RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.869 van 20 december 2012
in de zaak A. 200.831/XII-6633

In zake: de BV BOMEFA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 juni 2011, strekt tot de nietigverklaring van:

> "- de beslissing uitgaande van de FOD Justitie van 26.04.2011 […] waarbij de offerte van [de bv Bomefa] in het kader van de overheidsopdracht 'Algemene offerteaanvraag betreffende het voorzien in, de levering van en de plaatsing van compact rollend archief voor het gerechtsgebouw 'QB19' te Brussel', niet wordt weerhouden […];
> - de gunningsbeslissing van de FOD Justitie van 26.04.2011 […] waarbij voorliggende overheidsopdracht wordt gegund aan Bruynzeel Filing & Storage nv".

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.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 september 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 FOD Justitie, directoraat-generaal Rechterlijke Organisatie, directie Infrastructuur & Ondersteuningsdiensten, directie Infrastructuur, schrijft een overheidsopdracht voor levering van goederen uit: “Algemene offerte-aanvraag betreffende het voorzien in, de levering van en de plaatsing van compact rollend archief voor het gerechtsgebouw QB19 te Brussel”.

Op 17 december 2010 wordt de overheidsopdracht gepubliceerd in het Europees Publicatieblad en in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

> "De opdracht bestaat in de levering en de plaatsing van compact rollend archief in de lokalen gelegen in de ondergrondse verdieping van het gerechtsgebouw te Brussel zulks in overeenstemming met de technische en functionele beschrijving, nader omschreven in deel B van dit document. Het perceel omvat 1 lokaal met 4 zones archiefruimte. De zones voor het archiefsysteem worden aangeduid met stippellijn en arcering op de plannen".

Het bestek vermeldt drie gunningscriteria, samen goed voor 100 punten:

- De prijs van het archiefsysteem (= 80 punten);
- De technische waarde (= 10 punten), verder ingedeeld in:
    - o Dikte van de epoxylaag van het legbord (= 1 punt);
    - o Dikte van de epoxylaag van het juk (= 1 punt);
    - o Toegelaten belasting van de jukken (= 4 punten);
    - o Toegelaten belasting per legbord (= 4 punten).
- De opslagcapaciteit (= 10 punten).

Bijlage IV bij het bestek is een conformiteitstabel waarin de inschrijvers dienen te verklaren of het voorgestelde materiaal al dan niet volledig beantwoordt aan de gegeven beschrijving van bepaalde aspecten, onder meer inzake afmetingen, draagvermogen en stofdichtheid.

3.3. Op de openingszitting van 11 februari 2011 worden twee offertes ingediend, namelijk door de nv Bruynzeel Storage Systems (hierna: nv Bruynzeel) en verzoekende partij.

3.4. Bij een eerste analyse van de offertes door verwerende partij worden de beide inschrijvers geselecteerd en hun beide offertes regelmatig bevonden. Bij de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria wordt aan de offerte van de nv Bruynzeel 100 punten toegekend, aan die van verzoekende partij 79,53 punten.

Op 14 maart 2011 beslist de minister van Justitie de opdracht toe te wijzen aan de nv Bruynzeel.

Deze beslissing wordt met een schrijven van dezelfde dag aan beide inschrijvers ter kennis gebracht.

3.5. Per e-mail van 22 maart 2011 vraagt verzoekende partij verwerende partij om inzage in de indelingstekening van de nv Bruynzeel om de door die laatste aangeboden opslagcapaciteit na te gaan, namelijk 7.564,52 m daar waar verzoekende partij 6.784,18 m had aangeboden.

3.6. Met een brief van 25 maart 2011 antwoordt verwerende partij dat zulke inzage niet mogelijk is in het licht van artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten'.

Tegelijk wordt evenwel aangegeven dat naar aanleiding van een eigen controle van verwerende partij enkele elementen van het dossier zijn gewijzigd, zonder evenwel de eindrangschikking te beïnvloeden. Er wordt hierbij ook aangegeven dat er een nieuwe beslissing tot toewijzing van de opdracht zal worden genomen. Dit alles wordt in deze brief als volgt verwoord:

> "Er is een klein verschil vastgesteld tussen de door Bruynzeel opgegeven netto capaciteit en de door onze diensten herberekende netto capaciteit op basis van de gegevens uit de offerte van Bruynzeel.
> In de meetstaat van Bruynzeel werd daarenboven een rekenfout vastgesteld, welke door onze diensten werd gecorrigeerd op basis van de elementen uit de offerte.
> Beide hoger vermelde elementen hebben echter geen gevolg voor de eindrangschikking.
> Niettemin gaan we het dossier terug voorleggen aan Inspectie van Financiën geaccrediteerd bij de FOD Justitie en aan de Minister van Justitie.
> De betekening van de opdracht zal bijgevolg nog niet worden uitgevoerd.
> Een nieuwe notificatie van de intentie van gunning zal u worden overgemaakt, waarna een *standstill* periode van 15 dagen zal volgen."

3.7. Op 26 april 2011 beslist de minister de opdracht toe te wijzen aan de nv Bruynzeel voor de prijs van 205.753,35 euro btw niet inbegrepen.

Hierbij wordt inzake de kwalitatieve selectie van de inschrijvers en het administratief en technisch nazicht van de offertes besloten dat er over geen enkele inschrijver of offerte enige bemerking moet worden geformuleerd.

De beide offertes worden beoordeeld in het licht van de gunningscriteria.

De offertes krijgen volgende punten:

Criterium	nv Bruynzeel	bv Bomefa
De prijs van het archiefsysteem	80	68,66
Dikte van de epoxylaag van het legbord	1	0,91
Dikte van de epoxylaag van het juk	1	0,91
Toegelaten belasting van de jukken	4	2,51
Toegelaten belasting per legbord	4	3,54
Opslagcapaciteit	10	8,97
TOTAAL	100	85,50

De gunningsbeslissing besluit dat "[u]it onderzoek is gebleken dat de offerte van Bruynzeel Filing & Storage de hoogste eindquotatie heeft behaald."

3.8. Met een brief van 26 april 2011 brengt verwerende partij verzoekende partij op de hoogte van de beslissing van de minister van Justitie waarin de opdracht niet aan haar wordt gegund. De bestreden beslissing zelf wordt als bijlage bij dit schrijven gevoegd.

3.9. Op 3 mei 2011 heeft er vervolgens -op uitdrukkelijk verzoek van verzoekende partij- een gesprek tussen verwerende partij en verzoekende partij plaats.

3.10. Met een brief van de raadsman van verzoekende partij van 20 juni 2011 wordt, gesteund op de wet van 11 april 1994 betreffende de

openbaarheid van bestuur, nogmaals om inzage in de offerte van de nv Bruynzeel verzocht.

Op 22 juni 2011 wordt aan verzoekende partij inzage verleend in een deel van de offerte van de nv Bruynzeel, evenwel met uitzondering van enkele vertrouwelijke documenten.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. Verwerende partij voert de onontvankelijkheid aan van het beroep "in zoverre gericht […] tegen de impliciete weigering" die er in wezen op zou neerkomen dat de opdracht enkel nog aan verzoekende partij mag worden gegund.

In de eerste plaats toont verzoekende partij niet aan welk bijkomend voordeel de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing haar brengt meer dan "het voordeel dat volgt uit de nietigverklaring van de beslissing waaruit ze word afgeleid, te dezen de toewijzingsbeslissing".

Voorts wijst verwerende partij erop dat diverse kritieken van verzoekende partij betrekking hebben op elementen die in het kader van een nieuwe beslissing eventueel nog kunnen worden rechtgezet; ze verhinderen aldus niet dat er alsnog aan de nv Bruynzeel zou kunnen worden toegewezen. Verwerende partij kan ook beslissen de opdracht stop te zetten.

4.2. Verzoekende partij wijst erop dat indien de Raad van State zou overgaan tot de vernietiging op basis van één van de middelen, het vast staat dat de opdracht moet worden gegund aan verzoekende partij; zij is immers als tweede regelmatige inschrijver gerangschikt.

Beoordeling

5. In beginsel staat het impliciete karakter van de weigeringsbeslissing de aanvechtbaarheid ervan niet in de weg. In zoverre echter verzoekende partij zou menen dat bij een eventuele nietigverklaring van de impliciete weigering dan van de weeromstuit voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven -te dezen de gunning- wordt die opvatting niet bijgevallen. Wat de overheid van de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing -weze ze impliciet of expliciet- op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het eventueel gegrond bevonden middel.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. 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 115, eerste lid, en 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 algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, en in ondergeschikte orde van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'.

Verzoekende partij stelt in de vier onderdelen van dit middel dat de offerte van de nv Bruynzeel substantieel onregelmatig is en verwerende partij deze dus uit de gunningsprocedure had moeten weren.

6.1. Verzoekende partij stelt op de eerste plaats dat de offerte van de nv Bruynzeel strijdt met de technische voorschriften van het bestek. De door de nv Bruynzeel opgegeven opslagcapaciteit kan niet worden gerealiseerd overeenkomstig de bij het bestek en de offerte gevoegde plannen. Verwerende partij heeft zelf opgemerkt dat de opslagcapaciteit volgens het plan dat de nv Bruynzeel bij haar offerte voegde niet overeenstemde met die vermeld in haar offerte. “Verweerster heeft dus onmogelijk kunnen controleren of de opgegeven opslagcapaciteit wel realiseerbaar was” wat het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers schendt.

Het bestek vereist dat een gedetailleerd plan van de voorgestelde installatie met vermelding van de opslagcapaciteit in lopende meter wordt gevoegd bij de offerte. Het plan van de nv Bruynzeel stemde niet overeen met de in de offerte opgegeven opslagcapaciteit; het betreft een essentiële technische specificatie zodat de offerte van de nv Bruynzeel onregelmatig diende te worden verklaard. Verwerende partij mocht deze onregelmatigheid niet zomaar herstellen.

In de nieuwe beslissing is de opslagcapaciteit aangeboden door de nv Bruynzeel door verwerende partij gereduceerd tot 7.367,93 lopende meter. Ook dit aanbod kan onmogelijk worden gerealiseerd binnen de besteks-voorwaarde dat de capaciteit dient te worden begrepen binnen de zones voor archiefsystemen aangeduid met stippellijn en arcering op de plannen, wat volgens verzoekende partij aanleiding geeft tot maximaal 6.784,18 lopende meter, onder meer in acht nemende dat alle maximaal geladen elementen in één enkele handeling moeten kunnen worden verplaatst vanuit om het even welk mobiel element. Op te merken, zo vervolgt verzoekende partij, is dat bij de mondelinge toelichting van de gunning verwerende partij zelf zou hebben toegegeven dat haar diensten niet in staat waren om de offertes technisch te controleren.

6.2. Op de tweede plaats merkt verzoekende partij op dat de prijsopgave van de nv Bruynzeel in strijd is met de besteksbepalingen. Uit de besteksbepalingen en de conformiteitstabel blijkt dat de prijs van de verdeel-schotten in de totaalprijzen diende te worden opgenomen. De nv Bruynzeel heeft

de prijs van die schotten niet opgenomen in de in haar offerte vermelde totaal-prijzen doch in een zogenaamde “gedetailleerde” offerte, een document waarin het bestek echter niet voorziet en dat evenmin door de nv Bruynzeel met de bij het bijzonder bestek gevoegde documenten conform is verklaard. Dit is een essentiële onregelmatigheid die niet door verwerende partij mocht worden rechtgezet.

6.3. Op de derde plaats meent verzoekende partij dat de offerte van de nv Bruynzeel niet kan worden gestaafd aan de hand van documentatiefolders; de maten en de gewichten die een inschrijver in zijn offerte opgeeft, moeten volgens de besteksbepalingen worden gestaafd aan de hand van bij te voegen technische fiches en documentatiefolders; de in de offerte van de nv Bruynzeel opgegeven maten en gewichten worden niet gestaafd door de bijgebrachte documentatiefolders. Ook dit is een tekortkoming aan een essentiële besteksvoorwaarde.

6.4. Ondergeschikt merkt verzoekende partij ten slotte in een vierde onderdeel op dat in het gunningsverslag bij de gunningscriteria een louter cijfer wordt opgegeven, op welke wijze deze cijfers werden berekend wordt niet gemotiveerd, wat strijdt met de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

7.1. In haar memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij inzake het eerste onderdeel dat er een discrepantie bestaat tussen de in de offerte van de nv Bruynzeel aangeboden opslagcapaciteit en de opslagcapaciteit zoals deze berekend werd op grond van het bij de offerte gevoegde plan. Verwerende partij heeft deze discrepantie aanvankelijk over het hoofd gezien, wat aanleiding gaf tot het verminderen van de opslagcapaciteit in de tweede gunningsbeslissing. Het betreft een afwijking van essentiële technische voorschriften van het bestek en aldus een substantiële onregelmatigheid.

Het argument van verwerende partij in de memorie van antwoord dat de door de nv Bruynzeel in haar offerte opgegeven opslagcapaciteit een bruto-capaciteit betrof die moest worden herberekend naar een netto-capaciteit wordt door verzoekende partij verworpen. Het gaat alsdan om het opgeven in de offerte van een irrealistische opslagcapaciteit die onbruikbaar en

misleidend is aangezien geen rekening wordt gehouden met de effectieve opslagruimte. De ingediende offertes waren hierdoor niet langer onderling vergelijkbaar zodat de nv Bruynzeel de eerlijke mededinging heeft vervalst.

Het argument van verwerende partij in de memorie van antwoord dat de nv Bruynzeel in haar voorstel rekken met verschillende lengte gebruikte en zodoende de ruimte efficiënter kon opvullen wordt door verzoekende partij evenmin aanvaard. Dit betreft volgens haar evenzeer een afwijking van essentiële besteksbepalingen. In de conformiteitstabel was namelijk slechts plaats voorzien voor de opgave van één nuttige lengte van het legbord. Door een tweede type legbord aan te bieden is de offerte van de nv Bruynzeel aangetast door een substantiële onregelmatigheid.

7.2. Wat het tweede onderdeel betreft merkt verzoekende partij op dat haar grief, in tegenstelling tot wat verwerende partij opwerpt in de memorie van antwoord, geen betrekking heeft op de plaats waar de totaalprijs werd opgenomen in de offerte van de nv Bruynzeel, doch wel op het feit dat deze inschrijver een totaalprijs exclusief verdeelschotten opgaf voor een installatie inclusief verdeelschotten. Dit is in strijd met de essentiële bepalingen van het bestek. Een objectieve vergelijking van de offertes was bovendien niet meer mogelijk nu verzoekende partij wel degelijk de tussenschotten in haar totaalprijs meerekende en wel voldeed aan de besteksbepalingen. Het is pas nadat verzoekende partij om bijkomende controle vroeg dat verwerende partij deze fout opmerkte. De nv Bruynzeel nam bepaalde uitgaven niet op in de totaalprijs. Verwerende partij had de offerte van de nv Bruynzeel dan ook moeten weren en de opdracht aan verzoekende partij moeten gunnen.

7.3. Wat het derde onderdeel betreft wijst verzoekende partij erop dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat de offertes van de geselecteerde inschrijvers zullen worden onderzocht op hun regelmatigheid aan de hand van de gevraagde documenten. Waar verwerende partij in de memorie van antwoord stelt dat zij de offertes louter en alleen heeft beoordeeld op basis van de door de inschrijvers ingevulde conformiteitstabel, handelde zij dan ook in strijd met haar eigen vooropgestelde regels. Bovendien heeft zij de inschrijvers ongelijk behandeld en de nv Bruynzeel bevoordeeld door de offerte van deze inschrijver

toch in aanmerking te nemen, hoewel zonder de vereiste documentatie de waarden van deze offerte op geen enkele wijze werden gestaafd.

Vervolgens merkt verzoekende partij op dat de offerte van de nv Bruynzeel in elk geval niet overeenstemt met publiekelijk beschikbare documentatiefolders van het door deze inschrijver aangeboden archiefsysteem. De maximale belasting van de jukken en de legborden ligt hoger in de offerte dan in deze documentatiefolders; ook wat de dikte van de epoxylagen betreft valt geen enkele staving te bespeuren in deze documentatiefolders.

Verzoekende partij stelt dat zij in haar belangen is geschaad door deze handelwijze van verwerende partij aangezien ook zij in de praktijk betere voorwaarden kan bieden dan degene die in de door haar ingediende documentatiefolders worden vermeld. Omdat zij zich aan haar documentatie-folders heeft gehouden, heeft zij deze betere voorwaarden niet kunnen aanbieden. Mocht zij deze besteksvereiste evenzeer naast zich hebben neergelegd, zou zij een hogere quotering hebben gekregen.

7.4. Wat ten slotte het ondergeschikte vierde onderdeel betreft betoogt verzoekende partij dat, in tegenstelling tot wat verwerende partij in de memorie van antwoord opmerkt, niet is voldaan aan het normdoel van de formele-motiveringsplicht. Heeft verzoekende partij weliswaar inzage gekregen in het administratief dossier, zo wijst zij erop dat zij geen inzage heeft gekregen in de stukken die door verwerende partij als vertrouwelijk zijn aangemerkt. Bovendien is het zo dat, hoe meer toelichting verzoekende partij kreeg, hoe meer vragen er bij haar rezen omtrent de door verwerende partij genomen beslissing.

Zelfs indien de offerte van de nv Bruynzeel regelmatig is, *quod non*, dan nog werd volgens verzoekende partij de regelmatigheid van deze offerte niet gemotiveerd conform de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991. De opgegeven motieven zijn niet afdoend, relevant of draagkrachtig en stellen verzoekende partij niet in staat de genomen beslissing te begrijpen. Naar aanleiding van het aanvullend onderzoek van de offerte van de nv Bruynzeel was er immers reden om de regelmatigheid van deze offerte uitvoerig te motiveren.

8.1. In haar laatste memorie doet verzoekende partij nog gelden, wat het eerste onderdeel betreft, dat een besteksbepaling niet noodzakelijk op straffe van nietigheid moet zijn voorgeschreven opdat zij essentieel zou zijn. Het vaststellen van het essentieel karakter van een bepaling vereist een feitelijke appreciatie. Hier is het ongetwijfeld zo dat de vereiste dat de inschrijvers in hun offerte een netto-opslagcapaciteit dienden op te geven een essentiële besteks-bepaling uitmaakt. Het is volgens verzoekende partij ondenkbaar dat verwerende partij, die belang hecht aan de maximum haalbare opslagcapaciteit, zou vragen naar een bruto-waarde en dus een in de praktijk niet haalbare opslagcapaciteit.

Voorts benadrukt verzoekende partij dat de nv Bruynzeel het bestek niet zo mocht interpreteren dat het toegelaten was om te werken met legborden van verschillende lengte. Ook op dit punt was de offerte van deze inschrijver onregelmatig.

8.2. Wat het tweede onderdeel betreft beklemtoont verzoekende partij dat het misleidend was van de nv Bruynzeel om de prijs voor de tussen-schotten apart op te geven. Dat er uiteindelijk rekening werd gehouden met deze apart opgegeven prijs kan volgens verzoekende partij niet worden aanvaard: indien de offerte van de nv Bruynzeel als nietig was geweerd, dan was er immers geen rekening gehouden met de geregulariseerde versie ervan.

8.3. Inzake het derde onderdeel beperkt verzoekende partij zich tot een verwijzing naar het verzoekschrift en haar memorie van wederantwoord.

8.4. Wat het vierde onderdeel inzake de schending van de motiveringsplicht betreft merkt verzoekende partij op dat zij volstrekt in het ongewisse werd gelaten waarom de substantieel onregelmatige offerte van de nv Bruynzeel door verwerende partij werd geregulariseerd. Minstens is er sprake van een relatieve onregelmatigheid en ook in dat geval is een uitdrukkelijke motivering vereist.

Beoordeling

9.1.1. De grief die verzoekende partij in het eerste onderdeel aanvoert, komt er in essentie op neer dat de offerte van de nv Bruynzeel essentiële bepalingen van het bestek schond en bijgevolg onregelmatig diende te worden verklaard, dit omdat er een discrepantie is tussen de opslagcapaciteit opgegeven in de offerte en deze volgens het bij de offerte gevoegde plan én omdat zij in haar voorstel gebruik maakte van legborden met verschillende lengte.

9.1.2. Omtrent de bij de offerte te voegen plannen bepaalt het bestek:

> "De inschrijvers voegen bij hun offerte:
> […]
> - voor elk lokaal een volledige beschrijving en een gedetailleerd plan van de voorgestelde installatie met vermelding van de opslagcapaciteit uitgedrukt in lopende meter (het daklegbord mag niet in aanmerking worden genomen in de berekening). Ieder rek moet grafisch worden voorgesteld".

Uit de offerte van de nv Bruynzeel blijkt dat zij dit ook heeft gedaan. Verwerende partij heeft volgens de memorie van antwoord de door deze inschrijver opgegeven opslagcapaciteit nagekeken, vastgesteld dat het een bruto-opslagcapaciteit betrof en heeft deze omgezet naar een netto-opslagcapaciteit, wat inhield dat er per legbord 3 centimeter diende te worden afgetrokken. Verzoekende partij betwist deze omzetting overigens niet.

Er is geen schending van een besteksbepaling, laat staan een essentiële besteksbepaling, voorhanden. De aangeboden opslagcapaciteit werd opgegeven in de offerte van de nv Bruynzeel en kon worden gecontroleerd, wat ook is gebeurd. Het feit dat er na deze controle een omzetting van bruto- naar netto-opslagcapaciteit is gebeurd, leidt niet tot het besluit dat de offerte van de nv Bruynzeel besteksbepalingen zou hebben geschonden. Uit de beschrijving van de technische kenmerken van het aangeboden materiaal van de nv Bruynzeel valt immers onmiddellijk op dat deze inschrijver het heeft over een legbord van 1000 mm met een nuttige capaciteit van 970 mm en een legbord van 1080 mm

met een nuttige capaciteit van 1050 mm. Dat verwerende partij initieel de bruto-capaciteit hanteerde lijkt eerder haar dan de nv Bruynzeel toe te schrijven. Een eenvoudige berekening leidt tot de opslagcapaciteit hetzij netto, hetzij bruto. Er is dan ook helemaal niet aangetoond dat de nv Bruynzeel een misleidende offerte heeft ingediend.

9.1.3. Het gegeven dat de nv Bruynzeel in haar voorstel gebruik heeft gemaakt van legborden van verschillende lengte maakt evenmin een schending van een essentiële besteksbepaling uit. In tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert, kan uit het feit dat in de conformiteitstabel plaats is voorzien voor de opgave van één lengte van het legbord niet *ipso facto* worden besloten dat het gebruik van een unieke lengte legbord een besteksbepaling uitmaakt.

9.1.4. Het eerste onderdeel is niet gegrond.

9.2.1. Het tweede onderdeel heeft betrekking op de opgave van de prijs van de verdeelschotten. Volgens verzoekende partij schond de offerte van de nv Bruynzeel de essentiële bepalingen van het bestek door deze prijs niet in de totaalprijs op te nemen.

9.2.2. Uit de offerte van de nv Bruynzeel blijkt dat zij, in tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert, wel degelijk de prijs van de tussenschotten in haar totaalprijs heeft opgenomen. Deze prijs werd onmiddellijk onder de deelprijzen voor de vier archiefruimten duidelijk in de offerte vermeld en mee verrekend in de opgegeven totaalprijs. Aldus lijkt van misleiding vanwege de nv Bruynzeel alvast geen sprake te zijn.

Het feit dat verwerende partij aanvankelijk rekening hield met een totaalprijs zonder tussenschotten lijkt dan ook eerder aan verwerende partij zelf te wijten die schijnbaar enkel de deelprijzen opgegeven voor de vier archiefruimten had opgeteld zonder rekening te houden met de prijs voor de tussenschotten.

9.2.3. Het middelonderdeel mist feitelijke grondslag.

9.3.1. In het derde onderdeel laakt verzoekende partij het feit dat de technische specificaties van de aangeboden installatie in de offerte van de nv Bruynzeel niet werden gestaafd aan de hand van documentatiefolders.

9.3.2. In het auditoraatsverslag wordt dit middelonderdeel verworpen als niet ontvankelijk aangezien, bij verwerping van het eerste en tweede middelonderdeel, verzoekende partij geen belang meer heeft bij dit onderdeel. De technische waarde van de aangeboden archiefsystemen wordt immers op 10 punten beoordeeld en het puntenverschil tussen de offerte van verzoekende partij en deze van de nv Bruynzeel bedraagt 14,5 punten. Zelfs in het voor verzoekende partij meest gunstige geval blijft er aldus nog steeds een puntenverschil bestaan van 4,5 punten, waardoor dit middelonderdeel zelfs indien gegrond de rangschikking van de offertes niet kan beïnvloeden.

Verzoekende partij weerspreekt deze vaststelling niet in haar laatste memorie maar dringt enkel aan op het gegrond bevinden van het eerste en tweede onderdeel van het middel.

Hiervoor is echter reeds gebleken dat deze beide middelonderdelen niet gegrond zijn. De Raad van State ziet dan ook geen redenen om het terechte standpunt van het auditoraat niet bij te vallen.

9.3.3. Het middelonderdeel wordt verworpen.

9.4. Wat ten slotte het vierde onderdeel inzake de schending van de formele-motiveringsplicht betreft, dat verzoekende partij toespitst op de regelmatigheid van de offerte van de nv Bruynzeel, dient te worden vastgesteld dat uit het voorgaande is gebleken dat de offerte van de nv Bruynzeel niet onregelmatig was om de in de middelonderdelen aangehaalde redenen.

In de bestreden beslissing wordt uitdrukkelijk gesteld dat de offertes op hun regelmatigheid werden onderzocht en dat uit dit onderzoek is gebleken dat alle offertes regelmatig zijn. Dit volstaat als formele motivering voor het regelmatig bevinden van de offerte van de nv Bruynzeel.

Het vierde onderdeel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993, van artikel 114, § 1, en van artikel 115, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel en in ondergeschikte orde van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

10.1. In een eerste onderdeel betoogt verzoekende partij dat verwerende partij enkel rekenfouten en kennelijk materiële fouten in een offerte mag verbeteren nádat de offerte regelmatig werd bevonden. Dit is hier niet het geval: de verbeteringen hebben ertoe geleid dat een onregelmatige offerte werd geregulariseerd nadat de nv Bruynzeel wijzigingen aan haar offerte heeft aangebracht.

In concreto acht verzoekende partij zich gegriefd enerzijds door het herberekenen van de netto-opslagcapaciteit opgegeven in de offerte van de nv Bruynzeel en anderzijds door het aanvullen van de totaalprijs in deze offerte met de prijs van de tussenschotten.

10.1.1. Wat het herberekenen van de netto-opslagcapaciteit betreft merkt verzoekende partij op dat verwerende partij de netto-capaciteit opgegeven in de offerte van de nv Bruynzeel met 200 meter heeft verminderd (van 7.564,52 lopende meter tot 7.367,93 lopende meter) zonder dat het voor verzoekende partij duidelijk is op welke bepaling verwerende partij zich hierbij heeft gesteund. Deze verbetering wordt bovendien niet gemotiveerd in de gunningsbeslissing noch in het gunningsverslag. Verzoekende partij kan dan ook onmogelijk weten of deze verbetering rechtmatig is gebeurd. Overeenkomstig artikel 114, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zijn verbeteringen immers enkel mogelijk bij kennelijk materiële fouten of rekenfouten. De herberekende opslagcapaciteit strookt voorts niet met de technische voorschriften

van het bestek: er werd in de offerte van de nv Bruynzeel immers gewerkt met verschillende lengtes legborden en het draagvermogen van de legborden werd overschat. De verbetering werd bovendien niet overal op gelijke wijze aangebracht: de opslagcapaciteit wordt volgens het bestek zowel beoordeeld in het eerste gunningscriterium "prijs" als in het derde gunningscriterium "opslagcapaciteit", doch de in de offerte van de nv Bruynzeel opgegeven opslagcapaciteit werd enkel herberekend voor het eerste gunningscriterium en niet voor het derde gunningscriterium.

10.1.2. Wat het aanvullen van de totaalprijs in de offerte van de nv Bruynzeel met de prijs van de tussenschotten betreft doet verzoekende partij gelden dat dit geenszins een rekenfout betreft die kan worden verbeterd in toepassing van artikel 114, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Er heeft hier immers geen misrekening plaatsgevonden: de nv Bruynzeel heeft gewoon nagelaten om de prijs van de tussenschotten in haar totaalprijs op te nemen. Aangezien de ontbrekende prijs niet ondubbelzinnig uit de offerte kon worden afgeleid, diende de offerte als onregelmatig te worden verworpen. Het is pas ná het regelmatigheidsonderzoek en alvorens over te gaan tot de inhoudelijke vergelijking, dat de offertes zo nodig mogen worden verbeterd.

10.1.3. De combinatie van een onrealiseerbare opslagcapaciteit en een foutieve totaalprijs maakt de offerte van de nv Bruynzeel alleszins onregelmatig. De toepassing van artikel 114, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kan in deze omstandigheden dan ook niet worden aanvaard. Verwerende partij had deze offerte moeten weren en mocht deze niet verbeteren om deze onregelmatigheden te dekken.

10.2. In een ondergeschikt tweede onderdeel stelt verzoekende partij dat, indien de offerte van de nv Bruynzeel wel degelijk verbeterd mocht worden, *quod non*, in dat geval de aangebrachte verbeteringen niet werden gemotiveerd conform de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991. Zo werd er geen wettelijke bepaling vermeld op basis waarvan de herberekening en verbetering gebeurde en werd er niet toegelicht op welke manier de herberekeningen werden uitgevoerd. Dit kan niet worden aanvaard: aangebrachte verbeteringen moeten berusten op behoorlijke motieven en in overeenstemming zijn met het beginsel

van de gelijke behandeling van de inschrijvers. Verzoekende partij kan hier niet controleren of de verbeteringen op rechtmatige wijze zijn uitgevoerd.

11.1.1. In haar memorie van wederantwoord handhaaft verzoekende partij haar argumenten omtrent het herberekenen van de netto-opslagcapaciteit in de offerte van de nv Bruynzeel.

11.1.2. Wat betreft het aanvullen van de totaalprijs van de offerte van de nv Bruynzeel met de prijs van de tussenschotten erkent verzoekende partij in de eerste plaats dat uit het administratief dossier blijkt dat in deze offerte wel degelijk een prijs werd opgegeven voor de tussenschotten. Verzoekende partij blijft evenwel bij haar standpunt dat deze bijkomende prijs niet in aanmerking had mogen worden genomen en dat de offerte van de nv Bruynzeel als onregelmatig had moeten worden verworpen.

11.2. Wat het ondergeschikte tweede onderdeel betreft betwist verzoekende partij de stelling van verwerende partij in de memorie van antwoord dat aan het doel van de formele motiveringsplicht is voldaan. Verzoekende partij weet immers nog steeds niet waarom verwerende partij toch rekening hield met de afzonderlijke prijsopgave voor de tussenschotten. Hetzelfde geldt inzake de herberekening van de opslagcapaciteit in de offerte van de nv Bruynzeel.

12. In haar laatste memorie beperkt verzoekende partij zich tot het hernemen van en het aandringen op de middelonderdelen.

Beoordeling

13.1. In het eerste onderdeel van dit middel voert verzoekende partij in de eerste plaats in essentie aan dat de offerte van de nv Bruynzeel onregelmatig was en dat verwerende partij ten onrechte de fouten in deze offerte heeft verbeterd om deze offerte alsnog regelmatig te kunnen bevinden.

Uit de beoordeling van het eerste middel, eerste drie onderdelen, is reeds gebleken dat de offerte van de nv Bruynzeel niet onregelmatig was wat betreft de aangeboden opslagcapaciteit en de prijs voor de tussenschotten.

Voor zover het middelonderdeel als uitgangspunt heeft dat verwerende partij ten onrechte een onregelmatige offerte heeft geregulariseerd, faalt het dan ook.

Voor zover verzoekende partij aanvoert dat ten aanzien van de offerte van de nv Bruynzeel bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium rekening werd gehouden met de netto-opslagcapaciteit en bij de beoordeling van het derde gunningscriterium met de bruto-opslagcapaciteit, wordt in het auditoraatsverslag aan de hand van een berekening aangetoond dat dit geen impact heeft op de rangschikking. Verzoekende partij repliceert hier niet uitdrukkelijk op in haar laatste memorie. In die omstandigheden ziet de Raad geen redenen om het terechte standpunt van het auditoraatsverslag niet bij te vallen.

Het eerste onderdeel is niet gegrond.

13.2. Ook het ondergeschikt aangebrachte tweede onderdeel inzake de formele motiveringsplicht is niet gegrond aangezien er geen verbetering in de zin van artikel 114 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft plaatsgevonden.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 115, eerste en vierde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel en in ondergeschikte orde van de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

In dit middel laakt verzoekende partij het feit dat verwerende partij alleen de totaalprijs van de offerte van de nv Bruynzeel heeft herberekend. Dit maakt immers een verboden onderscheid in behandeling uit nu ook de offerte van verzoekende partij voor correctie vatbaar was. Verzoekende partij had namelijk in haar offerte aangegeven dat zij alle zij- en tussenwanden had voorzien van

invulpanelen voor een betere stofafdichting, ter waarde van 15.120 euro btw niet inbegrepen. Dit was niet gevraagd in het bestek, maar wel door verzoekende partij in haar totaalprijs opgenomen en vermeld in de toelichting bij haar conformiteitstabel. Verzoekende partij "durft er met zekerheid vanuit gaan" dat de nv Bruynzeel geen invulpanelen in haar offerte heeft opgenomen.

Om tot een zorgvuldige vergelijking van de offertes te komen had verwerende partij bijgevolg de offerteprijs van verzoekende partij moeten herberekenen. Hierdoor zou de totaalprijs van de offerte van verzoekende partij zijn gedaald van 220.757,00 euro naar 205.636,00 euro btw niet inbegrepen. Aldus was de offerte van verzoekende partij goedkoper dan deze van de nv Bruynzeel (205.753,35 euro). Indien dan ook nog rekening wordt gehouden met het feit dat de nv Bruynzeel een niet-bestekconforme opslagcapaciteit had opgegeven, dan had verzoekende partij op het eerste gunningscriterium meer punten moeten krijgen.

Door alleen de offerte van de nv Bruynzeel aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen en bijgevolg alleen deze inschrijver de kans te bieden om zijn offerte te wijzigen, hebben er verboden onderhandelingen plaats-gevonden.

Alleszins, zelfs indien verwerende partij wel degelijk slechts één van beide offertes aan een aanvullend onderzoek mocht onderwerpen – *quod non* – dan dienden zowel deze beslissing als de beslissing om de offerte van deze inschrijver aan te vullen te worden gemotiveerd overeenkomstig de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991. Dit is niet het geval.

15. In de memorie van wederantwoord betoogt verzoekende partij dat er meer dan voldoende aanwijzingen zijn dat verwerende partij in het kader van het aanvullend onderzoek contact heeft opgenomen met de nv Bruynzeel. Dat hiervan geen schriftelijke bewijzen kunnen worden voorgelegd, is volgens verzoekende partij "uiteraard niet meer dan logisch". Verwerende partij heeft immers het stilzwijgen hieromtrent behouden in het gunningsverslag en de bestreden beslissing.

Indien verwerende partij de offerte van verzoekende partij zorgvuldig had onderzocht, dan had zij moeten vaststellen dat ook de offerteprijs van verzoekende partij niet geheel conform het bestek was en de meerprijs inzake de stofafdichting moeten opmerken. Er mag van verwerende partij worden verwacht dat zij de offertes zorgvuldig analyseert. In tegenstelling tot wat verwerende partij betoogt in de memorie van antwoord suggereert verzoekende partij hier niet dat verwerende partij een onderdeel van de offerte had moeten schrappen, wat haar inderdaad niet is toegestaan.

Verzoekende partij stelt een "optie" te hebben aangeboden wat de stofafdichting betreft, die reeds in de totaalprijs van haar offerte was verwerkt. Zij verwijst in dit verband naar de definitie van het begrip "optie" in het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren'. Verzoekende partij erkent dat dit koninklijk besluit nog niet in werking is getreden, maar desondanks "zijn de definities heden reeds perfect bruikbaar en toepasbaar". Vervolgens stelt verzoekende partij dat deze optie, als een onzekere gebeurtenis, niet in aanmerking had mogen worden genomen bij de beoordeling van de prijs van de offerte. Indien er niet zou worden aanvaard dat het een optie betreft dan gaat het volgens verzoekende partij alleszins om een vrije variante, die verwerende partij als een afzonderlijke inschrijving had moeten behandelen. Hoe dan ook had verwerende partij de totaalprijs van de offerte van verzoekende partij moeten verminderen met een bedrag van 15.120,00 euro om tot een correcte vergelijking van de offertes te komen.

16. In haar laatste memorie stelt verzoekende partij dat zij verwerende partij in wezen een gebrek aan consequentie verwijt en aldus een schending van het gelijkheidsbeginsel: de offerte van de nv Bruynzeel werd aan een aanvullende controle onderworpen waarbij zowel de totaalprijs als de opslagcapaciteit werden gecorrigeerd, terwijl de offerte van verzoekende partij niet aan een zorgvuldig (prijs)onderzoek werd onderworpen.

Voor het overige herneemt en benadrukt zij de grieven uit het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord.

Beoordeling

17. Het uitgangspunt van het derde middel is dat verwerende partij ten onrechte de offerteprijs van de nv Bruynzeel heeft herberekend. Verzoekende partij acht zich hierdoor gegriefd aangezien ook haar offerte voor een herberekening in aanmerking kwam.

Ook wat dit middel betreft faalt het uitgangspunt van het middel. Bij de beoordeling van het eerste middel werd immers reeds vastgesteld dat de totale offerteprijs van de nv Bruynzeel correct werd weergegeven in de offerte, met inbegrip van de prijs voor de tussenschotten. Aldus is er hier geen sprake van een herberekening van deze prijs na een aanvullend onderzoek van de offerte, doch van het rechtzetten van een eigen vergissing van verwerende partij die blijkbaar initieel enkel met de deelprijzen voor de vier archiefruimtes in de offerte van de nv Bruynzeel rekening had gehouden.

Bijgevolg is er evenmin sprake van een ongeoorloofd verschil in behandeling tussen de offerte van verzoekende partij en deze van de nv Bruynzeel.

Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende 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 20 december 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**