

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 203.723 van 6 mei 2010
in de zaak A. 186.881/XII-5326**

In zake: de NV PRO-EVENTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Gheysens
kantoor houdend te Wevelgem
Lode de Boningestraat 39
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BRUGGE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Van Oyen
kantoor houdend te Sint-Andries Brugge
Gistelse Steenweg 462
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 januari 2008, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge van 9 november 2007, waarbij de aankoop van Toners voor HP Color Laserjet 3800dn wordt toegewezen aan nv Systemat.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 januari 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Mathieu Malfait, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Frank Van Oyen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de aankoop van “een jaarvoorraad toners voor de kleurlasers HP 3800dn”. Het college van burgemeester en schepenen besluit daartoe op 24 augustus 2007.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en het Europees Publicatieblad van 29 augustus 2007 en wordt geraamd op 247.500 euro, btw niet inbegrepen. In de aankondiging wordt tevens vermeld dat varianten niet worden geaccepteerd.

3.2. In het bestek worden de technische vereisten en inhoud van de opdracht als volgt omschreven:

“Situering:

Stad Brugge beschikt over een 200tal kleurenlaserprinter[s] HP Color Laserjet 3800dn. Voor deze printers dient een jaarvoorraad van toners (zwart, yellow, magenta en cyaan) aangekocht te worden.

Voorwerp:

Openbare aanbesteding voor het leveren van toners voor kleurenlaserprinters:

HP Color Laserjet 3800dn		Raming 1j
Supplies	benaming	Aantal
zwart	Q6470A	800
cyaan	Q7581A	500

geel	Q7582A	500
magenta	Q7583A	500

In het bestek wordt tevens vermeld dat het enige gunnings-criterium de prijs is en dat de aanbieder zijn beste prijs dient op te geven voor de gevraagde producten.

3.3. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 22 oktober 2007. Negen inschrijvers dienen offertes in.

De verzoekende partij blijkt zowel toners van het merk Emstar te hebben aangeboden voor een bedrag van 191.331,25 euro als toners van het merk HP voor een bedrag van 259.531,69 euro. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen blijkt dat de offerte van de verzoekende partij met de toners van het merk Emstar de laagste is.

3.4. In het gunningsverslag wordt vervolgens voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de nv Systemat die met 240.561,31 euro de laagste bieding heeft gedaan voor de levering van toners van het merk HP. Dit voorstel wordt als volgt gemotiveerd:

“In het bestek werd verwezen naar de originele HP-cartridges (productnr. bij HP).

Bij de aankoop van de A4 kleurlasers eind 2006 werd bij de keuze tussen de aangeboden printers de nadruk gelegd op een goede printkwaliteit. We willen deze goede printkwaliteit behouden door de originele HP-cartridges te gebruiken. Op de website van de goedkoopste aanbieder van compatibele cartridges staat letterlijk: Het handelt hier over compatibele producten waarvan de werking licht kan verschillen van het origineel.

Bij de publicatie werd aangegeven dat alternatieve aanbiedingen niet toegelaten waren. Er waren toch enkele aanbieders die zowel de gevraagde als alternatieve cartridges aanboden.

Alhoewel bij het gebruik van compatibele cartridges de 3 jaar garantie van de HP-printer zelf niet in het gedrang komt, tenzij de compatibele cartridge de oorzaak van het probleem is, betekent dit ook een tweede partij naast HP waarmee moet rekening worden gehouden in het geval dat zich toch een storing voordoet. De discussie of deze storing al dan niet aan de tonercartridge of aan de printer ligt, willen we vermijden door te opteren voor de originele HP-tonercartridges. De garantie van de compatibele cartridge fabricant bedraagt ook slechts 2 jaar”.

3.5. Op 9 november 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht toe te wijzen aan de nv Systemat voor een totaalbedrag van 240.561,31 euro, btw inbegrepen. Dit is de bestreden beslissing.

Bij brief van 21 november 2007 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht niet aan haar werd toegewezen. Bij deze brief is een afschrift van het gunningsverslag gevoegd.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 27 november 2007 dient de verzoekende partij een bezwaar in bij de verwerende partij. Met een brief van diezelfde datum legt zij een klacht neer bij de toezichthoudende overheid.

3.7. De verwerende partij rechtvaardigt haar beslissing in een brief van 14 januari 2008 als volgt ten aanzien van de verzoekende partij en de toezichthoudende overheid:

“Dossier CBS53715-0733 (gunning) en CBS49838-0733 (ontwerp)
Besteksbepalingen inzake originele toners - verantwoording

Bij de invoering van de nieuwe huisstijl bij de stad Brugge werd geopteerd voor kwaliteitsvolle afdrukken in kleur, die het imago van de stad ten goede komen. Om dit te realiseren werd overgegaan tot de aankoop van een 200-tal kleurlaserprinters. Bij de keuze van de printers was naast de prijs ook de afdrukkwaliteit een bepalend element in de keuze.

Er werd in het bestek een full omnium onderhoudscontract voor een periode van 3 jaar gevraagd.

Uiteindelijk was het beste aanbod een HP type 3800DTN.

In de garantiebepalingen voor de HP printers is voorzien dat de kosten voor herstel van beschadigingen aan de printers veroorzaakt door het gebruik van niet originele onderdelen buiten de garantie vallen.

Gezien de vereiste bedrijfszekerheid en om alle mogelijke discussies over de oorzaak van defecten te vermijden werd geopteerd voor originele toners, dit overeenkomstig artikel 85 KB 8.01.1996 alinea 1 in fine ‘tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht’. Dit is hier onbetwistbaar het geval.

Daarnaast voldoen de HP toners aan de ISO/IEC 19752 standaard voor de opbrengst van tonercartridges. Er is volgens ons geen zekerheid dat een compatibele cartridge eenzelfde paginaopbrengst zal hebben als de cartridges die conform de ISO standaard getest werden.

In het bestek waren geen varianten gevraagd, noch toegestaan.

Toch dient de NV Pro-Events 2 offertes in, 1 voor de originele toners, 1 voor compatibele.

In het PV van opening van de aanbiedingen zijn geen opmerkingen van de NV Pro-Events te vinden, de firma was aanwezig op de openingszitting.

De offerte van NV Pro-Events met de compatibele toners voldoet niet aan de technische bepalingen van het bestek, motivering zie hoger.
De offerte van NV Pro-Events met de originele toners is niet de goedkoopste die voldoet aan de besteksbe­palingen”.

3.8. Bij brief van 2 april 2008 deelt de toezichthoudende overheid aan de verwerende partij mee dat zij na onderzoek tot het besluit komt dat “een toezichtsmaatregel zich niet opdringt”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord een exceptie op. De verzoekende partij heeft volgens haar geen regelmatige inschrijving ingediend en geeft dan ook geen blijk van het rechtens vereiste belang.

De verwerende partij betoogt daartoe dat varianten niet waren opgelegd of toegestaan. Aangezien de verzoekende partij twee offertes heeft ingediend, heeft zij volgens de verwerende partij gehandeld in strijd met artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken, dat bepaalt dat iedere inschrijver slechts één offerte mag indienen per opdracht. Bijgevolg dient, zelfs indien de offerte van de verzoekende partij voor de originele HP toners de laagste zou zijn geweest, wat overigens niet het geval is, haar inschrijving alsnog als onregelmatig te worden beschouwd.

4.2. In haar laatste memorie handhaaft de verwerende partij de exceptie.

Bespreking

4.3. Artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken bepaalt dat, afgezien van eventuele varianten, iedere inschrijver slechts één offerte mag indienen per opdracht.

Wanneer zowel de basisofferte als de ingediende variante volledig beantwoorden aan de technische vereisten van het bestek, moet worden aangenomen dat in feite een tweede basisofferte werd ingediend en dat aldus beide offertes onregelmatig zijn.

Het bestek voorziet te dezen bovendien niet in facultatieve of verplichte varianten. In de aankondiging wordt daarentegen uitdrukkelijk vermeld dat varianten niet worden geaccepteerd.

Door twee offertes in te dienen, heeft de verzoekende partij dan ook gehandeld in strijd met artikel 103 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, zodat haar beide offertes in principe als onregelmatig dienden te worden beschouwd. Dit neemt echter niet weg dat een onregelmatige inschrijver wel belang heeft bij het bestrijden van de toewijzing van een opdracht aan een andere inschrijver, wanneer hij aantoont dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kan worden toegewezen. Te dezen voert de verzoekende partij zulks aan in haar tweede middel, onder verwijzing naar een vermeende onrechtmatigheid van het bestek. In tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij daaromtrent in haar laatste memorie betoogt, kan ook deze laatste omstandigheid tot het betrokken belang leiden, en niet enkel de onregelmatigheid van andere inschrijvers.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

Tweede middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij put het tweede middel uit de “schending van artikel 85 van het K.B. dd. 08.01.1996”.

Zij voert aan dat zowel het bestek als de bestreden toewijzingsbeslissing van 9 november 2007 strijdig zijn met artikel 85 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996. Zij wijst erop dat het bestek voor elk van de gevraagde toners het productnummer van HP vermeldt. Deze merk- en typeaanduiding gaat niet gepaard met de vermelding “of daarmee

overeenstemmend”. Bovendien zou de merk- of typeaanduiding te dezen niet nodig zijn om het voorwerp te specificeren omdat het perfect mogelijk zou zijn door dit te omschrijven als “toners voor HP Color Laserjet 3800dn: 800 exemplaren zwart, 500 exemplaren cyaan, 500 exemplaren geel en 500 exemplaren magenta”.

De redenen die de verwerende partij inroept om de opdracht niet aan de verzoekende partij toe te wijzen zijn volgens de verzoekende partij om de volgende redenen “kennelijk onwettig en onjuist”:

- het is onwettig om in een openbare aanbesteding één of meerdere producten of ondernemingen te bevoordelen of uit te schakelen door de opname van verboden technische specificaties, die verwijzen naar herkomst, merk of makelij;
- de vermelding op de website van de verzoekende partij dat het zou gaan om compatibele producten waarvan de werking licht kan verschillen van het origineel heeft geen betrekking op de producten van het merk Emstar die zij heeft aangeboden, die perfect compatibel zijn met de HP Color Laserjet 3800dn want speciaal voor deze printers ontworpen. Bovendien voldoen zij aan de DIN 33870 norm en gebeurt de productie ervan onder ISO 9001/2000 certificaat;
- doordat de aankondiging en het bestek (impliciet) aangeven dat “alternatieven” niet zijn toegelaten, is de wet eveneens geschonden;
- in tegenstelling tot wat de bestreden beslissing vermeldt, is de garantietermijn voor de door de verzoekende partij voorgestelde toners van het merk Emstar dubbel zo lang als de garantietermijn voor de toners van het merk HP, met name twee jaar in plaats van één jaar.

6. De verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord in de eerste plaats op dat het verbod van artikel 85 van het voornoemde koninklijk besluit slechts geldt “tenzij deze technische specificaties ‘onontbeerlijk’ zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht”.

Volgens haar rijst de vraag of een openbaar bestuur het recht heeft om originele toners te gebruiken voor de printers die zij ter beschikking heeft.

Te dezen was de kwestieuze vermelding in de technische specificaties wel degelijk “onontbeerlijk” aangezien deze specificatie de enige was:

- met zekerheid omtrent de printkwaliteit,
- met zekerheid omtrent het aantal geprinte pagina’s per cartridge,
- zonder moeilijkheden omtrent de garantiebepalingen.

Zij wijst er op dat een namaakproduct altijd goedkoper is dan een origineel product, wat ook in dit geval door de inschrijvingsprijzen wordt bevestigd. Het prijsverschil zit volgens haar steeds “in een kwaliteitsverschil of een volumeverschil”.

Bij de aankoop van de kleurenlaserprinters werd bij de keuze van het model van printer de nadruk gelegd op een goede printkwaliteit. De technische specificaties van het voorwerp van de huidige opdracht zijn volgens haar onontbeerlijk in de zin van het voormelde artikel 85 om dezelfde printkwaliteit te behouden en zekerheid te hebben omtrent het aantal geprinte pagina's per toner.

Het betreft volgens de verwerende partij ook geenszins een bijkomend gunningscriterium, doch louter de omschrijving van het voorwerp van de aanbesteding.

Voorts wijst zij erop dat de verzoekende partij ten onrechte verwijst naar het ISO 9001/2000 certificaat omdat dit geen uitstaans heeft met de kwaliteit van het geleverde product. Ook de DIN 33870 norm waar de verzoekende partij naar verwijst, betreft slechts een minimumnorm en geeft geen indicaties over gelijke printkwaliteit en printvolume. De originele HP-toners worden volgens haar getest volgens de veel strengere ISO/IEC 19752 standaard. De opbrengst die via andere methoden is gemeten is niet vergelijkbaar met die welke bepaald zijn volgens deze standaard. De verzoekende partij deelt evenwel geen cartridgeopbrengst mee gemeten volgens deze methode.

Het voorwerp van de huidige opdracht betreft volgens de verwerende partij ook slechts een toebehoren bij haar “kwalitatief hoogstaande printers”. De garantiebepalingen in het onderhoudscontract van de fabrikant bepalen dat de kosten voor het herstel van beschadigingen veroorzaakt door het gebruik van niet originele onderdelen buiten de garantie vallen. Ook ingevolge deze garantiebeperking is de technische specificatie volgens de verwerende partij onontbeerlijk ten opzichte van het voorwerp van de opdracht.

Bovendien geldt het verbod van artikel 85 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 enkel indien de specificaties van die aard zijn dat bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld. De verwerende partij wijst er op dat de verzoekende partij geenszins als onderneming werd

uitgeschakeld en integendeel twee offertes heeft ingediend. Alle verdelers van de toners die het voorwerp uitmaakten van de aanbesteding konden op gelijke voet hun offertes indienen en hun prijs bepalen door toepassing van een korting op de meest recent gepubliceerde “end user”-prijzen of aan de hand van marges op de dealerprijzen.

Beoordeling

7. Het voornoemde artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidde als volgt ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing:

“Technische specificaties die produkten vermelden van een bepaalde makelij of herkomst of bijzondere werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, mogen niet gebruikt worden tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht.

Het is met name verboden merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie aan te duiden. Een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding ‘of daarmee overeenstemmend’ is evenwel toegestaan 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”.

Deze bepaling bevat twee uitzonderingen op het verbod om te verwijzen naar merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie. Dergelijke vermeldingen zijn toelaatbaar wanneer zij “onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht” of “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”. In dat laatste geval moet de vermelding vergezeld gaan van de woorden “of daarmee overeenstemmend”.

Bovendien geldt het verbod slechts in de mate dat een verwijzing bepaalde producten of ondernemingen begunstigt of uitschakelt. De aanbestedende overheid dient dan wel absolute zekerheid te hebben over het feit dat er geen alternatieve producten of procédés bestaan, hetgeen in de praktijk niet evident is.

8. Over de feitelijke grondslag van het middel bestaat geen betwisting. Het toepasselijke bestek vereist “Toners HP Color Laserjet 3800dn” en

vermeldt voor elk van de gevraagde toners het productnummer van het merk van deze fabrikant van de printers. Overeenkomstig het bestek zijn aldus enkel de originele HP-cartridges toelaatbaar.

9. De verwerende partij beroept zich te dezen enkel op de eerste uitzonderingsgrond van het voormelde artikel 85 en meent dat de technische specificaties, namelijk de verwijzing naar de originele cartridges van het merk HP, onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht gezien deze specificatie de enige zou zijn met zekerheid omtrent de printkwaliteit, met zekerheid omtrent het aantal geprinte pagina's per cartridge en zonder moeilijkheden omtrent de garantiebepalingen.

Dit standpunt kan om de volgende redenen niet worden aanvaard.

In de eerste plaats valt op te merken dat noch het bestek zelf, noch de voormelde beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 24 augustus 2007 een verantwoording bevat waarom het gebruik van de originele HP cartridges onontbeerlijk of gerechtvaardigd zou zijn voor de werking van de kleurenlaserprinters omschreven in het voorwerp van de opdracht. Het is pas in het gunningsverslag dat wordt verwezen naar het feit dat men een goede printkwaliteit wenst te behouden door de originele HP-cartridges te gebruiken en dat men discussies inzake de garantie wenst te vermijden. In het kader van haar rechtvaardiging ten aanzien van de toezichthoudende overheid wijst de verwerende partij bijkomend op het feit dat er geen zekerheid over zou bestaan dat een compatibele cartridge eenzelfde paginaopbrengst zal hebben. Dit is echter een *a posteriori* verantwoording en dienvolgens laattijdig.

Wat de moeilijkheden omtrent de garantiebepalingen van de printers betreft, valt bovendien op te merken dat de verwerende partij in het gunningsverslag zelf erkent dat compatibele cartridges kunnen worden gebruikt in de betrokken printers en dat de 3 jaar garantie van de fabrikant hierdoor niet in het gedrang komt. De bekommernis van de verwerende partij om eventuele discussies met een tweede partij naast HP te vermijden in geval van storing, is niet van aard om te besluiten dat het vereisen van de originele HP-cartridges in het bestek onontbeerlijk of gerechtvaardigd is ten opzichte van het voorwerp van de opdracht.

Daarnaast meent de verwerende partij nog dat de originele toners onontbeerlijk zouden zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht gezien de originele toners de enige zouden zijn met zekerheid omtrent de printkwaliteit en het aantal geprinte pagina's per cartridge. Daargelaten de vraag of er effectief een dergelijk kwaliteitsverschil bestaat tussen de originele toners en de toners van het merk Emstar - die volgens de verzoekende partij compatibel zijn met de HP Color Laserjet 3800dn en speciaal voor deze printers werden ontworpen - valt op te merken dat de verwerende partij geenszins de plicht heeft om met goedkopere "namaakproducten" die mogelijk van mindere kwaliteit zijn te werken. Enerzijds beschikte zij immers over de mogelijkheid om in haar technische specificaties te verwijzen naar normen of prestatie-eisen en functionele eisen of om, bij wijze van uitzondering, wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk was, de verwijzing naar het merk te laten volgen door de vermelding "of daarmee overeenstemmend". Anderzijds is zij er niet toe gehouden om te kiezen voor de gunningswijze van de openbare aanbesteding, waarbij de prijs het enige gunningscriterium is. Het staat haar daarentegen vrij om te kiezen voor de procedure van de algemene offerteaanvraag, die toestaat om ook andere gunningscriteria die veeleer betrekking hebben op de kwaliteit van het product in aanmerking te nemen. De verwerende partij heeft echter van geen van deze mogelijkheden gebruik gemaakt.

10. Zoals hoger reeds werd vastgesteld, geldt het verbod van artikel 85 slechts in de mate dat de verwijzing bepaalde producten of ondernemingen begunstigt of uitschakelt. Hierbij dient te worden benadrukt dat het volstaat dat bepaalde ondernemingen worden begunstigd opdat van een schending van het meervermelde artikel 85 sprake zou zijn.

Het lijkt te dezen geen twijfel dat de expliciete verwijzing in het bestek naar toners van het merk HP de producenten en verdelers van toners van het merk HP begunstigt. Bovendien wordt hierdoor elk ander product, zoals onder meer de toners van het merk Emstar, uitgesloten. Uit het gunningsverslag blijkt overigens dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij en van andere inschrijvers voor wat betreft compatibele producten juist niet heeft aanvaard.

Het bestek blijkt, wat de in het geding zijnde specificatie betreft, te zijn vastgelegd in weerwil van het verbod van het meervernoemde artikel 85. Deze onwettigheid van het bestek tast de uiteindelijke toewijzingsbeslissing aan.

Het tweede middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 9 november 2007 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge waarbij wordt beslist om de opdracht voor de levering van een jaarvoorraad toners voor kleurenlaserprinters type HP Laserjet 3800dn toe te wijzen aan de nv Systemat voor een totaalbedrag van 240.561,31 euro, btw inbegrepen.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 mei 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest