnen en perceel 4 aan de Konica Minolta Business Solutions.

3.7. Op 2 oktober 2018 blijkt de verwerende partij aan de verzoekende partij kennis van de bestreden beslissing te hebben gegeven.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

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

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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert in het eerste middel de schending aan van artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 76, § 1, derde lid, en § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij betoogt dat zij vermoedelijk als enige inschrijver de prijs van nietjes niet in de prijs van haar omnium onderhouds-

contract heeft geïntegreerd. Tussen de totaalprijzen van de andere inschrijvers voor de diverse percelen en de totaalprijzen van de verzoekende partij voor diezelfde percelen, gaapt een aanzienlijke kloof. Volgens de verzoekende partij kunnen deze prijsverschillen alleen maar hun oorzaak vinden in de wijze waarop de verwerende partij de prijs van nietjes bij de berekening van de totaalprijzen van de percelen in rekening heeft gebracht. Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij een verschillende beoordelingsmethode gehanteerd al naargelang de inschrijvers de prijs van nietjes wel of niet in de prijs van hun omnium onderhoudscontract hebben geïntegreerd:

“Voor inschrijvers zoals Canon die de prijs van nietjes afzonderlijk hebben opgegeven (en deze prijs dus niet in hun onderhoudspremies hebben geïntegreerd) heeft de verwerende partij deze prijs met een factor 1.200 (10 x 2 toestellen x 60 maanden) of, voor perceel 10, met een factor 20 (10 x 2 toestellen) vermenigvuldigd.

[...] Als gevolg van die berekeningswijze werd een absurd hoge en/of een totaal arbitrair vastgestelde hoeveelheid nietjes in aanmerking genomen. De prijs van deze nietjes woog dan ook disproportioneel zwaar door in de totaalprijzen van de bewuste percelen.

[...] Vermits de totaalprijzen van Canon voor de percelen 2, 3, 4 en 10 substantieel veel hoger zijn dan die van de andere inschrijvers voor deze percelen — en de totaalprijzen van Konica Minolta Business Solutions nv, Ricoh Belgium nv en Xerox nv voor de percelen 2 en 3 wél telkens in dezelfde orde van grootte liggen — meent Canon dat alleen zij de prijs van nietjes niet in de prijs van haar omnium onderhoudscontract heeft geïntegreerd. De voormelde berekeningswijze lijkt inderdaad alleen op haar offerte te zijn toegepast, met als gevolg dat alleen Canon de prijsverhogende effecten van die berekeningswijze heeft ondergaan.

[...] Dit vermoeden wordt bevestigd wanneer de totaalprijzen die behaald zouden worden indien in de offerte van Canon van de prijs van nietjes abstractie wordt gemaakt, met de totaalprijzen van de andere inschrijvers worden vergeleken [...]:

[Hieruit] blijkt dat het niet in rekening brengen van de door Canon (afzonderlijk) opgegeven prijs van nietjes, tot gevolg heeft dat haar totaalprijzen voor de percelen 2, 3, 4 en 10, de totaalprijzen van de andere inschrijvers voor diezelfde percelen sterk benaderen. De these van Canon, namelijk dat de andere inschrijvers niet aan de in randnummer 74 beschreven berekeningswijze onderworpen zijn geweest, omdat zij de prijs van nietjes in de prijs van hun omnium onderhoudscontract hebben geïntegreerd, lijkt hierdoor dus ondersteund te worden.”

Bij gebrek aan mogelijkheid tot inzage in de offertes van de andere inschrijvers en gelet op het feit dat de bestreden beslissing op dit punt geen

nadere informatie bevat, vraagt de verzoekende partij de Raad van State om, op grond van de stukken van het administratief dossier, na te gaan hoe de andere inschrijvers voor de percelen 2, 3, 4 en 10 de prijs van nietjes in hun offertes hebben opgegeven: afzonderlijk of geïntegreerd in de prijs van hun onderhoudscontract.

Indien uit die controle zou blijken dat de andere inschrijvers de prijs van nietjes in de prijzen van hun onderhoudscontract hebben geïntegreerd, doet zij gelden dat hun offertes door een substantiële onregelmatigheid zijn aangetast:

“Zoals in het feitenrelaas werd aangestipt, diende de prijs voor nietjes (evenals de prijs voor papier) krachtens de paragrafen 6.2.1 en 8.3.2.4 van het bestek afzonderlijk te worden opgegeven [...]. Deze prijs mocht bijgevolg niet in de prijs van het omnium onderhoudscontract inbegrepen zijn.

[...] De inschrijvers waren krachtens het bestek dus verplicht om in het drop down keuzemenu dat na de stelling ‘de nietjes zijn inbegrepen in het onderhoudscontract’ in de werkbladen ‘technische fiche’ van de desbetreffende offerteformulieren was voorzien, het antwoord ‘nee’ of ‘non’ te selecteren.

[...] De omstandigheid dat de offerteformulieren op dit punt een keuzemogelijkheid leken te bieden, doet hieraan geen afbreuk.

[...] Deze offerteformulieren zijn immers als een ‘inventaris’ in de zin van artikel 2, 8° van het KB Plaatsing [2017] te beschouwen. Overeenkomstig artikel 80, eerste lid van het KB Plaatsing [2017] heeft het bestek, in geval van tegenspraak tussen de opdrachtdocumenten, voorrang op de inventaris. Het antwoord ‘ja’ / ‘oui’ mocht in het voormelde keuzemenu dan ook niet worden geselecteerd.

[...] De offertes van inschrijvers die toch het antwoord ‘ja’ / ‘oui’ zouden hebben geselecteerd, hadden door de verwerende partij onregelmatig moeten worden verklaard. Hun beslissing om de prijs van nietjes, in weerwil van het bestek, in de prijs van hun omnium onderhoudscontract te integreren, is als een afwijking van besteksbepalingen inzake de wijze van prijsopgave te beschouwen. Volgens de rechtspraak van [de] Raad brengen dergelijke afwijkingen de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang.

[...] Te dezen werd de vergelijking van de offerte van Canon met de offertes die Konica Minolta Business Solutions nv, Ricoh Belgium nv en Xerox nv voor de percelen 2, 3, 4 en/of 10 hebben ingediend, als gevolg van de verschillende prijsopgave voor nietjes inderdaad verhinderd.

[...] Zo is het vooreerst niet geweten of laatstgenoemde inschrijvers het precieze bedrag van de prijs van nietjes in het werkblad ‘prijs - vereiste opties’, onder de rubriek ‘onderhoudspremies zonder minimum aantal pagina’s’ hebben begroot. Indien dit niet het geval zou zijn, kon de

verwerende partij deze prijs (die, gelet op de integratie in de onderhoudspremies, niet geïndividualiseerd kon worden) niet aan het in artikel 35 van het KB Plaatsing [2017] bedoelde prijsonderzoek onderwerpen. Elke nuttige vergelijking van deze prijs met de prijs die door Canon (wél afzonderlijk) voor nietjes werd opgegeven, was in dat scenario bovendien onmogelijk.

[...] De prijs van nietjes werd, voor de desbetreffende inschrijvers, alleszins niet met een factor 1.200 (percelen 2, 3, 4) of een factor 20 (perceel 10) vermenigvuldigd. Door die berekening alleen op de offerte van Canon toe te passen, en niet op de offertes van de inschrijvers die de prijs van nietjes in hun onderhoudspremies geïntegreerd hebben, werd het beginsel van de gelijke behandeling geschonden. Dit beginsel vereist namelijk dat voor alle inschrijvers eenzelfde vergelijkingsbasis wordt gehanteerd.

[...] Die uniforme vergelijkingsbasis was sowieso afwezig nu de inschrijvers in het werkblad ‘technische fiche’ van de offerteformulieren, zelf de ‘capaciteit navulling nietjes’ konden opgeven. Om een objectieve vergelijking van de offertes mogelijk te maken, had de verwerende partij de inschrijvers evenwel moeten verplichten hun prijzen op basis van een forfaitair – door de verwerende partij vastgesteld en vooraf aangekondigd – aantal nietjes te budgetteren. Door dit aantal echter vrij door de inschrijvers te laten bepalen, werd speculatie op dit gebied mogelijk gemaakt.

[...] Het substantieel karakter van de vast te stellen onregelmatigheden staat dan ook vast. Hoe dan ook is het duidelijk dat de ‘keuze’ van Konica Minolta Business Solutions nv, Ricoh Belgium nv en Xerox nv om, in afwijking van de paragrafen 6.2.1 en 8.3.2.4 van het bestek, de prijs van nietjes in de prijs van hun omnium onderhoudscontract te integreren, tot gevolg heeft gehad dat de vergelijkbaarheid van hun offertes met de (besteksconforme) offerte van Canon niet gegarandeerd was.

[...] Overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid van het KB Plaatsing [2017] waren de offertes van de voornoemde inschrijvers, derhalve, door een substantiële onregelmatigheid aangetast. Bijgevolg was de verwerende partij op grond van artikel 76, § 3 van het KB Plaatsing [2017] verplicht om deze offertes nietig te verklaren. Door deze offertes desalniettemin als regelmatige offertes in aanmerking te nemen, heeft de verwerende partij de aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden.”

6. In haar nota bevestigt de verwerende partij in de eerste plaats uitdrukkelijk dat alle inschrijvers, behalve de verzoekende partij, voor alle betrokken percelen de prijs van nietjes in hun prijs van het omnium onderhoudscontract hebben geïntegreerd. Dit maakt volgens de verwerende partij de offertes evenwel niet substantieel onregelmatig. Het argument van de verzoekende partij vertrekt immers vanuit het foutief feitelijk uitgangspunt dat de inschrijvers enkel “nee” konden antwoorden op de vraag of “de nietjes zijn inbegrepen in het onderhoudscontract”. Het tegendeel is waar:

“Inschrijvers waren immers vrij om ofwel hun prijs voor de nietjes onder te brengen in het omnium onderhoudscontract, ofwel hiervoor een afzonderlijke prijs te formuleren. Het is om deze reden dat de offerteformulieren van alle percelen de mogelijkheid boden om “ja” of “nee” te antwoorden op de vraag in de technische fiche of de nietjes waren inbegrepen in het onderhoudscontract.”

Het argument van de verzoekende partij, dat de inschrijvers op grond van het bestek verplicht waren om sowieso “nee” te antwoorden, berust volgens de verwerende partij op een onjuiste lezing van de zinsnede “met uitzondering van”:

- Paragraaf 6.2.1 van het bestek maakt immers duidelijk dat het omnium onderhoudscontract sowieso allesomvattend dient te zijn, behalve wat betreft het papier en de nietjes. Voor het papier en de nietjes hebben de inschrijvers immers de keuze om deze aan te bieden via het omnium onderhoudscontract, dan wel om hiervoor een afzonderlijke prijs op te geven.
De zinsnede ‘met uitzondering van het papier en nietjes’ impliceert geenszins dat het omnium onderhoudscontract sowieso niet de prijs van het papier en de nietjes mag omvatten. De zinsnede heeft daarentegen betrekking op het feit dat BOSA een ‘formule alles inbegrepen’ heeft gevraagd. Canon leest de zin dus alsof er geen haakjes zouden staan.
- Daarnaast dienden de inschrijvers volgens paragraaf 8.3.2.4 van het bestek een beschrijving op te geven van het omnium onderhoud waarin het papier en de nietjes niet aan bod hoefden te komen. Deze paragraaf zegt dus met andere woorden niets over de vraag of de nietjes al dan niet moeten worden ondergebracht onder het onderhoudscontract.”

De stelling van de verzoekende partij, dat de prijs voor nietjes niet in de prijs van het omnium onderhoudscontract begrepen mocht zijn, klopt dus niet. De verwerende partij merkt op dat het aan de aanbestedende overheid toekomt om de eisen van het bestek te interpreteren aangezien het immers de aanbestedende overheid is die haar behoeften bepaalt.

Vervolgens werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij de enige inschrijver was die het bestek aldus heeft gelezen. Voor alle andere inschrijvers was het duidelijk dat zij wel ervoor konden kiezen om de prijs voor de nietjes onder te brengen in het omnium onderhoudscontract.

Volgens de verwerende partij is de verzoekende partij bovendien onzorgvuldig geweest:

“Canon lijkt in ieder geval onzorgvuldig te zijn geweest door, ondanks de keuzemogelijkheid in de offerteformulieren, er zomaar vanuit te gaan dat de inschrijvers ‘nee’ dienden de antwoorden.

BOSA heeft immers alles in het werk gesteld om te vermijden dat onregelmatige offertes zouden worden ingediend. Nogmaals niet alleen werd in de offerteformulieren uitdrukkelijk aangegeven welke minimale (of maximale) waarden mochten worden ingevuld, maar bovendien werd de inschrijver attent gemaakt op eventuele onregelmatigheden, doordat een cel rood kleurde wanneer een waarde werd ingevuld die niet overeenstemde met de eisen van de aanbestedende overheid.

Wanneer evenwel op de vraag of de nietjes zijn inbegrepen in het onderhoudscontract ‘ja’ wordt geantwoord (wat de offerte volgens Canon substantieel onregelmatig maakt), kleurt de cel niet rood. De inschrijver kon er dus vanuit gaan dat dit antwoord wel mogelijk was, minstens kon ook op basis van dit element enige twijfel ontstaan.”

De verwerende partij merkt ook nog op dat de verzoekende partij in het kader van een eerdere gelijkaardige opdracht “met identieke bestekbepalingen” wel degelijk ook het nietjeskeuzeveld met “ja” heeft ingevuld. Het gaat dan ook niet op om in het kader van de huidige opdracht te beweren dat de inschrijvers sowieso “nee” hadden moeten antwoorden.

Ten slotte doet de verwerende partij nog gelden dat in het licht van het voorgaande van de verzoekende partij mocht worden verwacht dat zij hierover een vraag zou hebben gesteld aan de verwerende partij. Door dit niet te doen is de verzoekende partij onzorgvuldig geweest.

De verwerende partij werpt hieromtrent in haar nota ook een exceptie van niet-ontvankelijkheid op:

“[...] Voorafgaandelijk moet worden vastgesteld dat het eerste middel en het tweede middel (eerste en tweede middelonderdeel) onontvankelijk zijn, doordat Canon kennis heeft genomen van het bestek, geen enkel bezwaar heeft geformuleerd inzake de manier waarop de prijs van de nietjes in aanmerking werd genomen, een offerte heeft ingediend en thans de werkwijze van het bestek bekritiseert.

[...] Nochtans heeft de Raad van State reeds meermaals geoordeeld dat wanneer een inschrijver geen kritiek heeft geuit vóór of ten laatste op het

moment van de indiening van zijn offerte, zijn beroep tegen de gunningsbeslissing onontvankelijk is.

[...] In deze zaak stelt Canon in het eerste middel dat de offertes van de concurrenten substantieel onregelmatig zouden zijn, in de mate dat zij zouden hebben aangegeven dat de prijs voor de nietjes in de prijs voor het omnium onderhoudscontract is inbegrepen.

Nochtans was het bestek duidelijk in die zin dat het de inschrijvers de mogelijkheid bood om de prijs ofwel in het omnium onderhoudscontract onder te brengen, ofwel afzonderlijk op te geven. In het bestek preciseerde paragraaf 6.2.1. dat het omnium onderhoudscontract moest uitgaan van de ‘formule alles inbegrepen met uitzondering van het papier en nietjes’. Voor de prijs voor de nietjes had men dus de keuze. Dit blijkt nogmaals overduidelijk uit de offerteformulieren: [...]

Canon kan dan ook niet ernstig beweren dat zij ervan overtuigd was dat sowieso ‘nee’ moest worden geantwoord.

Door haar wettigheidsbezwaren niet te formuleren, en zelfs geen enkele opmerking/vraag te formuleren desbetreffende, kan Canon niet meer op ontvankelijke wijze deze keuzemogelijkheid bekritisieren.”

Beoordeling

7. Artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes onderzoekt.

Overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is een offerte substantieel onregelmatig wanneer ze van die aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

Artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.”

8. Het bestek legt aan de inschrijvers op dat zij in hun offerte moeten voorzien in de volgende vereiste optie:

“Voor percelen 1 t/m 14, dient de inschrijver een omnium onderhoudscontract (formule alles inbegrepen met uitzondering van het papier en nietjes) voor te stellen.”

Dit onderhoudscontract dient volgens het bestek op straffe van nietigheid van de offerte te worden aangeboden.

In hoofdstuk 8 van het bestek wordt, wat de bij de offerte te voegen stukken betreft, nog het volgende bepaald inzake het onderhoudscontract:

“8.3.2.4. Waarborg, onderhouds- en huurcontract

De inschrijver voegt bij zijn offerte:

- [...]

- voor percelen 1 t/m 14 en 17 t/m 19: de volledige beschrijving van het omnium onderhoud (met verplaatsingen, werkuren, materieel en gebruiksgoederen inbegrepen met uitzondering van het papier en nietjes).”

9. Uit de offerte van de verzoekende partij voor de in het huidige geding betrokken percelen van de opdracht blijkt dat zij in de offerteformulieren in het keuzeveld “de nietjes zijn inbegrepen in het onderhoudscontract”, de keuze “nee” heeft aangestipt.

De verwerende partij verklaart in haar nota uitdrukkelijk dat de overige inschrijvers in dit keuzeveld telkens de keuze “ja” hebben aangestipt. Dit wordt bevestigd door het administratief dossier in de als vertrouwelijke stukken neergelegde offertes van de betrokken inschrijvers.

Het aanbieden van een onderhoudscontract mét nietjes lijkt echter uitdrukkelijk uitgesloten door de voormelde besteksbepaling, die immers voorschrijft dat het onderhoudscontract alles “inbegrepen met uitzondering van het papier en nietjes” dient te zijn.

Het betoog van de verwerende partij in de nota, dat deze besteksbepaling in plaats van een exclusie een keuzemogelijkheid inhoudt, dient reeds op het eerste gezicht te worden verworpen als betwistbaar. Deze stelling lijkt immers niet te stroken met de hiervoor aangehaalde bewoordingen van het bestek op twee plaatsen. Een besteksbepaling die de inschrijvers oplegt om te voorzien in een onderhoudscontract alles “inbegrepen met uitzondering van het papier en nietjes”, lijkt geen keuzemogelijkheid in te houden om toch een onderhoudscontract aan te bieden met inbegrip van nietjes. Ten overvloede kan in dit verband nog worden opgemerkt dat het bestek het indienen van variante offertes uitdrukkelijk heeft uitgesloten.

Ook uit de overige bepalingen van het bestek lijkt eerder te moeten worden afgeleid dat de betrokken keuzemogelijkheid niet bestaat in de huidige opdracht. Evenmin verwijzen de bepalingen van het bestek inzake de uitvoering van de opdracht naar enige mogelijkheid inzake het al dan niet inbegrepen zijn van papier en nietjes in het onderhoudscontract en ze gaan er kennelijk van uit dat deze niet inbegrepen zijn, nu er geen enkele prestatie terzake wordt vermeld en dus wordt verlangd van de inschrijvers.

Het feit dat het offerteformulier een keuzeveld bevat dat niet overeenstemt met de tekst van het eigenlijke bestek en de inschrijvers toestaat om aan te geven dat nietjes toch zullen zijn inbegrepen, doet aan de voorgaande vaststelling geen afbreuk. Op de eerste plaats dienen de inschrijvers het offerteformulier immers te lezen en te begrijpen in het licht van de ruimere tekst van het bestek. Indien het bestek, zoals te dezen, geen keuzemogelijkheid openlaat en enkel “nee” als geldig antwoord lijkt toe te staan, dienen de inschrijvers het offerteformulier dan ook in die zin in te vullen. Dat de inschrijvers daarbij in zekere mate zouden zijn misleid door de aanbestedende overheid, die immers in het offerteformulier in weerwil van het bestek de indruk wekt dat het toch zou zijn toegestaan om een onderhoudscontract met nietjes aan te bieden, lijkt een te betreuren gegeven. Van een aanbestedende overheid mag echter niet worden aanvaard dat deze zich op een niet-overeenstemming tussen het bestek en het offerteformulier beroept ten aanzien en ten nadele van een inschrijver die beide documenten wél met elkaar in overeenstemming heeft gebracht en het offerteformulier dus veeleer in de lijn van het bestek heeft ingevuld.

Het aanbieden door de overige inschrijvers van een onderhoudscontract met nietjes, lijkt evenmin een materiële vergissing in hunnen hoofde te betreffen. In de blanco offerteformulieren is het nietjeskeuzeveld immers blanco gelaten. Het is dus niet zo dat dit in het basisbestand de *modus default* op “ja” staat, wat mogelijkerwijze nog de keuze van het inbegrepen zijn van de nietjes had kunnen verklaren. Het invullen van het nietjeskeuzeveld met “ja” lijkt aldus reeds op het eerste gezicht een uitdrukkelijke wilsuiking van de betrokken inschrijvers te betreffen. Zij hebben er aldus zelf vrij voor gekozen om een onderhoudscontract aan te bieden dat lijkt af te wijken van de besteksbepalingen terzake.

De opmerking van de verwerende partij dat het aan de aanbestedende overheid toekomt om het bestek te interpreteren, lijkt te dezen niet pertinent. De aanbestedende overheid mag aan de bepalingen van het bestek immers geen betekenis toedichten die niet lijkt overeen te stemmen met de bewoordingen ervan. Alsdan miskent zij immers het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en gaat zij in essentie willekeurig handelen.

Ook de opwerping, dat de verzoekende partij te dezen onzorgvuldig zou zijn geweest, lijkt niet te kunnen worden bijgevallen. Integendeel lijkt de verzoekende partij te dezen als enige het bestek, zoals opgesteld door de verwerende partij, correct te hebben geïnterpreteerd. Aan die vaststelling wordt geen afbreuk gedaan door het argument dat de overige inschrijvers allemaal de nietjes wel in hun onderhoudscontract hebben opgenomen en de verzoekende partij als enige niet.

Het betoog van de verwerende partij dat het Excel-bestand van het offerteformulier geen foutmelding weergeeft wanneer het nietjeskeuzeveld met “ja” wordt ingevuld, lijkt evenmin relevant. Er kan hierbij nog worden opgemerkt dat uit het dossier lijkt te mogen worden afgeleid dat de betrokken Excel-bestanden niet onaanzienlijke gebreken lijken te vertonen en bovendien ook verschillen tussen de Nederlandse en Franse taalversies lijken te bevatten, zoals door de verwerende partij zelf wordt erkend.

Dat de verzoekende partij in het kader van een eerdere gelijkaardige opdracht een onderhoudscontract mét nietjes zou hebben

‡BDLSNDBCJ-BDFEDJV‡

aangeboden, lijkt evenmin dienstig. Dat de verwerende partij die *prima facie* niet-besteksconforme handelwijze bij een eerdere opdracht onopgemerkt heeft laten passeren, lijkt niet in te houden dat het de verzoekende partij niet zou zijn toegelaten om in het kader van een nieuwe opdracht – allicht na nieuwe studie van het bestek – een offerte in te dienen die wel degelijk besteksconform lijkt.

Aldus dient *prima facie* te worden vastgesteld dat de verzoekende partij als enige inschrijver de besteksvereiste inzake het aanbieden van een “omnium onderhoudscontract (formule alles inbegrepen met uitzondering van het papier en nietjes)” lijkt te hebben gerespecteerd. De overige inschrijvers lijken in hun offertes immers een aanbod te hebben gedaan nietjes inbegrepen.

10. Op het eerste gezicht lijkt het aanbieden van een vereiste optie in een vorm die afwijkt van de omschrijving in het bestek van die optie, een onregelmatigheid in te houden die de beoordeling van de offerte van de inschrijver in vergelijking met de andere offertes verhindert en aldus overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 een substantiële onregelmatigheid vormt.

Er dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij reeds op het eerste gezicht offertes in aanmerking heeft genomen die met een substantiële onregelmatigheid lijken te zijn aangetast en aldus hadden moeten worden geweerd. Door dit laatste niet te doen, lijkt de verwerende partij de in dit middel ingeroepen rechtsnormen te hebben miskend.

Door de offerte van de verzoekende partij te vergelijken met de *prima facie* onregelmatige offertes van de overige inschrijvers, werd reeds op het eerste gezicht het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers miskend. Ook het zorgvuldigheidsbeginsel lijkt door die handelwijze geschonden, zeker ook in zoverre dat de verwerende partij de regelmatige offerte van de verzoekende partij lijkt te hebben aangepast, in de zin van de onregelmatige offertes van de overige inschrijvers.

11. Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, de verwerende partij een exceptie opwerpt, genoegzaam bekend als de ‘Neorec’- exceptie.

Deze exceptie lijkt echter niet relevant. In het middel voert de verzoekende partij immers niet de onwettigheid van het bestek zélf aan, maar wel de onjuiste uitleg en toepassing van het bestek bij de beoordeling en de vergelijking van de offertes.

Deze vaststelling volstaat reeds op zich om deze exceptie in de huidige stand van het geding te verwerpen.

12. Het eerste middel dient in de besproken mate ernstig te worden bevonden.

B. Tweede middel

13. Het tweede middel betreft een kritiek op de wijze waarop de verwerende partij de offertes inhoudelijk heeft onderzocht en getoetst aan de gunningscriteria. Deze kritiek lijkt niet te moeten worden onderzocht nu reeds bij het onderzoek van het eerste middel werd vastgesteld dat de verwerende partij *prima facie* ten onrechte substantieel onregelmatige offertes in aanmerking heeft genomen. Het tweede middel kan in dat licht reeds op het eerste gezicht niet tot een meer verregaande schorsing leiden omdat, indien na de schorsing de inhoudelijke beoordeling van de offertes wordt overgedaan, zulks in elk geval lijkt te moeten gebeuren zonder daarbij onregelmatige offertes te betrekken.

VI. Besluit

14. Het eerste middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd wat de bestreden gunningsbeslissing betreft.

In zoverre in het inleidend verzoekschrift het voorwerp van de vordering ook bijkomend is verwoord als “niet aan de [nv Canon Belgium] te

‡BDLSNDBCJ-BDFEDJV‡

gunnen” wordt bij gebrek aan verduidelijking door de verzoekende partij en bij gebrek aan verweer daaromtrent van de verwerende partij, die summiere zinsnede niet beschouwd als een expliciete vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een impliciete weigering tot gunning die zich tot onderzoek leent in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 1 oktober 2018 van de Minister van Defensie, belast met Ambtenarenzaken, in zoverre daarin besloten wordt om de percelen 2, 3, 4 en 10 van de raamovereenkomst voor diensten met als voorwerp “aankoop, huur zonder aankoopoptie, onderhoud van multifunctionele apparaten en printers en verwante diensten” te gunnen aan nv Konica Minolta Business Solutions wat perceel 4 betreft en aan nv Ricoh Relgium wat de percelen 2, 3 en 10 betreft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 november 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest