RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 133.976 van 15 juli 2004
in de zaak A. 153.539/XII-4.189.

In zake : de vennootschap in oprichting HEUREKA,
"vertegenwoordigd door Antoon WALDEYER, persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk conform artikel 60 van het Wetboek van vennootschappen",
gevestigd te MERKSEM,
Winterling 36, bus 12

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Vice Eerste Minister en Minister van Begroting en Overheidsbedrijven,
die woonplaats kiest bij
Advocaten D. D'HOOGHE en R. HEIJSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat op 8 juli 2004 werd ingediend namens "de vennootschap in oprichting HEUREKA, (...) vertegenwoordigd door Antoon WALDEYER, (...) persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk conform artikel 60 van het Wetboek van vennootschappen" om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te vorderen van de tenuitvoerlegging "van de beslissing van verwerende partij van 29/06/2004, houdende weigering van de kandidaatstelling van de verzoekende partij voor deelname aan de aanbesteding FEDICT/2004/GB/40"en waarbij zij verder vraagt haar "dezelfde tijd te verlenen voor het opmaken van haar aanbestedingsdossier als de tijd die werd gegund aan de geselecteerde kandidaten, waarbij voor de aldus ontstane tussenperiode de neergelegde aanbestedingsdossiers ongeopend blijven tot de indiening van het aanbestedingdossier van verzoekende partij";

Gelet op de beschikking van 9 juli 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 13 juli 2004;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter M.-R. BRACKE;

Gehoord de opmerkingen van de heer A. WALDEYER en van Advocaten R. HEIJSE en I. VOS, die, loco Advocaat D. D'HOOGHE verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur L. VERMEIRE;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat de relevante feiten de volgende zijn.

1.1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 7 mei 2004 wordt op vraag van de Federale Overheidsdienst Informatie- en Communicatietechnologie (FEDICT), de aanbestedende dienst, de aankondiging bekend gemaakt van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten omschreven als "E/m-payment services". Deze opdracht werd blijkbaar ook aangekondigd in het EG Publicatieblad van 5 juni 2004.

Het doel van de opdracht volgens die aankondiging (pt. II. 1.3) is :

> "Het samenbrengen van het geheel van de e-payment en m-payment oplossingen van de nationale markt en deze op te nemen in een eerste publiek project over e-commerce dat als pilootproject zal fungeren. De e-payment en m-payment oplossingen zullen evolutief moeten zijn, dit wil zeggen dat toekomstige oplossingen in onderzoek zullen kunnen opgenomen worden in de huidige oplossingen.
> Na integratie van deze e/m-payment diensten in een eerste pilootproject, zullen de geïntegreerde e-payment en m-payment oplossingen in andere e-gov projecten van de overheid herbruikt worden.
> Tenslotte, dankzij de integratie-ervaring die in dit project zal worden opgedaan, zal een "cookbook" gerealiseerd worden zodat iedere overheidsdienst gemakkelijker het geheel van de e/m-payment oplossingen in het e-gov project zal kunnen integreren".

Dit wordt als volgt samengevat :

> "Dit project zal dus het volgende als doel hebben :
> het creëren van een nationaal pakket van e-payment en m-payment oplossingen die hergebruikt zullen worden in andere publieke projecten;
> de integratie van deze oplossingen in een eerste pilootproject;
> het realiseren van een technisch cookbook om de verdere integratie van dit "pakket oplossingen" in andere publieke projecten te vergemakkelijken".

De opdracht wordt verdeeld in drie percelen :

> "perceel 1 : leveranciers van e-payment diensten.
> perceel 2 : leveranciers van m-payment diensten.
> perceel 3: expert/consulent in e-commerce technologies",

met "mogelijkheid om een kandidatuur voor te stellen voor één perceel of een geïntegreerde kandidatuur voor deze verschillende percelen (consortium, onderaanneming, ...)" (pt. II.1.7).

Varianten zijn toegelaten (pt. II.1.7).

In casu is enkel perceel 2 belangrijk aangezien verzoekster alleen daarvoor een kandidatuur indiende. De hoeveelheid en omvang van de opdracht voor dit perceel is in pt. II.2 omschreven als :

> "Oplossing voor micro en macro payment van e-gov toepassing.
> Specificatie : Nationale operatoren.
> Devies : alleen euro.
> De m-payment oplossingen die in projectfase zijn worden aanvaard op voorwaarde dat een datum voor inproductiezetting al voor januari 2006 gepland is".

De aankondiging bevat verder in pt. III.2 de voorwaarden voor deelneming met daaronder onder meer de vereiste inlichtingen betreffende de eigen situatie van de dienstverlener en inlichtingen en formaliteiten die nodig zijn voor de beoordeling van de minimaal vereiste economische, financiële en technische capaciteit (pt. III.2.1.2 en 2.1.3) :

> "III.2.1.2. Economische en financiële draagkracht, verlangde bewijsstukken:
> De kandidaat moet over voldoende financiële en economische draagkracht beschikken.
> Hij zal deze draagkracht aantonen door middel van volgende bewijsstukken:
> Een getekende verklaring inzake de totale omzet en inzake de omzet gerealiseerd tijdens de laatste drie boekjaren betreffende het domein waarop de opdracht betrekking heeft.
> III.2.1.3. Technische bekwaamheid, verlangde bewijsstukken :
> In het raam van de technische bekwaamheid van de kandidaten dienen deze over de volgende competenties te beschikken, voor het :
> Perceel 1 :
> e-payment diensten onafhankelijk van de web ontwikkelingstaal die wordt gebruikt voor de ontwikkeling van een e-commerce toepassing ;
> e-payment platforms (fysisch) onafhankelijk van het e-commerce pilootplatform ;
> onderhoud, updates, hosting, toevoeging van nieuwe diensten beheerd door de e-payment dienstverlener(s) ;
> voorbeeld van e-commerce toepassing die dit e-payment platform gebruikt.
> Perceel 2 :

m-payment diensten onafhankelijk van de ontwikkelingstaal die wordt gebruikt voor de ontwikkeling van de e-commerce toepassing ;

m-payment platform (fysisch) onafhankelijk van het e-commerce pilootplatform ;

onderhoud, updates, hosting, toevoeging van nieuwe diensten beheerd door de e-payment dienstverlener(s) ;

voorbeeld van e-commerce toepassing die dit e-payment platform gebruik (indien al gerealiseerd).

Perceel 3 :

Ervaring met de toepassingsontwikkeling java (J2EE) ;

Overtuigende ervaring in e-commerce toepassingsontwikkeling die e-payment diensten integreert (voorbeelden van gerealiseerde projecten geven) ;

Deze bekwaamheid moet aangetoond worden door de opgave van relevante referenties voor gelijkaardige diensten.

Op risico van nietigheid van de aanvraag tot deelneming of kandidatuur, voegen de kandidaten bij hun aanvraag tot deelneming :

1° een lijst met de belangrijkste relevante diensten, uitgevoerd tijdens de drie laatste jaren, met vermelding van de projectnaam, de bestemmelingen, de data en eventueel de overeenkomstige bedragen ;

2° voor ten minste twee relevante referenties is een beschrijvende synthesenota (van ongeveer twee bladzijden) vereist, waarin het voorwerp van het project, de methodologie en het budget, en de publiek- en privaatrechtelijke instanties (met vermelding van contactpersonen) waarvoor zij bestemd waren, worden beschreven. “

De gekozen procedure is de onderhandelingsprocedure waarbij tegelijk wel verwezen wordt naar de economisch meest voordelige aanbieding gelet op de gunningscriteria bepaald in het bestek (pt. IV.1.1 en 2) .

De uiterste termijn voor ontvangst van de aanvragen voor deelneming of kandidaturen was 9 juni 2004 voor 16 uur, terwijl de uitnodigingen tot inschrijven aan geselecteerde kandidaten verzonden zouden worden in de week van 21 juni 2004 (pt. IV.3.2 en 3.4). Het lastenboek met de administratieve en technische specificaties zal naar de geselecteerde kandidaten opgestuurd worden en de offertetermijn vermelden (pt. V).

Enkel de aanvragen tot deelneming van dienstverleners die beantwoorden aan de criteria die zijn opgenomen in pt. III.2 en die de nodige bewijsstukken bij hun aanvraag tot deelneming hebben gevoegd komen volgens de aankondiging in aanmerking (pt. V).

1.2. Met een brief van 6 juni 2004, ondertekend door Toon Waldeyer en Paul Vangerven, dient de vennootschap in oprichting HEUREKA (hierna HEUREKA) een kandidaatstelling in voor perceel 2. Er wordt daarbij verwezen naar de in de aankondiging opgenomen mogelijkheid m-payment oplossingen die in een projectfase zijn in te dienen op voorwaarde dat de datum van inproductiezettting is gepland voor januari 2006 terwijl volgens de kandidaatstelling de “proof of concept”

van het voorgestelde HEUREKA betaal- en validatiesysteem verondersteld wordt beschikbaar te zijn voor operationele uitbouw (roll-out) tegen november 2004. Ten laatste op dat ogenblik zou de vennootschap conform artikel 68 Wetboek van vennootschappen effectief worden opgericht.

Deze kandidaatstelling is beperkt tot 3 pagina's zonder enige bijlage.

Inzake financiële draagkracht wordt daarin gesteld dat HEUREKA respectievelijk zij die in haar naam optreden zich sterk maken te zullen beschikken over de financiële draagkracht nodig voor de verwezenlijking van haar doelstelling en dat de vennootschap, eens opgericht, zal beschikken over voldoende financiële draagkracht om haar betaal- en validatiesysteem te commercialiseren en uit te bouwen.

Onder industriële rechten wordt gesteld dat HEUREKA van de eigenaars van de industriële en intellectuele rechten op het HEUREKA betaal- en validatiestysteem enerzijds een patent en anderzijds een patentaanvraag heeft op naam van Toon Waldeyer, waarbij de daarop ontwikkelde concepten werden geregistreerd via depots bij het Benelux Merkenbureau en beschermd zijn conform richtlijn 91/250/EG van 14 mei 1991 (wet van 30 juni 1994 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's) of de conventie van Bern (auteurs-recht). Eveneens wordt gesteld dat HEUREKA een wereldwijd exclusief recht verwierf tot commercialisering van dit systeem.

Inzake economische draagkracht wordt erkend dat HEUREKA alsnog geen omzetten kan voorleggen maar nu reeds een economische draagkracht heeft door zowel het bestaan van het voornoemde wereldwijd exclusief recht op commercialisering van het betaal- en validatiesysteem alsook door het bestaan van de wereldwijde exclusieve licentie die door de eigenaars van de industriële en intellectuele rechten werd toegewezen aan de "eerlang geherkapitaliseerde en geherstructureerde n.v. Waldman (BE 449.535.513) voor de commercialisering van de toepassingen voor loterijen, kansspelen, wedenschappen en collecties, en die voor het operationele gedeelte moeten beroepen op het bestaan van het HEUREKA betaal- en validatiesysteem". Deze economische draagkracht zou versterkt zijn door het bestaan van handelscontacten tussen de n.v. Waldman en verschillende leden van de Europese Vereniging van Staatsloterijen en Toto's inzake mogelijkheden tot opstarten van loterijen via telefonie en door het bestaan van een ondertekende intentieverklaring tussen de n.v. Waldman en de v.z.w. Change for the Future, onder meer opgericht door het Belgisch Comité voor Unicef en een aantal andere Belgische niet gouvernementele organisaties, die heeft beslist toe te treden tot het HEUREKA

systeem en die het bovendien zal aanprijzen bij haar zuster- of moederorganisaties in het buitenland.

Inzake technische bekwaamheid wordt enkel gesteld :

> "Voor de technische realisering van dit project zal beroep worden gedaan op de diensten van de n.v. The Lodge Belgium, Diestsevest 58, 3000 Leuven (www.thevisionweb.be), dat is gespecialiseerd in het leveren van innovatieve oplossingen op basis van SAP software en Microsoft technologie, en deel uitmaakt van The Vision Web holding, waar in totaal 450 mensen werkzaam zijn, waarvan 50 in België.
> De hosting zal gebeuren via PsiNet Europe (www.psineteurope.nl) waarmee The Lodge Belgium een samenwerkingsovereenkomst heeft."

1.3. Blijkens de gemotiveerde selectiebeslissing van FEDICT zijn in totaal 10 kandidaturen ingediend waarvan 8 ook perceel 2 betreffen.

1.4. In een gemotiveerde selectiebeslissing van 16 juni 1994 worden de ingediende kandidaturen door FEDICT getoetst aan de minimumvereisten vermeld in de aankondiging waarbij inzake de vereiste technische bekwaamheid wordt gewezen op het feit dat de kandidaten volgens de aankondiging op risico van nietigheid een lijst met de belangrijkste relevante diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaren moesten bijvoegen en voor ten minste twee relevante referenties een beschrijvende synthesenota, en dat FEDICT enkel de kandidaten wenst te selecteren die aan de hand van de in de kandidatuur opgenomen gegevens aantonen dat zij het best geschikt zijn om de betrokken opdracht uit te voeren en de selectie daarom voornamelijk gebaseerd wordt op de appreciatie van de relevantie van de aangebrachte referenties ten aanzien van de te realiseren opdracht en dit op grond van de elementen en bewijsstukken die het mogelijk maken te besluiten dat de kandidaat de draagkracht bezit om de opdracht uit te voeren.

Vervolgens worden door FEDICT 7 kandidaturen geselecteerd en toegelaten tot het verder stadium van de procedure, nl. het indienen van een offerte op basis van het bestek.

De kandidatuur van HEUREKA wordt niet aanvaard. Na inzake de juridische situatie vastgesteld te hebben dat de verzoekende partij geen RSZ-attest bijvoegde daar ze op het ogenblik van de kandidaatstelling geen personeel tewerkstelt en inzake de economische en financiële draagkracht te hebben vastgesteld dat de verzoekende partij geen omzetcijfer kan voorleggen gezien het een vennootschap in oprichting is, wordt voor wat betreft technische bekwaamheid vastgesteld dat de verzoekende partij onvoldoende scoort met betrekking tot de minimumeisen ter

beoordeling van “de technische bekwaamheid”. Als reden daartoe wordt opgegeven wat volgt :

> “(…)
> Gelet op het feit dat voor de toepassing van het criterium ‘technische bekwaamheid’ de kandidaten op risico van nietigheid van de aanvraag tot deelneming of kandidatuur bij hun kandidatuur volgende bewijsstukken dienen te voegen :
> - een lijst met de belangrijkste relevante diensten, uitgevoerd tijden de drie laatste jaren, met vermelding van de projectnaam, de bestemmelingen, de data en eventueel de overeenkomstige bedragen;
> - voor ten minste twee relevante referenties is een beschrijvende synthesenota (van ongeveer 2 bladzijden) vereist, waarin het voorwerp van het project, de methodologie en het budget, en de publiek- en privaatrechtelijke instanties (met vermelding van de contactpersonen) waarvoor zij bestemd waren, worden beschreven.
> Gelet op het feit dat FEDICT enkel de kandidaten wenst te selecteren die aan de hand van de in de kandidatuur opgenomen gegevens aantonen dat zij het best geschikt zijn om de betrokken opdracht uit te voeren en de selectie daarom voornamelijk gebaseerd werd op de appreciatie van de relevantie van de aangebrachte referenties ten aanzien van de te realiseren opdracht;
> Gelet op het feit dat de kwalitatieve selectie (technische bekwaamheid) is gebeurd op grond van de elementen en bewijsstukken die het mogelijk maken te besluiten dat de kandidaat de draagkracht bezit om de opdracht uit te voeren;
> Gelet op het feit dat uit onderzoek van de kandidaturen is gebleken dat de volgende kandidaturen onvoldoende scoren m.b.t. de minimumeisen ter beoordeling van de ‘technische bekwaamheid’ :
> (...)
> De kandidatuur van Heureka - Merksem
> In de kandidatuur worden onvoldoende gegevens verstrekt en de relevantie ten aanzien van de opdracht ‘E/m payment services’ wordt onvoldoende aangetoond.
> De bewijsstukken die werden geëist werden niet volledig opgenomen in de kandidatuur van Heureka. De kandidatuur bevat geen gegevens waardoor deze kandidaat optimaal beoordeeld kan worden.
> In de kandidatuur wordt geen uitleg gegeven over de oplossing die tegen 11/2004 gerealiseerd zou moeten worden. De kandidatuur bevat geen schema, m-payment type.
> De kandidatuur van Heureka maakt melding van het feit een beroep te doen op de N.V. The Lodge Belgium uit Leuven. Alleen de naam van deze firma wordt vermeld zonder uitleg over de competenties, gerealiseerde projecten, experten,….
> (...).”

1.4. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 29 juni 2004 aan HEUREKA ter attentie van Paul Vangerven deelt FEDICT mee dat de selectieprocedure voor deze opdracht werd beëindigd en dat haar kandidatuur niet werd aanvaard.

Deze brief luidt als volgt :

"Hierbij wens ik u mede te delen dat de selectieprocedure van de kandidaturen m.b.t. de in rand vermelde opdracht beëindigd is en dat beslist werd de kandidatuur van uw firma niet te aanvaarden.

De kandidaturen werden onderzocht rekening houdend met de minimumeisen vermeld in de aankondiging van de opdracht zoals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 mei 2004 (referentie N. 006425) en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 5 juni 2004 (referentie 2004/S 109-091126).

Het selectiecomité heeft geoordeeld dat de kandidatuur van Heureka onvoldoende scoort m.b.t. de minimumeisen ter beoordeling van de 'technische kwaliteit'.

De selectie werd vooral gebaseerd op de appreciatie en de relevantie van de aangebrachte referenties ten aanzien van de te realiseren opdracht.

Het selectiecomité is van oordeel dat de kandidatuur van Heureka onvoldoende gegevens verstrekt en dat de relevantie ten aanzien van de opdracht 'E/m payment services' onvoldoende werd aangetoond.

De kandidatuur van Heureka maakt melding van het feit een beroep te doen op de N.V. The Lodge Belgium uit Leuven. Voor deze onderneming werden geen referenties of gerealiseerde projecten opgegeven zodat het niet mogelijk was de relevantie t.o.v. de opdracht E/m-payment services vast te stellen.";

2.1. Overwegende dat als voorlopige maatregel de verzoekende partij vraagt haar dezelfde tijd te verlenen voor het opmaken van haar aanbestedingsdossier als de tijd die werd gegund aan de geselecteerde kandidaten waarbij voor de aldus ontstane tussenperiode de neergelegde aanbestedingsdossiers ongeopend blijven tot het indienen van het aanbestedingsdossier van de verzoekende partij;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij er terecht op wijst dat krachtens artikel 21, eerste lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State het verzoek tot voorlopige maatregelen moet worden ingesteld bij een verzoekschrift dat is onderscheiden van het verzoekschrift waarbij de schorsing wordt gevraagd; dat het verzoek tot het bevelen van voorlopige maatregelen, dat in casu niet met een afzonderlijk verzoekschrift werd ingesteld, niet ontvankelijk is;

3. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan 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;

3.1.1. Overwegende dat het eerste middel als hoofding heeft “onrechtmatige en partijdige reden tot weigering”; dat de uiteenzetting van het middel neerkomt op wat volgt :

De kandidaatstelling van de verzoekende partij werd geweigerd om een aan de feitelijke aanbestedingsdoelstelling vreemde en dus onrechtmatige en partijdige reden. Het zou immers “vreemd” zijn dat voor een aanbesteding die tot doel heeft het geheel van e-payment en m-payment oplossingen uit de nationale markt samen te brengen en die gekenmerkt wordt door openheid -hetgeen onder meer blijkt uit het feit dat de plaats van verlening van diensten nog moet bepaald worden, dat varianten mogen worden voorgesteld en dat m-payment oplossingen die nog in projectfase zijn onder bepaalde voorwaarden worden aanvaard en uit het feit dat gekozen is voor de onderhandelingsprocedure- een kandidaat geweerd wordt omwille van de relevantie van diens technologische toeleverancier en niet omwille van zijn voorgestelde oplossing. Er zou in functie van die doelstelling “een hemelsbreed verschil” liggen tussen een mogelijk innoverend karakter van een aangeboden oplossing en de technologische kwaliteit van de door de aanbieder gekozen toeleverancier;

3.1.2. Overwegende dat wordt vastgesteld dat het middel steunt op het onrechtmatig en partijdig karakter van de weigering, hetgeen enkel wordt afgeleid uit het feit dat de weigering is gestoeld op een aan de feitelijke aanbestedingsdoelstelling vreemde reden; dat prima facie niet valt in te zien hoe op basis van die uiteenzetting tot het “partijdig” karakter van de bestreden beslissing zou kunnen worden besloten;

3.1.3. Overwegende dat, aangenomen dat blijkens de uiteenzetting de verzoekende partij de materiële motiveringsplicht geschonden acht, het eerste middel niet ernstig is om volgende redenen :

De aankondiging van de opdracht bepaalt uitdrukkelijk dat enkel de aanvragen tot deelneming van dienstverleners die beantwoorden aan de criteria die zijn opgenomen in pt. III.2 en die de nodige bewijsstukken bij hun aanvraag tot deelneming hebben gevoegd in aanmerking komen (pt. V). Dit zijn de voorwaarden voor deelneming (pt. III.2) met daaronder onder meer de vereiste inlichtingen

betreffende de eigen situatie van de dienstverlener en inlichtingen en formaliteiten die nodig zijn voor de beoordeling van de minimaal vereiste economische, financiële en technische capaciteit (pt. III.2.1) waarbij onder de hoofding "Technische bekwaamheid, verlangde bewijsstukken" (pt. III.2.1.3) wordt bepaald dat de kandidaten in het raam van de technische bekwaamheid dienen te beschikken over de volgende competenties voor perceel 2: "m-payment diensten onafhankelijk van de web ontwikkelingstaal die wordt gebruikt voor de ontwikkeling van de e-commerce toepassing; m-payment platform (fysisch) onafhankelijk van het e-commerce pilootplatform; onderhoud, updates, hosting, toevoeging van nieuwe diensten beheerd door de m-payment dienstverlener(s); voorbeeld van e-commerce toepassing die dit e-payment platform gebruikt (indien al gerealiseerd)" en in fine bepaald is welke stukken op risico van nietigheid moeten bijgevoegd worden, nl. een lijst met de belangrijkste relevante diensten gedurende de laatste drie jaar en een synthesenota voor ten minste twee belangrijke referenties.

Dit zijn in feite de selectievoorwaarden die aldus in de aankondiging uitvoerig werden omschreven, en waarbij werd vermeld welke stukken inzake de technische bekwaamheid op risico van nietigheid dienden te worden bijgevoegd.

Inzake technische bekwaamheid wordt in de kandidaatstelling door HEUREKA enkel gesteld dat voor de technische realisering beroep zal worden gedaan op de diensten van de n.v. The Lodge Belgium (met vermelding van adres en internetadres), gespecialiseerd in het leveren van innovatieve oplossingen op basis van SAP software en Microsoft technologie en deel van The Vision Web holding, waar in totaal 450 mensen werkzaam zijn waarvan 50 in België. De hosting zal gebeuren via PsiNet Europe, waarvan het website adres wordt vermeld, waarmee The Lodge Belgium een samenwerkingsovereenkomst heeft.

De bestreden beslissing steunt op het oordeel dat de kandidatuur van HEUREKA onvoldoende scoort met betrekking tot de minimumeisen ter beoordeling van de technische kwaliteit waarbij de selectie blijkbaar vooral werd gebaseerd op de appreciatie en relevantie van de aangebrachte referenties ten aanzien van de te realiseren opdracht en waarbij het selectiecomité blijkbaar van oordeel was dat de kandidatuur van HEUREKA onvoldoende gegevens verstrekt en dat de relevantie ten aanzien van de opdracht "E/m payment services" onvoldoende werd aangetoond. Er wordt daarbij in de kennisgeving, zoals in de gemotiveerde selectiebeslissing, melding gemaakt van het feit dat een beroep zal worden gedaan op de n.v. The Lodge Belgium uit Leuven zonder dat evenwel referenties of gerealiseerde projecten voor deze onderneming worden opgegeven, zodat het niet mogelijk is de relevantie ten opzichte van de opdracht vast te stellen.

Aldus kan prima facie worden vastgesteld dat het weigeringsmotief een toepassing is van de bepaling in de aankondiging van de opdracht dat de enkel de aanvragen tot deelneming van dienstverleners die beantwoorden aan de criteria die zijn opgenomen in pt. III.2 en die de nodige bewijsstukken bij hun aanvraag tot deelneming hebben gevoegd in aanmerking komen (pt. V) en de vaststelling dat de kandidaatstelling ter zake onvoldoende gegevens bevat. Er blijkt dan ook niet prima facie waarom dit motief vreemd zou zijn aan de doelstelling van de aanbesteding aangezien het enkel een voorwaarde voor deelneming beoordeelt waarbij gevraagd werd de technische bekwaamheid aan de hand van stukken bij de aanvraag aan te tonen.

De verzoekende partij toont verder niet aan waarom het feit dat de aanbesteding gekenmerkt wordt door openheid, belet dat de voorwaarden voor deelneming worden beoordeeld zoals in de aankondiging van de opdracht bepaald en zoals in casu lijkt te zijn gedaan;

3.2.1. Overwegende dat het tweede middel als hoofding heeft “ongelijke behandeling van de kandidaten bij de preselectie”. De uiteenzetting van het middel is de volgende :

Er is een ongelijke behandeling van de kandidaten bij de preselectie. Deze ongelijke behandeling wordt afgeleid uit het feit dat m-payment oplossingen van gepreselecteerde kandidaten die nog in een projectfase zijn zullen worden aanvaard op voorwaarde dat een datum voor inproductiezetting al voor 1 januari 2006 is gepland, dat dus tegen einde december 2005 wordt gestart met de productiezetting en dat dus gepreselecteerde kandidaten tot december 2005 een andere toeleverancier voor hun oplossingen kunnen aanstellen zonder dat de preselectie in het gedrang komt, terwijl de verzoekende partij zonder meer niet als kandidaat wordt geselecteerd. Dit oordeel is voorbarig en onevenredig met de nagestreefde finaliteit van de beslissing;

3.2.2. Overwegende dat het middel niet ernstig is om volgende redenen:

Zoals gesteld steunt de beslissing op de in de aankondiging vermelde en dus vereiste beoordeling van de technische bekwaamheid van de inschrijver aan de hand van de bijgevoegde stukken.

De verzoekende partij toont niet aan waarom de beslissing onevenredig zou zijn met het doel van dergelijke beslissing wanneer ze steunt op het

oordeel dat de kandidatuur van HEUREKA onvoldoende scoort met betrekking tot de minimumeisen ter beoordeling van de technische kwaliteit zoals reeds hiervoren aangegeven.

Prima facie blijkt ook niet waarom dit oordeel voorbarig is nu de aankondiging vereist dat enkel de kandidaturen die voldoen aan de voorwaarden van deelneming in aanmerking komen voor selectie. De technische bekwaamheden dienden dan ook voor de selectie onderzocht te worden in het licht van de bijgevoegde stukken, onderzoek dat verschillend is van het onderzoek van de intrinsieke kwaliteiten van de offerte aan de hand van de gunningscriteria.

De verzoekende partij beweert niet en toont niet aan dat dit bij andere geselecteerde kandidaten niet werd onderzocht.

3.3.1. Overwegende dat het derde middel als hoofding heeft : “onterechte en partijdige redenen”; dat de uiteenzetting van het middel neerkomt op wat volgt :

De verzoekende partij stelt dat zij, uitgaande van de veronderstelling dat een aanbesteding geheim is terwijl een kandidaatstelling dit niet is, geen uitleg wou geven over de door verwerende partij opgegeven competenties en zeker niet van plan was in het stadium van de kandidaatstelling reeds een voorbeeld van e-commerce toepassing te geven, informatie die behoort tot de industriële eigendom van verzoekster en dus niet kan vrijgegeven worden buiten het kader van de effectieve aanbesteding. De verwerende partij zou ook de intellectuele en commerciële rechten van de verzoekende partij schenden door buiten het kader van de effectieve aanbestedingen inlichtingen te vragen die behoren tot het biedend karakter van de aanbesteding aangezien het verschil in aanpak net het commercieel onderscheid tussen biedende partijen zou vormen en de gevraagde competenties geen bindend karakter hebben nu varianten zijn toegelaten en kandidaten dus ook andere technische bekwaamheden kunnen hebben om een m-payment oplossing aan te bieden die geschikt is voor e-government. Zij zou daarom ook verwezen hebben naar de diensten van de n.v. The Lodge Belgium voor de technische realisering van het project met vermelding van het internetadres wat volgens haar zeker voor een partij als FEDICT moet overeenstemmen met het leveren van de nodige bewijsstukken aangezien aldus op internet de referentielijst van deze onderneming kan worden aangeklikt waaruit onmiddellijk blijkt dat deze vennootschap beschikt over de nodige referenties en ervaring, zodat ten onrechte wordt gesteld dat voor deze onderneming

geen referenties of gerealiseerde projecten worden vermeld. De verzoekende partij voegt er verder aan toe dat het innoverend karakter van haar m-payment oplossing misschien van die aard is dat andere technologische kennis vereist is dan de verwerende partij veronderstelt, dat een bedrijf zoals the Lodge met 450 medewerkers en gespecialiseerd in informatie- en communicatietechnologie, blijkens haar website overgenomen door het beursgenoteerde Ordina met 3.200 medewerkers en een omzet van 345 miljoen euro, zich wel zal behoeden om in te stappen in een project dat haar goede naam in het gedrang brengt en dat ook via de homepage van PsiNet Europe, aan wie de kritische gegevensbewaking zou worden toevertrouwd, duidelijk blijkt dat verschillende Europese ondernemingen gebruik maken van haar diensten.

In dat licht komt het derhalve vreemd over dat wordt geoordeeld dat de kandidatuur van de verzoekende partij onvoldoende scoort met betrekking tot de minimumeisen ter beoordeling van de technische kwaliteit, opinie die in schril contrast staat met de bijzondere interesse van de vroegere kabinetschef van de Minister voor Telecommunicatie, Overheidsbedrijven en Participaties, nu gedelegeerd bestuurder van de Nationale Loterij, om inzage te hebben in de oplossingen die het HEUREKA betaalsysteem kon bieden zonder dat opmerkingen werden gemaakt bij de technologische capaciteiten van de The Lodge Belgium, alsook met de informatie in de kandidaatstelling met betrekking tot haar economische draagkracht, met name de handelsgesprekken tussen n.v. Waldman en verschillende leden van de Europese Vereniging van Staatsloterijen en Toto's en de intentieverklaring ondertekend met de v.z.w. Change for te Future, die niet zomaar "in een wilde bevlieging" een beslissing tot samenwerking met verzoekende partij heeft genomen.

Verder is het vreemd dat in de bestreden beslissing reeds voor de opening van de effectieve biedingen een oordeel wordt geveld over een oplossing die men nog niet kent uit hoofde van de technische relevantie van een toeleverancier die niet werd gecontroleerd en waarover geen enkele voorwaarde is gesteld, wat haaks zou staan op de doelstelling van de aanbesteding, "het creëren van een nationaal pakket van e-payment en m-payment oplossingen die hergebruikt zullen worden in andere publieke projecten" en op de gekozen vorm van toewijzing, nl. de onderhandelingsprocedure, nu net de onderhandeling (over de betwijfelde capaciteit van een onderneming) uit de weg wordt gegaan en een eenzijdig, ogenschijnlijk vooringenomen, maar finaal oordeel wordt geveld;

3.3.2. Overwegende dat het middel niet ernstig is om de volgende redenen :

Vooreerst dient, zoals bij het eerste middel, te worden vastgesteld dat prima facie niet valt in te zien hoe op basis van de uiteenzetting van de verzoekende partij tot het partijdig karakter van de bestreden beslissing kan worden besloten.

Zelfs indien zou worden aangenomen dat de reden van weigering prima facie onwettig zou zijn, wordt hiermee niet zonder meer aangetoond dat de reden ook partijdig is zoals verzoekster zonder meer beweert.

Uit de uiteenzetting van het middel blijkt prima facie dat de verzoekende partij in wezen de materiële motiveringsplicht geschonden acht.

Zoals gezegd bij het eerste middel steunt de beslissing op het oordeel dat de kandidatuur van HEUREKA onvoldoende scoort met betrekking tot de minimumeisen ter beoordeling van de technische kwaliteit waarbij de selectie blijkbaar vooral werd gebaseerd op de appreciatie en relevantie van de aangebrachte referenties ten aanzien van de te realiseren opdracht en waarbij het selectiecomité blijkbaar van oordeel was dat de kandidatuur van HEUREKA onvoldoende gegevens verstrekt en dat de relevantie ten aanzien van de opdracht “E/m payment services” onvoldoende is aangetoond. Er wordt volgens die beslissing melding gemaakt van het feit dat een beroep zou worden gedaan op de n.v. The Lodge Belgium uit Leuven zonder referenties of gerealiseerde projecten voor deze onderneming op te geven zodat het niet mogelijk was de relevantie ten opzichte van de opdracht vast te stellen.

Eveneens werd bij het eerste middel reeds aangegeven dat het weigeringsmotief aldus een toepassing lijkt te maken van de bepaling in de aankondiging van de opdracht dat de enkel de aanvragen tot deelneming van dienstverleners die beantwoorden aan de criteria die zijn opgenomen in pt. III.2 en die de nodige bewijsstukken bij hun aanvraag tot deelneming hebben gevoegd in aanmerking komen (pt. V) en de vaststelling dat de kandidaatstelling ter zake onvoldoende gegevens bevat.

In dit middel lijkt vooral de juistheid van dit motief te worden betwist.

Het feit dat in de kandidaatstelling wordt verwezen naar het internetadres van de technische toeleverancier The Lodge Belgium en van PsiNet Europe waarmee eerstgenoemde een samenwerkingsakkoord zou hebben, toont niet aan dat dit motief onjuist of onredelijk is. Met de opgave van het internetadres wordt

immers niet concreet aangegeven welke referenties en projecten de gevraagde technische bekwaamheid aantonen, zodat de verwerende partij terecht kon oordelen dat zij de relevantie ervan ten opzichte van de opdracht niet kon toetsen. Het is niet aan de overheid om zelf uit te maken welke van de op de website voorkomende referenties relevant zijn voor de gevraagde opdracht.

Het argument dat een bedrijf zoals The Lodge Belgium met 450 medewerkers en gespecialiseerd in informatie- en communicatietechnologie zich wel zal behoeden om in te stappen in een project dat haar goede naam in het gedrang brengt, alsook het argument dat uit de homepage van PsiNet Europe aan wie de kritische gegevensbewaking zou worden toevertrouwd, duidelijk blijkt dat verschillende Europses ondernemingen van haar diensten gebruik maken, gaan niet op. Immers lijken die argumenten niet van aard om het in gebreke blijven wat de opgave van relevante referenties voor de gevraagde technische bekwaamheid voor perceel 2 betreft, goed te maken.

Het argument dat de verzoekende partij, uitgaande van de veronderstelling dat een aanbesteding geheim is terwijl een kandidaatstelling dit niet is, geen uitleg wou geven over de door verwerende partij opgegeven competenties en zeker niet van plan was in het stadium van de kandidaatstelling reeds een voorbeeld van e-commerce toepassing te geven -informatie die behoort tot haar industriële eigendom en dus niet kan vrijgegeven worden buiten het kader van de effectieve aanbesteding- leidt niet tot een andere conclusie. Los van de vraag of de selectie geen onderdeel is van de ganse toewijzingsprocedure en niet eveneens geheim is - zo kunnen in de gemotiveerde gunningsbeslissing, maar ook reeds in een beslissing tot niet-selectie gegevens worden weggelaten onder meer indien de openbaarmaking de commerciële belangen van ondernemingen of de eerlijke mededinging in het gedrang zou brengen (zie voor diensten, artikel 80, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en, voor de bijzondere sectoren, artikel 111 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren van water, energie en telecommunicatie), is in het bestek uitdrukkelijk vereist dat de gevraagde technische bekwaamheid aan de hand van bijgevoegde stukken wordt aangetoond, dit op risico van nietigheid van de aanvraag tot deelneming. De verzoekende partij toont prima facie de onwettigheid van die bepaling niet aan en kan dan ook niet aan het bestuur te euvel duiden dat zij zelf het risico nam ter zake weinig of geen gegevens bij te voegen.

Eenzelfde conclusie lijkt prima facie te gelden voor het betoog van de verzoekende partij inzake de vermeende schending van haar intellectuele en commerciële rechten.

Met het argument dat het "vreemd" voorkomt dat wordt geoordeeld dat de kandidatuur onvoldoende scoort met betrekking tot de minimumeisen ter beoordeling van de technische kwaliteit, opinie die in schril contrast zou staan met de bijzondere interesse van de vroegere kabinetschef van de Minister voor Telecommunicatie, Overheidsbedrijven en Participaties, nu gedelegeerd bestuurder van de Nationale Loterij, om inzage te hebben in de oplossingen die het HEUREKA betaalsysteem kon bieden zonder dat opmerkingen werden gemaakt bij de technologische capaciteiten van de The Lodge Belgium, alsook met de informatie in de kandidaatstelling met betrekking tot haar economische draagkracht, met name de handelsgesprekken tussen n.v. Waldman en verschillende leden van de Europese Vereniging van Staatsloterijen en Toto's en de intentieverklaring ondertekend met v.z.w. Change for te Future, toont de verzoekende partij prima facie niet aan dat de conclusie dat de kandidatuur onvoldoende scoort met betrekking tot de minimumeisen ter beoordeling van de technische bekwaamheid niet correct is. Bovendien wordt in de kandidatuur van de verzoekende partij niet naar de n.v. Waldman verwezen voor wat betreft de technische bekwaamheid van de verzoekende partij.

Tenslotte stelt de verzoekende partij dat het "vreemd" zou zijn dat in de bestreden beslissing reeds vóór de opening van de effectieve biedingen een oordeel wordt geveld over een oplossing die men nog niet kent uit hoofde van de technische relevantie van een toeleverancier die niet werd gecontroleerd en waarover geen enkele voorwaarde is gesteld, wat haaks zou staan op de doelstelling van de aanbesteding, "het creëren van een nationaal pakket van e- payment en m-payment oplossingen die hergebruikt zullen worden in andere publieke projecten" en op de gekozen vorm van toewijzing, nl. de onderhandelingsprocedure, nu net de onderhandeling (over de betwijfelde capaciteit van een onderneming) uit de weg wordt gegaan en een eenzijdig, ogenschijnlijk vooringenomen, maar finaal oordeel wordt geveld. Zoals reeds prima facie gewezen, vereiste in casu de aankondiging van de opdracht dat voorafgaand aan het indienen van de offertes voor de onderhandelingsprocedure kandidaturen werden geselecteerd in het licht van de voorwaarden voor deelneming, waaronder de technische bekwaamheid. Dit lijkt onderscheiden te moeten worden van het beoordelen van de eigenlijke offerte aan de hand van de gunningscriteria van het bestek, zodat het argument prima facie niet opgaat;

4. Overwegende dat geen ernstige middelen worden aangevoerd; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen, zonder dat de door de verwerende partij opgeworpen excepties van onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid moeten worden onderzocht,

B E S L U I T :

<u>Artikel 1</u>.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen worden verworpen.

<u>Artikel 2</u>.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftien juli tweeduizend en vier, door :

Mevr.	M.-R. BRACKE,	kamervoorzitter,
Mevr.	A. WIJNANTS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

A. WIJNANTS. **M.-R. BRACKE.**