

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 245.121 van 9 juli 2019
in de zaak A. 228.407/XII-8751**

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

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF KONTICH
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 juni 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Kontich van 28 mei 2019, waarbij de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp “huren en onderhouden van MFP’s”, niet aan de nv Canon Belgium, maar aan de nv Ricoh Belgium wordt gegund.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 juli 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Riet Straetmans en Saul Janssens, die *loco* advocaat Barteld Schutyser verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert 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 het huren en onderhoud van multifunctionele printers (MFP's).

Op 3 juli 2018 wordt de opdracht gepubliceerd in het Bulletin van Aanbesteding.

3.2. De gunningscriteria zijn de volgende: 1) de prijs op 35 punten, 2) de technische waarde op 25 punten, 3) de kwaliteit op 5 punten, 4) de ecologie op 5 punten, 5) de dienst naverkoop op 20 punten en 6) de beheerssoftware op 10 punten.

3.3. Op 4 september 2018 dienen de volgende vijf inschrijvers een offerte in: de nv Ricoh Belgium, de nv Canon Belgium, de nv Konica Minolta Business Solutions, de mv Mimeos en de nv XsolveIT.

3.4. Op 27 november 2018 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. De nv Ricoh wordt als eerste in de finale rangschikking opgenomen met een score van 86,5%, de verzoekende partij als tweede met een score van 82,65%.

3.5. Op 3 december 2018 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Ricoh Belgium.

Bij verzoekschrift van 26 december 2018 dient de verzoekende partij bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de voormelde beslissing.

Op 4 januari 2019 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing in te trekken.

Bij arrest nr. 243.421 van 17 januari 2019 stelt de Raad van State vast dat de vordering van de verzoekende partij zonder voorwerp is, minstens dat verzoekende partij haar belang bij de vordering heeft verloren.

3.6. Op 28 mei 2019 besluit de verwerende partij om de opdracht opnieuw aan de nv Ricoh Belgium te gunnen op grond van een nieuw verslag van nazicht van de offertes, ditmaal van 24 mei 2019. De finale rangschikking blijft ongewijzigd, maar wel met een lichte aanpassing van de scores van de verschillende inschrijvers. De nieuwe score voor de nv Ricoh is 85,91% en voor de verzoekende partij 83,59 %.

Dit is de bestreden beslissing.

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.

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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste onderdeel van het tweede middel

5. De verzoekende partij betoogt in het eerste onderdeel van het tweede middel dat voor de berekening van het gunningscriterium ‘technische waarde’ de eindscore van het basistoestel 2 (A+B) op een verkeerde optelling berust, waardoor de gekozen inschrijver als score voor dat toestel 22/25 punten verkrijgt. Die optelsom mag echter tot slechts (9+4+3+3=) 19/20 punten leiden. Voor het gunningscriterium “prijs” dient aldus de betrokken eindscore 20,88 punten te bedragen en niet de foutieve eindscore 21, 81 punten.

6. De verwerende partij erkent de vergissing, maar stelt dat de verzoekende partij hiermee slechts 0,93 punten bijkomend behaalt, waardoor zij nog steeds niet als eerste kan worden gerangschikt.

In elk geval wordt hierna bij de beoordeling van het eerste middel en de andere onderdelen van het tweede middel uitgegaan van de voormelde 20,88 punten.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 83 van de wet van 15 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, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

Zij betoogt dat de offerte van de nv Konica Minolta Business Solutions substantieel onregelmatig is, omdat deze bij het gunningscriterium “prijs” de kost van de beheerssoftware, voorwerp van subgunningscriterium 1.3, heeft geïntegreerd in het subgunningscriterium nr. 1.2 “prijs huren toestellen”, met als gevolg dat deze inschrijver een nulprijs heeft opgegeven voor het subgunningscriterium “beheerssoftware”. Zij meent dat deze handelwijze een afwijking inhoudt van de besteksbepalingen inzake de wijze van prijsopgave.

De verzoekende partij doet voorts gelden dat het in rekening brengen van een prijs van 1,00 euro om de toepassing van de regel van drie mogelijk te maken, de offerte van de nv Konica Minolta Business Solutions de hoogste score heeft opgeleverd voor 1.3. “prijs beheerssoftware” en de scores van de andere inschrijvers heeft beïnvloed, waardoor deze een veel lagere score hebben gekregen voor dat subgunningscriterium. Zulks heeft ook de onderlinge

scoreverschillen tussen de verschillende inschrijvers volledig scheefgetrokken. Indien echter, zo vervolgt zij, de substantieel onregelmatige offerte van de nv Konica Minolta Business Solutions overeenkomstig artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 nietig was verklaard, zou de offerte van de verzoekende partij, in combinatie met één of meer van de aangevoerde onregelmatigheden in het tweede middel – in het bijzonder die van het eerste onderdeel van het tweede middel – als eerste dienen te worden gerangschikt.

8. In de nota betwist de verwerende partij dat de aangeklaagde handelwijze van de nv Konica Minolta Business Solutions een afwijking zou inhouden van de besteksbepalingen. Ter illustratie verwijst zij naar het arrest van de Raad van State nr. 220.143 van 3 juli 2012, dat betrekking heeft op een overheidsopdracht voor juridische dienstverlening en waarbij de gekozen inschrijver een nulprijs had opgegeven voor kantoorkosten, hetgeen niet als een abnormale prijszetting werd aangemerkt.

De verwerende partij wijst er ook op dat de kosten verbonden aan de gevraagde functionaliteiten door die inschrijver werden opgenomen in de basisconfiguratie van de toestellen, wat zich uit in een hogere prijs voor het huren van de toestellen, maar vooral in een hogere prijs per print of kopie, subgunningscriterium 1.1.

Zij licht voorts toe dat, om alsnog toepassing te kunnen maken van de regel van drie, zij de opgegeven “nulprijs” dan ook vervangen heeft door het getal één. Het spreekt voor zich dat dit echter “geen enkele invloed heeft op de toegekende scores en de volgorde in het kader van de beoordeling van het subcriterium beheerssoftware”.

Beoordeling

9. In het gunningsverslag wordt inzake de regelmatigheid van de offerte van de nv Konica Minolta Business Solutions vermeld:

“Voor de ‘beheerssoftware’ werd een nulprijs opgegeven. Artikel 76 §1 van het KB plaatsing luidt als volgt: ‘Een offerte is substantieel onregelmatig

wanneer ze van 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.’ Een nulprijs is ook een prijs en er is geen specifieke bestekbepaling die zich verzet tegen de opgave van een nulprijs. Bovendien kunnen we deze nulprijs niet als een abnormale prijs beschouwen aangezien de inschrijver de nulprijs voldoende verantwoordde: ‘In de gevraagde configuratie en prijs zijn eveneens de gevraagde functionaliteiten van software opgenomen aangezien verschillende functionaliteiten (zoals follow-me, OCR, badgelezer, rapportering en authenticatie) reeds gevraagd werden als minimale vereisten. Hierdoor is er geen extra kost voor de post beheer software aangezien alle gevraagde functionaliteiten (minimale vereisten en optionele functies) opgenomen zijn in de basisconfiguratie van de toestellen.’”

10. In het bestek is inzake het gunningscriterium ‘prijs’ opgenomen:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	35
1.1	Prijs print/kopie	15
	<i>Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs</i> CLICKS 1 pagina A4 zwart / wit: 7 punten 1 pagina A4 kleur: 4 punten 1 pagina A3 zwart / wit: 1 punt 1 pagina A3 kleur: 3 punten	
1.2	Prijs huren toestellen	15
	<i>Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs</i>	
1.3	Prijs beheerssoftware	5
	Prijs software + eventuele licenties + opleiding + ondersteuning <i>Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs</i>	

Tevens wordt over het gewicht van de gunningscriteria bepaald:

“Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de

economisch voordeligste offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend”.

11. De scores die de inschrijvers behaalden op het criterium ‘prijs beheerssoftware’ is 5/5 (nv Konica Minolta Business Solutions), 0,03/5 (nv XsolveIT), 0,02/5 (nv Canon), 0,01/5 (nv Ricoh) en 0,01/5 (nv Mimeos). Dit resultaat werd verkregen doordat de verwerende partij de nulprijs geboden door de nv Konica Minolta Business Solutions, omvormde tot een prijs van één euro, waarna toepassing werd gemaakt van de regel van drie.

12. Reeds op het eerste gezicht lijkt het echter dat, indien de prijs van een bepaalde post of een bepaald onderdeel van een opdracht een afzonderlijk gunningscriterium vormt, dat het voor de vergelijkbaarheid van de offertes van belang is dat alle prestaties die onder die post of dat onderdeel moeten worden geleverd, in de prijs voor die post of dat onderdeel worden opgenomen en niet worden verdeeld over andere posten. Er anders over oordelen lijkt manipulatie mogelijk te maken van de beoordeling van de gunningscriteria.

Het was de uitdrukkelijke wil van de verwerende partij dat de prijs voor de beheerssoftware verplicht afzonderlijk zou worden weergegeven en niet opgenomen in en verdeeld over de andere prijscriteria. Aldus onderscheiden de gegevens van de huidige zaak zich van deze in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest nr. 220.143 van 3 juli 2012, waarnaar de verwerende partij in haar nota verwijst. Het aldaar geldende bestek stond immers toe dat bepaalde kantoorkosten niet afzonderlijk werden aangerekend maar werden opgenomen in andere posten. Bovendien maakt de beheerssoftware zelf het voorwerp uit van een afzonderlijk gunningscriterium waarin wordt gekeken naar onder meer de geboden ondersteuning die nu net deel uitmaakt van de prijs die voor de beheerssoftware moet worden aangeboden.

Er moet ook worden opgemerkt dat de nv Konica Minolta Business Solutions de enige inschrijver is, zo blijkt uit het verslag van nazicht van de offertes, die een nulprijs biedt op het subgunningscriterium ‘prijs beheerssoftware’.

13. De nv Konica Minolta Business Solutions rechtvaardigt haar nulprijs als volgt:

“In de gevraagde configuratie en prijs zijn eveneens de gevraagde functionaliteiten van software opgenomen aangezien verschillende functionaliteiten (zoals follow-me, OCR, badgelezer, rapportering en authenticatie) reeds gevraagd werden als minimale vereisten. Hierdoor is er geen extra kost voor de post beheer software aangezien alle gevraagde functionaliteiten (minimale vereisten en optionele functies) opgenomen zijn in de basisconfiguratie van de toestellen”.

Zij heeft dan ook een hogere prijs opgegeven voor het huren van de toestellen dan de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, wat volgens de verwerende partij de nulprijs verklaart. Niettemin heeft zij met haar handelwijze de onderlinge weging van de gunningscriteria miskend en heeft zij zich een disproportioneel voordeel toegekend door het invullen van een nulprijs op het aparte subcriterium. Hiermee lijkt de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang te zijn gekomen.

De verwerende partij kan niet worden bijgevalen in haar betoog, dat de verzoekende partij met haar stelling noodzakelijkerwijs erkent dat een prijs van één euro voor het subgunningscriterium ‘prijs beheerssoftware’ wél een regelmatige offerte met zich zou hebben meegebracht. De verzoekende partij doet in haar verzoekschrift uitdrukkelijk immers gelden dat een prijs van één euro niet met de werkelijke kost overeenstemt en dus als abnormaal moet worden beschouwd. In zoverre de verwerende partij uit deze argumentatie een exceptie afleidt waarin het belang bij het middel wordt ontkend, faalt bijgevolg deze exceptie.

14. Uit het voorgaande volgt *prima facie* dat de verwerende partij met schending van het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld door de offerte van de nv Konica Minolta Business Solutions te aanvaarden en die niet als substantieel onregelmatig te weren met toepassing van artikel 76, § 1, derde lid, en § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. In het geval de verwerende partij zodoende had gehandeld, dan verkrijgt de verzoekende partij 86,61/100 volgens de simulatie die zij hanteert en die niet wordt tegengesproken door de verwerende partij met toepassing van de voornoemde correctie en de gekozen inschrijver 86,16/100.

Hiermee is tevens duidelijk dat de verzoekende partij belang heeft bij het eerste onderdeel van het tweede middel.

VI. Besluit

15. Het eerste onderdeel van het tweede middel en het eerste middel zijn in de besproken mate ernstig.

16. Voor zover de verzoekende partij tevens de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij als voorwerp van de vordering heeft aangemerkt, wordt in het verzoekschrift niet uiteengezet welke bijzondere omstandigheden daartoe zouden moeten leiden.

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

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Kontich van 28 mei 2019, waarbij de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp “huren en onderhouden van MFP’s” aan de nv Ricoh Belgium wordt gegund.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juli 2019,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest