RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.876 van 20 december 2012
in de zaak A. 207.093/XII-7149

In zake: de NV CANON BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean Van den Bergh
kantoor houdend te 1700 Dilbeek
Kaudenaardestraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE BRASSCHAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 november 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing d.d. 29 oktober 2012 om de overheidsopdracht voor 'Huur digitale afdrukapparaten ten behoeve van gemeente, OCMW en politiezone Brasschaat' te gunnen aan […] de nv Ricoh".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 december 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Annelies Verlinden en Matthias Stinissen, die verschijnen 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. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp 'Huur digitale afdrukapparaten gemeente, OCMW en politiezone Brasschaat'. Als gunningswijze wordt gekozen voor de algemene offerteaanvraag.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek met nummer 2012-179. De uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 1.113.214,99 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 mei 2012 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 juni 2012.

3.3. In het bestek wordt bepaald dat de opdracht wordt beschouwd als een opdracht voor een globale prijs.

3.4. Het bestek bepaalt aangaande het gunningscriterium 'prijs' ook nog het volgende:

Nr	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	60
	Wijze van prijsbepaling De levering en installatie van de toestellen (incl. software) gebeurt tegen globale prijs, inclusief alle kosten gepaard gaande met de installatie. Geen extra kosten zullen laten aangerekend worden als meerwerken. De kosten voor verpakking, transport, verzekering, beschikbaarheid der bronprogramma's en documentatie moeten in de prijs begrepen zijn. De BTW moet afzonderlijk opgegeven worden. De opdracht wordt uitgevoerd tegen forfaitaire prijzen. De prijsopgave voor de toestellen dient als volgt te gebeuren: - globale all-in huurprijs voor de digitale toestellen volgens de technische bepalingen (zie bijlage 'overzicht toestellen en volumes') - omnium onderhoudscontract: technische bijstand en onderhoud op basis van een geraamd kopievolume van 8.704.680 zwart/wit – en 870.240 kleurenkopieën per jaar (zie bijlage 'inventaris') - prijs per kopie boven en onder het hierboven gespecificeerde aantal kopieën per jaar. De opgegeven prijzen dienen onveranderlijk te gelden zolang de opdracht loopt. In de all-in huurprijs en het omnium-onderhoudscontract zijn inbegrepen: - levering, plaatsing en inwerkingstelling van het toestel - installatie van alle drivers op zowel het cliënt als serverniveau (maximum tot 5 clients per nieuw geleverd toestel); inclusief installatie fax via het LAN - vorming en opleiding van de gebruikers - de kosten van de documentatie - een Nederlandstalige gebruiksaanwijzing m.b.t. de werking, gebruikswijze, inspectie, onderhoud en veiligheidsvoorzieningen voor het toestel - alle onderhouds- en herstellingskosten met inbegrip van de levering van wisselstukken, de uurlonen en verplaatsingskosten - de tol-, invoer- en accijnsrechten en milieutaxen (recupel) - de toelevering van alle nodige verbruiksproducten inclusief toner - terugname wisselstukken, verpakkingen, gebruikte verbruiksgoederen, … - alle andere kosten verbonden aan de levering - ophaling toestel bij einde van de opdracht - reprobelheffing - nietjes - upgrade aangeboden software - een verzekering 'alle risico's elektronica' incl. externe risico's zoals brand, diefstal, kortsluitingen, eigen schade. In deze prijs is niet inbegrepen: - papier	

3.5. Als bijlage C bij het bestek is een inventaris opgenomen die moet worden ingevuld:

Prijs per zwart/wit afdruk (excl. btw)		EUR
Prijs per kleur afdruk (excl.btw)		EUR
Prijs per maand (725.390 zwart/wit afdrukken)		EUR
Prijs per maand (72.520 kleur afdrukken)		EUR
Prijs per jaar (8.704.680 zwart/wit afdrukken)		EUR
Prijs per jaar (870.240 kleur afdrukken)		EUR
BTW		EUR
Totaal prijs op jaarbasis, inclusief btw		EUR

Prijs per afdruk voor volume boven 8.704.680 zwart/wit afdrukken per jaar (excl. btw)		EUR
Prijs per afdruk voor volume boven 870.240 kleur afdrukken per jaar (excl. btw)		EUR

Minprijs indien reëel afdrukvolume op jaarbasis lager blijkt dan 8.704.680 (per zwart/wit afdruk, excl. btw)		EUR
Minprijs indien reëel afdrukvolume op jaarbasis lager blijkt dan 870.240 (per kleur afdruk, excl. btw)		EUR

3.6. In de vragen en antwoorden bij het bestek is bij nr. 24 het volgende te lezen:

> "Wat het lot betreft MFC1 zijn er 25 toestellen opgegeven en zijn er volgens ons 26 toestellen te voorzien. Ook moet er hier een lade extra voorzien worden.
>
> → in de 'Opgave van de aantallen' was op blz. 28 een toestel dubbel voorzien, nl.:
> Vesalius – bureel kok (keuken)
> Vesalius keuken
>
> Het toestel 'Vesalius – bureel kok (keuken)' valt weg, evenals de bijhorende optie 'MFC1.3. lade 250'.
>
> Er zijn dus in totaal 25 toestellen MFC1 te leveren".

3.7. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 24 juli 2012. Er worden vijf offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij en de nv Ricoh.

3.8. Wat betreft het gunningscriterium ‘prijs’ is in het gunningsverslag het volgende te lezen:

> “6.1 Prijs (60 punten)
> Formule puntenberekening: <laagste prijs> / <prijs inschrijver> x 60
>
> Aangezien 1 aanbieder lagere prijzen aanbiedt voor jaar 6 en 7 van de duur van de overeenkomst, wordt voor een objectieve prijsvergelijking de totale actuele waarde voor de hele looptijd van het contract berekend, rekening houdend met een jaarlijkse inflatie van 3 %.
>
> Dit puntenresultaat wordt afgerond op 1 cijfer na de komma.

	Prijs per z/w afdruk (excl. btw)	Prijs per kleur afdruk (excl. btw)
Itec	0,0115555	0,035000
Ricoh	0,0104000	0,039300
Canon	0,0113000	0,039000
Konica Minolta	0,0100320	0,046832
Océ	0,0121900	0,048000

	Totaal actuele waarde (incl. btw)	Punten
Itec	987.906,69	50,0
Ricoh	823.808,86	60,0
Canon	997.387,33	49,6
Konica Minolta	965.560,56	51,2
Océ	1.114.826,27	44,3

> Opmerkingen:
>
> - Itec: geen opmerkingen
> - Ricoh:
>   - In de inventaris wordt een aparte totale jaarprijs gegeven voor de jaren 1-5 en jaren 6-7. De totaalprijs voor de jaren 1-5 omvat zowel de huur als de prijs per afdruk, voor de jaren 6-7 omvat deze alleen de prijs per afdruk.
>   - Wat betreft de inventaris werden de afdrukaantallen terug aangepast naar de oorspronkelijke en werden de bedragen hiernaar herrekend om een correcte vergelijking te kunnen maken.
> - Canon:
>   - Afrondingsverschillen bij vermenigvuldiging eenheidsprijs x aantal
> - Konica Minolta: geen opmerkingen
> - Océ: geen opmerkingen”.

3.9. Bij beslissing van 5 november 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Brasschaat wordt de opdracht gegund aan de nv Ricoh. Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Bij ter post aangetekende brief van 7 november 2012 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

4.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 'tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Exceptie

5. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het middel .

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien het middel ernstig zou zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

Uiteenzetting van het middel

6. In het enige middel voert verzoekende partij de schending aan van "artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen [en] van artikel 110, § 2, juncto artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken".

Verzoekende partij brengt daartoe, in een niet nader gestructureerde toelichting, grieven aan. Na citaat van besteksbepalingen betreffende het prijscriterium en van de inventaris doet verzoekende partij aldus gelden dat de prijsopgave van de nv Ricoh klemt met zowel de besteksbepalingen als de inventaris.

De nv Ricoh wijzigde in de eerste plaats de basisafdrukaantallen in de inventaris. Verwerende partij herrekende weliswaar de door nv Ricoh opgegeven prijzen naar deze basisafdrukaantallen, doch deze aldus herrekende prijzen zijn geenszins de prijzen waartoe nv Ricoh zich verbond. Zij verbond zich tot andere prijzen voor andere afdrukaantallen.

De nv Ricoh gaf voorts niet dezelfde prijzen voor elk jaar gedurende de looptijd van het contract op. Zij spreidde daarentegen de investeringskosten van de machines over een periode van vijf in plaats van zeven

jaar, wat haar in ieder geval al het voordeel opleverde twee jaar minder financiering ter beschikking van verwerende partij te moeten stellen en bijgevolg gedurende twee jaar geen interesten te moeten aanrekenen.

Aangezien de prijsvergelijking kan worden bemoeilijkt indien inschrijvers niet dezelfde prijsbepaling volgen, zijn afwijkingen daaromtrent als substantiële onregelmatigheden te beschouwen. In plaats van de offerte van de nv Ricoh als substantieel onregelmatig uit de gunningsprocedure te sluiten, berekende verwerende partij de totale actuele waarde van de offertes voor de hele looptijd van het contract, en herrekende zij de prijzen van de nv Ricoh naar de opgegeven basisafdrukaantallen, louter en uitsluitend met als doel de onregelmatigheden in de prijsopgave van belanghebbende partij te verhelpen. Aldus staat vast dat de opdracht niet aan de meest voordelige regelmatige inschrijver werd gegund.

Beoordeling

7.1. Verzoekende partij stelt in een eerste grief dat de nv Ricoh de afdrukaantallen in de inventaris wijzigde, waardoor zij zich tot andere prijzen voor andere afdrukaantallen verbond.

7.2. De nv Ricoh heeft bij het invullen van de inventaris echter rekening gehouden met de vaststelling in de vragen en antwoorden dat er een toestel te veel was opgegeven. Zij is dan ook, wat betreft de prijs per maand, uitgegaan van 724.540 afdrukken in zwart-wit en 71.770 afdrukken in kleur, en wat betreft de prijs per jaar van 8.694.480 afdrukken in zwart-wit en 861.240 afdrukken in kleur.

7.3. Verzoekende partij ontkent niet dat het document getiteld ‘Vragen en Antwoorden’ door verwerende partij na de bekendmaking van de opdracht is verspreid. In vraag en antwoord nr. 24 wordt bepaald dat er een dubbeltelling was gebeurd, waardoor de oorspronkelijke inventaris blijkbaar niet meer in overeenstemming was met de behoeften van de aanbestedende overheid. Het is duidelijk welke gegevens de nv Ricoh heeft gebruikt om tot de door haar gebruikte voormelde totaalprijzen te komen: het betreft telkens 850 afdrukken in zwart-wit en 250 afdrukken in kleur minder, omdat één toestel te veel was

opgegeven. Met een toepassing van de regel van drie heeft verwerende partij de prijzen teruggebracht tot de in de inventaris opgenomen aantallen.

Het lijkt dan ook dat de nv Ricoh – in tegenstelling tot hetgeen verzoekende partij betoogt - zich verbond tot de hoeveelheden, zoals opgenomen in de inventaris en gewijzigd op grond van vraag en antwoord nr. 24. Aldus lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de nv Ricoh daardoor een onregelmatige offerte zou hebben ingediend, nu zij zich juist heeft laten leiden door het bericht dat de aanbestedende overheid zelf heeft verspreid.

Verwerende partij heeft echter, in het raam van een gelijke behandeling van de inschrijvers, beslist om voor de vergelijking terug te grijpen naar de hoeveelheden vermeld in de inventarissen, zonder rekening te houden met de later verspreide vragen en antwoorden. Zo had onder meer verzoekende partij haar inventarisformulier niet aangepast aan voormeld bericht. Die handelwijze van verwerende partij lijkt alvast niet tot onzekerheid over de in de inventaris vermelde globale prijs te hebben kunnen leiden, noch negatief te mogen afstralen op de regelmatigheid van de offerte van nv Ricoh.

8.1. Wat de tweede grief van verzoekende partij betreft, blijkt uit de offerte van de nv Ricoh dat maandelijkse huurprijzen eerst worden berekend voor een totale huurperiode van 60 maanden. In het gunningsverslag wordt dan ook geconcludeerd: “In de inventaris wordt een aparte totale jaarprijs gegeven voor de jaren 1-5 en jaren 6-7. De totaalprijs voor jaren 1-5 omvat zowel de huur als de prijs per afdruk, voor jaren 6-7 omvat deze alleen de prijs per afdruk”.

8.2. Verzoekende partij doet gelden dat de nv Ricoh “afwijkt van de besteksbepalingen inzake het bepalen van de prijs” en dat de “inventaris bevestig[t] […] dat voor elk jaar dat de opdracht loopt de prijzen identiek dienen te zijn”.

8.3. Te dezen betreft het geding echter een opdracht voor een globale prijs. Voor het geheel van de prestaties, zoals oorspronkelijk opgenomen in de inventaris, is de nv Ricoh met een globale prijs van 914.369,05 euro, btw

inbegrepen, goedkoper dan verzoekende partij die een globale prijs van 926.115,68 euro, btw niet inbegrepen, heeft.

Verzoekende partij lijkt niet aan te tonen dat het loutere feit dat de nv Ricoh ervoor heeft geopteerd om in de inventaris te verduidelijken dat zij haar apparaten over een periode van vijf jaar afschrijft in plaats van zeven jaar, wat de duur is van de opdracht, een afwijking is van de besteksbepalingen inzake het bepalen van de prijs, aangezien te dezen een opdracht voor een globale prijs in het geding is. Het gegeven dat in de inventaris prijzen per afdruk, per maand en per jaar alsook een totaalprijs op jaarbasis worden verzocht, kan bovendien op het eerste gezicht niet zomaar worden gelijkgesteld met een "bevestiging" dat de prijzen per jaar identiek dienen te zijn.

9. Op het eerste gezicht is dan ook niet aangetoond dat de prijsvergelijking tussen de offerte van verzoekende partij en die van de nv Ricoh werd bemoeilijkt. Bovendien heeft verzoekende partij ook de beoordelings-methode, wat betreft de prijsvergelijking, waarbij de prijzen van de inschrijvers werden berekend naar hun actuele waarde, niet bekritiseerd.

10. Gelet op het voorgaande lijkt dan ook niet aangetoond dat verwerende partij in strijd met de door verzoekende partij aangehaalde wets-bepalingen heeft gehandeld door de offerte van de nv Ricoh als regelmatig te beschouwen.

11. Aldus is het middel niet ernstig.

VI. Besluit

12. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

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 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 december 2012, 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**