RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.677 van 10 december 2012
in de zaak A. 206.954/XII-7135

In zake: de NV KONICA-MINOLTA BUSINESS SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Burssens
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2A bus 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VLAAMSE LANDMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 november 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van de Vlaamse Landmaatschappij dd. 24.10.2012 waarbij de offerte van Konica Minolta [nv] niet werd weerhouden en de opdracht tot levering van multifunctionele kopieertoestellen werd gegund aan Océ Belgium [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 5 december 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bieke Janssens, die loco advocaat Frank Burssens verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Butenaerts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 beperkte offerteaanvraag uit voor een aanneming van leveringen, in de aankondiging genaamd "[L]everen van kopieertoestellen" en kort omschreven als "het leveren, plaatsen van 22 multifunctionele printers op 7 locaties (Brugge, 2x Gent, Brussel, Herentals, Leuven en Hasselt), inclusief bijhorend onderhoud gedurende een periode van 4 jaar (tweemaal verlengbaar met 1 jaar)".

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 549.280,00 euro btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 19 juli 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 24 juli 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Na een oproep tot kandidaatstellingen worden zes ondernemingen geselecteerd om een offerte in te dienen waaronder verzoekende partij en de nv Océ Belgium.

3.4. Het bijzonder bestek “AlgemeneDiensten/Staf/2012/01” “Leveren van multifunctionele kopieertoestellen” is van toepassing.

De gunningscriteria zijn: “technische waarde van de aangeboden toestellen” (gewicht 40), “prijs” (gewicht 35) en “inhoud van het omnium-onderhoudscontract” (gewicht 25).

Het bestek vereist in artikel III.3.4. een verplichte variante van de inschrijvers gekenmerkt door een afwijkende betalingswijze.

Artikel VII.1 bevat de volgende specificaties waaraan de aangeboden toestellen moeten voldoen:

> “De opdracht omvat de levering van 22 multifunctionele print- en kopieertoestellen. De leverancier vermeldt in zijn offerte uitdrukkelijk alle functionaliteiten, ook deze boven de gevraagde basisfunctionaliteiten. Alle toestellen beschikken over de digitale technologie. (printen, kopiëren, scannen, e-mailen en faxen) De mogelijkheden die de multifunctionals hebben om documenten te archiveren dienen expliciet vermeld te worden, ook naar gebruiksgemak toe.
>
> […]
>
> De specificaties omvatten minimaal:

Aard kopie	Zwart-wit	Kleur
[…]	[…]	[…]
Fiery	Minstens 4 Gb	Minstens 4 Gb
[…]	[…]	[…]

> […]”.

Verzoekende partij omschrijft een “fiery” als een “specifiek controller-systeem dat ervoor zorgt dat kleuren van een digitaal document letterlijk worden omgezet in een taal die een kopieertoestel kan begrijpen om een kleurpagina af te drukken”. Het gaat volgens haar om een aanvullende functie op een kopieertoestel dat pas wordt geïnstalleerd wanneer dit door de klant specifiek wordt gevraagd.

3.5. De offertes worden geopend op 16 oktober 2012. Vier van de geselecteerde ondernemingen waaronder verzoekende partij en de nv Océ Belgium dienen elk een basisofferte en een verplichte variante in.

3.6. Op 23 oktober 2012 wordt een verslag van nazicht opgesteld. Enkel de offertes van verzoekende partij en van de nv Océ Belgium worden als regelmatig beschouwd. Vervolgens worden hun basisofferte en verplichte variante getoetst aan de gunningscriteria. In de beoordeling van het gunningscriterium "technische waarde van de aangeboden toestellen" wordt onder meer verwezen naar de "fiery":

"[…]

Nr.	Naam	Motivering	Score
	Gunningscriterium nr. 1: Technische waarde van de aangeboden toestellen […]		
2	Konica Minolta Business Solutions (Belgium) nv	Om de totaalscore te bepalen werden de verschillende specificaties van de toestellen tegen elkaar afgewogen en verrekend naar quotering. Konica-Minolta schrijft voor deze opdracht in met een multifunctioneel toestel van een net iets hogere categorie als OCE wat merkbaar is in de elementen die de kracht van het toestel definiëren (kopieersnelheid, opwarmsnelheid, schaalinstellingen, tijd tot eerste kopie, lawaaihinder, processorsnelheid, RAM-geheugen, vouwcapaciteit, fiery...). Ondanks deze hogere categorie wat een belangrijk pluspunt betreft voor het toestel van Konica-Minolta, zijn er echter tevens een aantal minpunten op te merken. Het tonerreservoir is merkbaar kleiner, de capaciteit van de interne harde schijf is beperkter en het energieverbruik ligt hoger dan	34,9

		het toestel van OCE. De omrekening van A3 tot A4 ter bepaling van de kopieprijs bij Konica-Minolta wordt gerekend als 1 A3 = 2 A4.	
4	Oce-Belgium nv	Om de totaalscore te bepalen werden de verschillende specificaties van de toestellen tegen elkaar afgewogen en verrekend naar quotering. OCE schrijft voor deze opdracht in met multifunctioneel toestel van een net iets lagere categorie als Konica-Minolta wat merkbaar is in de elementen die de kracht van het toestel definiëren (kopieersnelheid, opwarmsnelheid, schaalinstellingen, tijd tot eerste kopie, lawaaihinder, processorsnelheid, RAM-geheugen, vouwcapaciteit, fiery, papiergewicht …). Ondanks deze lagere categorie zijn er echter tevens een aantal pluspunten op te merken. Het tonerreservoir is merkelijk groter, de capaciteit van de interne harde schijf is ruimer en het energieverbruik ligt lager dan het toestel van OCE. De omrekening van A3 tot A4 ter bepaling van de kopieprijs bij OCE wordt gerekend als 1 A3 = 1 A4.	33

[…]".

De volgende eindrangschikking wordt opgesteld:

"[…]

Nr.	Naam	GC1	GC 2	GC 3	Score	Prijs incl. btw*
4	Oce-Belgium nv - basisofferte	33	34,72	25	92,72	€ 317.938,20
5	Oce-Belgium nv -	33	34,71	25	92,71	€ 318.048,55

	variante					
2	Konica Minolta Business Solutions (Belgium) nv - basisofferte	34,9	28,7	25	88,6	€ 394.136,54
3	Konica Minolta Business Solutions (Belgium) nv - variante	34,9	28,66	25	88,56	€ 394.761,69

***** Nagerekende bedragen".

Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Océ Belgium als inschrijver met "de economisch meest voordelige, regelmatige offerte", tegen het nagerekend inschrijvingsbedrag van 317.938,20 euro btw inbegrepen.

3.7. Een zelfde voorstel wordt geformuleerd in een nota aan de raad van bestuur. Deze nota bevat onder meer een "analyse van de offertes op technische functionaliteiten" waarin op basis van het "gunningsverslag" wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Océ Belgium, als inschrijver met de economisch meest voordelige regelmatige offerte en waarin ter informatie een "overzicht [wordt gegeven] van de technisch specificaties en testresultaten die de regelmatige inschrijvers ter beoordeling voorleggen". In die tabel "Technische bepalingen: specificaties" wordt onder meer vermeld:

"Technische bepalingen: specificaties

Aard kopie	***Zwart-wit***			***Kleur***		
		OCE	***Konica Minolta***		***OCE***	***Konica Minolta***
[…]						
Kenmerken van de controller		***Ok***	***Ingebouwde Fiery IC-414***		***Ok***	***Ingebouwde Fiery IC-414***
[…]						
Fiery	*Minstens 4 Gb*	***2,5GB***	***2Gb systeem + 2 GB fiery***	*Minstens 4 Gb*	***2,5GB***	***4GB***
[…]						

[…]".

3.8. Op 24 oktober 2012 beslist de raad van bestuur van verwerende partij om de voorliggende opdracht te gunnen aan de nv Océ Belgium:

"Besluit
De raad van bestuur beslist de opdracht voor het leveren van 22 fotokopietoestellen te gunnen aan nv Océ-Belgium […] voor de prijs van 262.758,84 euro (exclusief btw) of 317.938,20 euro (inclusief btw) en dit voor vier jaar vanaf 01.01.2013 tot en met 31.12.2016".

3.9. Met de "namens de raad van bestuur" door de voorzitter van de raad van bestuur van verwerende partij ondertekende gemotiveerde gunningsbeslissing gedateerd op 24 oktober 2012, die verwijst naar het "gunningsverslag van 23 oktober 2012" dat geheel wordt onderschreven, gunt verwerende partij de opdracht aan de nv Océ Belgium:

"Besluit

De opdracht 'Leveren van kopieertoestellen' (bestek nr. AlgemeneDiensten/STAF/2012/01) wordt gegund aan de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) inschrijver, namelijk Océ-Belgium nv, [...], tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 317.938,20 (incl. 21% btw).
Brussel, 24.10.2012
Namens de raad van bestuur
[K.V.]
Voorzitter".

3.10. Met een brief gedateerd op 25 oktober 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de "gedelegeerd bestuurder bovengenoemde opdracht aan een andere inschrijver heeft gegund". De gemotiveerde beslissing wordt bijgevoegd.

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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

5. Verzoekende partij voert 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 diensten’, van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Verwerende partij heeft deze rechtsnormen geschonden “door de overheidsopdracht te gunnen aan Océ Belgium nv hoewel de offerte van Océ Belgium nv afweek van de vooropgestelde technische specificaties en derhalve als onregelmatige offerte diende te worden geweerd”.

In de toelichting benadrukt verzoekende partij dat de technische specificaties van het bestek bepalen dat een “fiery” moet worden ingebouwd, dat het voorzien in die “fiery” een essentieel element is, dat de gekozen inschrijver niet in een “fiery” heeft voorzien in zijn toestellen en dat zijn offerte aldus afwijkt van een essentiële bestekbepaling en als onregelmatig had moeten worden beschouwd.

Verzoekende partij leidt het essentieel karakter van een “fiery” onder meer af uit het feit dat dit is vermeld als minimumvereiste in de technische specificaties van het bestek.

Dat de gekozen inschrijver niet in een “fiery” heeft voorzien in haar printertoestellen leidt verzoekende partij af uit de nota aan de raad van bestuur dat onder de kenmerken van de controller bij de toestellen van verzoekende partij wel verwijst naar een “fiery” en bij deze van de gekozen inschrijver niet.

Verder betoogt verzoekende partij dat verwerende partij minstens diende te motiveren waarom zij de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig beschouwde, hoewel deze duidelijk afweek van een essentiële bestekbepaling en dat verwerende partij het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door de offerte van de gekozen inschrijver desondanks te aanvaarden. Verzoekende partij wijst er op dat de prijzen van toestellen met een “fiery” aanzienlijk hoger zijn en doordat zij in een “fiery” heeft voorzien en de gekozen inschrijver niet, deze laatste ten onrechte hoger scoorde op het gunningscriterium “prijs”.

Beoordeling

6. Verzoekende partij voert in essentie aan dat verwerende partij ten onrechte de offerte van de gekozen inschrijver niet onregelmatig heeft verklaard aangezien de door de gekozen inschrijver voorgestelde kopieertoestellen geen “fiery” bevatten.

7. In de huidige stand van het geding mag gelet op de bewoordingen in het bestek worden aangenomen dat de specificatie “fiery” met minstens 4 GB geheugen een essentiële bestekbepaling is zodat het niet-voorstellen van kopieertoestellen met deze specificatie een substantiële onregelmatigheid lijkt te zijn.

8. Uit de als vertrouwelijk stuk neergelegde offerte van de nv Océ Belgium waarop de Raad vermag acht te slaan, lijkt te mogen worden afgeleid dat de nv Océ Belgium uitdrukkelijk bevestigt dat haar aangeboden toestellen met alle minimaal vereiste functionaliteiten standaard zijn uitgerust, wat de “fiery” lijkt te impliceren; uitdrukkelijk wordt in deze offerte ook verwezen naar een “fiery” 2,5 GB.

In die bevestiging lijkt verwerende partij grond te kunnen vinden voor haar vermeldingen over een “fiery” bij de offerte van de nv Océ Belgium in het nazichtsverslag en in de nota aan de raad van bestuur. Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan waarom het enkele feit dat in de tabel opgenomen in de nota aan de raad van bestuur bij de specificiteit ‘kenmerken van de controller’ alleen bij de offerte van verzoekende partij wordt vermeld “ingebouwde fiery IC-414” en bij de gekozen inschrijver niet expliciet wordt verwezen naar een “fiery” doch enkel “ok” wordt vermeld, hieraan afbreuk doet.

Aldus is tegelijk de grief dat minstens formeel gemotiveerd moest worden waarom deze afwijking niet diende te leiden tot de onregelmatigverklaring van de offerte van de gekozen inschrijver, en de beweerde ongelijke behandeling, zonder voorwerp.

9.1. Ter zitting merkt verzoekende partij op dat zij evenzeer aanklaagt dat in de nota aan de raad van bestuur er sprake is van een door de nv Océ Belgium aangeboden “fiery” van 2,5 GB daar waar het bestek als minimum 4 GB vereist.

9.2. Deze kritiek is onontvankelijk wegens niet tijdig. Verzoekende partij die bij het indienen van haar verzoekschrift beschikte over deze nota, diende op dat moment deze kritiek naar voor te brengen.

10. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

11. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 17 van het decreet van 21 december 1988 ‘houdende de oprichting van de Vlaamse Landmaatschappij’ en van artikel 522, § 2, van het Wetboek van Vennootschappen.

Zij acht deze bepalingen geschonden: “doordat de beslissing tot gunning dd. 24 oktober 2012 werd ondertekend [door de] voorzitter van de raad van bestuur van verwerende partij hoewel [deze] geen enkele bevoegdheid had om de raad van bestuur in die zin te vertegenwoordigen”.

In de toelichting merkt zij op dat in de kennisgeving van de gunningsbeslissing wordt vermeld dat de gedelegeerd bestuurder namens de raad van bestuur de beslissing zou hebben genomen. Volgens de gemotiveerde gunningsbeslissing dan weer heeft de voorzitter van de raad van bestuur de beslissing namens de raad van bestuur genomen terwijl hij als voorzitter van de raad van bestuur geen enkele bevoegdheid heeft om de raad van bestuur op dit vlak te vertegenwoordigen.

Verzoekende partij leidt dit laatste af uit de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad van een beslissing van 28 november 2007 van de

gedelegeerd bestuurder van de Vlaamse Landmaatschappij om aan de algemeen directeur van de Vlaamse Landmaatschappij de bevoegdheid te delegeren tot "gunning van de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en in te staan voor de uitvoering hiervan voor zover de raming of het goed te keuren bedrag, exclusief btw, niet hoger ligt dan 67.000 euro per opdracht". *A contrario* blijkt hieruit, aldus verzoekende partij, dat de delegatie vanwege de gedelegeerd bestuurder naar de algemeen directeur, op vlak van het nemen van gunningsbeslissingen, niet geldt in zoverre de raming of het goed te keuren bedrag van de overheidsopdracht btw niet inbegrepen lager ligt dan 67.000 euro per opdracht wat inhoudt dat de gedelegeerd bestuurder de bevoegdheid bleef behouden tot het nemen van een gunningsbeslissing namens de raad van bestuur voor overheidsopdrachten waarvan het geraamde bedrag boven de 67.000 euro werd geschat. De raming van de opdracht is *in casu* hoger dan 67.000 euro. Aldus is de gedelegeerd bestuurder van verwerende partij als enige bevoegd om de gunningsbeslissing te nemen.

Zij besluit dat "de beslissing van verwerende partij dd. 24 oktober 2012 ondertekend werd door een persoon die geenszins de bevoegdheid had om zich te vertegenwoordigen namens de raad van bestuur".

Beoordeling

12. Luidens artikel 17, § 1, van het voornoemd decreet van 21 december 1988 wordt de Vlaamse Landmaatschappij bestuurd door de raad van bestuur; de raad van bestuur is voor het bestuur van het agentschap "met de meest uitvoerige macht bekleed" en "regelt [zo] onder meer wat volgt: […] 6° hij sluit de overeenkomsten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten". Luidens artikel 17, § 3, mag de raad van bestuur, onder zijn verantwoordelijkheid, een gedeelte van de bevoegdheden waarmee hij is bekleed, overdragen aan één of meer van zijn leden of aan de gedelegeerd bestuurder en kan de gedelegeerd bestuurder, mits de raad van bestuur goedkeuring verleent, bepaalde van deze bevoegdheden overdragen aan de door hem aangewezen ambtenaren van het agentschap.

Aldus dient, behoudens delegatie, zo lijkt het, in beginsel de raad van bestuur de gunningsbeslissing te nemen.

13. In de mate dat verzoekende partij uit het door haar voorgelegde delegatiebesluit en de geraamde waarde van de opdracht afleidt dat de gedelegeerd bestuurder bevoegd bleef, en niet de algemeen directeur, om namens de raad van bestuur de gunningsbeslissing te nemen, blijkt niet dat de algemeen directeur te dezen enige beslissing heeft genomen tot gunning van de kwestieuze opdracht.

Uit het administratief dossier blijkt integendeel dat de raad van bestuur op 24 oktober 2012 zelf beslist heeft om de voorliggende opdracht te gunnen aan de nv Océ Belgium. Er wordt niet aangetoond dat de raad van bestuur daartoe niet bevoegd zou zijn.

Ten slotte, los van de vraag of de gunningsbeslissing waarin de beslissing van de raad van bestuur geformaliseerd wordt wel een aanvechtbare rechtshandeling is, toont verzoekende partij niet *prima facie* aan welk belang zij heeft bij de grief dat deze namens de raad van bestuur wordt ondertekend door de voorzitter ervan.

14.1. Ter zitting merkt verzoekende partij op dat niet is aangetoond dat de raad van bestuur de statuten van verwerende partij heeft nageleefd inzonderheid wat betreft de vereiste aanwezigheid van leden op de raad van bestuur en de vereiste meerderheid der stemmen.

14.2. Artikel 14 van de statuten van verwerende partij, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 26 mei 2011, bepaalt dat de aanwezigheid van de meerderheid van de leden noodzakelijk is opdat de beraadslaging geldig zou zijn en dat de beslissing bij meerderheid van stemmen der aanwezige leden wordt genomen.

Uit de notulen van de raad van bestuur blijkt niet dat aan deze vereisten niet is voldaan.

15. Het middel is niet ernstig.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 december 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Pierre Barra**