RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 182.224 van 22 april 2008
in de zaak A. 187.630/XII-5375.

In zake : de NV CCV-CARDFON,
die woonplaats kiest bij
advocaat F. Ver Elst,
kantoor houdende te Ieper,
Brugseweg 63

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Binnenlandse Zaken,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV CCV-Cardfon op 26 maart 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van "het besluit van 17.03.2008 van de Minister van Binnenlandse Zaken, tot onregelmatig verklaring van de offerte van verzoeker aan de overeenkomst DGS/DSA 2007 R 3 084, ter kennis gebracht aan mijn verzoeker bij aangetekend schrijven van 17.03.2008";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 26 maart 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 15 april 2008, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten F. Ver Elst en P. Defreyne, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De in het geding zijnde opdracht wordt volgens het te dezen toepasselijke bestek nr. DGS/DSA 2007 R3 084 gegund met de procedure van de algemene offerteaanvraag. De opdracht wordt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie bekendgemaakt.

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven :

"Open meerjarige overeenkomst van diensten voor de aankoop, de levering en het onderhoud van mobiele betaalterminals".

De overeenkomst bestaat uit één perceel met zeven posten : post 1 is de aankoop en levering van een mobiele betaalterminal via een Belgisch GSM-netwerk, post 2 de aankoop en levering van een mobiele betaalterminal via een Belgisch GPRS-netwerk, post 3 is de aankoop van papierrolletjes voor de betaalterminals, post 4 omvat accessoires, post 5 een vormingssessie, post 6 omvat het ter beschikking stellen van de transactiegegevens van post 1 en 2 over de periode van een maand en per betaalmodus en post 7 betreft het onderhoud.

Post 7.4. luidt als volgt :

"De kosten verbonden aan het gebruik van de debetkaarten 'Bancontact/MisterCash'
Post 7.4.a - Eénmalige activatiekost
Post 7.4.b - Maandelijkse abonnementskost
Post 7.4.c - Transactiekost".

Artikel 1.8 van het bestek heeft het als volgt over varianten :

"1.8.1. Algemene regel
Krachtens artikel 103 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 mag iedere inschrijver slechts één offerte indienen per opdracht.
1.8.2. Vrije variante met beperking

Voor de huidige overeenkomst is het toegestaan om voor post 1 of 2 OFWEL een basisofferte OFWEL één enkele vrije variante aan te bieden. [...]".

2. Volgens het "tussentijds verslag van uitsluiting" ondertekend op 30 augustus 2007 zijn offertes ingediend door :

"- Atos Worldline
- CCV Cardfon [verzoekende partij]
- Thales".

De offerte van verzoekende partij - bijlage A/1 - vermeldt voor de voormelde post 7.4 ("De kosten voor verbonden aan het gebruik van de debetkaarten 'Bancontact/MisterCash'") het volgende :

"

7.4	*Kosten voor debet-kaarten "Bancontact/ Mister Cash"*		
7.4.a	*Eenmalige activatiekost*	*27,19 euro***	*21% **
7.4.b	*Maandelijkse abonnementskost* */Horizon* */Optimax*	*20,40 euro /per maand*** *16,11 euro /per maand***	*21% ** *21% **
7.4.c	*Transactiekost* */Horizon* */Optimax*	*0,0662 euro /per transactie*** *0,1126 euro /per transactie***	*21% ** *21% **

** Alle prijzen verbonden aan transacties werden ons in een prijsvoorstel door Atos Worldline NV. bezorgd, welke in bijlage van dit dossier werd toegevoegd. CCV Cardfon NV. heeft Atos Worldline NV. bij prijsaanvraag volledig op de hoogte gesteld van de commerciële en technische vereisten inzake dit dossier en gaat er dan ook van uit dat deze prijsstelling volledig conform deze eisen is opgesteld. Voor verdere gedetailleerde informatie verwijzen wij dan ook naar het eigen dossier van Atos Worldline, welke volgens de Belgische Raad voor Mededinging niet in prijs mag afwijken in eenzelfde dossier".

3. In het voormelde "tussentijds verslag van uitsluiting" worden twee offertes als niet conform aangemerkt namelijk die van de verzoekende partij en die van Thales.

Wat de offerte van de verzoekende partij betreft wordt vastgesteld wat volgt :

> "De offerte van CCV Cardfon is administratief niet conform om de volgende reden :
> 'In de prijzentabel (bijlage A/1 bij het bestek) worden voor post 7.4.b en 7.4.c twee (2) prijzen opgegeven, met name voor het systeem Horizon en het systeem Optimax. Dit wil zeggen dat er twee offertes werden ingediend, wat in strijd is met artikel 103 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, dat zegt dat iedere inschrijver slechts één offerte mag indienen per opdracht.
> Dit heeft een substantiële onregelmatigheid van de offerte tot gevolg'".

Alleen de offerte van Atos Worldline wordt administratief conform bevonden en alleen die zal aan verdere technische evaluatie worden onderworpen.

Voorts wordt als volgt overwogen :

> "2.3.2.4. Opschorting
> Rekening houdend met het artikel 3, 3/ van het ministeriële besluit van delegatie van 9 januari 2001, kan de directeur van de aankopen de deelname van een inschrijver opschorten in afwachting van de definitieve beslissing van de minister.
> Deze beslissing zal dus bevestigd worden door de minister tijdens de toewijzing van de overeenkomst".

Het laatste punt van dit verslag is de volgende passage, ondertekend door de waarnemend directeur van de aankopen en gedagtekend op 11 september 2007 :

> "5. Uitsluiting van de overeenkomst
> Op basis van de bovenstaande argumentatie, beslis ik om de deelname van de inschrijvers CCV Cardfon en Thales op te schorten voor verdere evaluatie in het kader van de overeenkomst DGS/DSA 2007 R3 084".

Die optie om de deelname van de verzoekende partij op te schorten wordt, afzonderlijk, door voornoemde directeur geformaliseerd in een "gemotiveerde beslissing" van 12 september 2007 met de voormelde redengeving. Deze "beslissing" is als bijlage gevoegd bij de brief van 12 september 2007 die de verwerende partij aan de verzoekende partij zendt. In die brief wordt onder meer gesteld :

> "De gunningsbeslissing van het bovenvermeld dossier is het voorwerp van een gemotiveerde beslissing waarvan een afschrift in bijlage is gevoegd".

Voorts wordt in de brief verwezen naar artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en op de daarin bepaalde termijn van tien kalenderdagen om beroep aan te tekenen, onder meer bij de Raad van State via een uiterst dringende rechtspleging.

De verzoekende partij dient een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid in op 21 september 2007 (zaak gekend onder het rolnummer A/A.185.212/XII-5212) met als voorwerp :

> "Het Besluit van 12.09.2007 van de Waarnemend Directeur van de Aankopen, genomen bij delegatie van de Minister van Binnenlandse Zaken, tot opschorting van de deelname van CCV Cardfon aan de overeenkomst DGS/DSA 2007 R 3 084, wegens substantiële onregelmatigheid van de offerte en dit tot definitieve beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken, ter kennis gebracht aan mijn verzoeker bij aangetekend schrijven van 12.09.2007".

Bij arrest nr. 175.629 van 11 oktober 2007 verwerpt de Raad van State dit beroep omdat de bestreden beslissing geen definitieve beslissing lijkt.

4. Op 10 maart 2008 beslist de bevoegde minister de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren en niet meer in aanmerking te nemen voor verdere evaluatie. Die beslissing is onderdeel van een beslissing die ook de toewijzing van de opdracht aan Atos Wordline bevat.

Bij brief van 17 maart 2008 ondertekend door dezelfde minister, wordt de verzoekende partij de "gemotiveerde beslissing" medegedeeld waarbij haar offerte onregelmatig is bevonden en als nietig wordt beschouwd.

De "motivatie in rechte" wordt daarbij verstrekt en de "motivatie in feite". Die laatste luidt als volgt :

> "2 Motivatie in feite
> Uw offerte is onregelmatig om de volgende reden:
> In de prijzentabel (bijlage A/1 bij het bestek) worden voor post 7.4.b en 7.4.c twee (2) prijzen opgegeven, met name voor het systeem Horizon en het systeem Optimax.
> Het punt 1.8 van het bestek meldt dat varianten alleen toegelaten zijn voor de posten 1 en 2. De voorgestelde afwijkingen hebben betrekking voor posten 7.4.b en 7.4.c. De voorgestelde afwijkingen zijn onaanvaard en dus niet weerhouden kunnen worden. Bovendien moet uw offerte overeenkomstig artikel 103 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, als onregelmatig worden beschouwd omdat u twee offerte (twee prijzen) hebt ingediend.
> Dit heeft de substantiële nietigheid van uw offerte tot gevolg".

Met een tweede brief van 17 maart 2008 ondertekend door de voormelde minister krijgt de verzoekende partij ook nog eens een “kennisgeving onregelmatige offerte”, waarin wordt gewezen op de beroepsmogelijkheden vervat in het voornoemde artikel 21bis van de wet van 24 december 1993.

Het voorwerp

6. Ter terechtzitting verklaart de verzoekende partij haar vordering uit te breiden tot de toewijzingbeslissing, waarvan zij verklaart tot voor kort geen weet te hebben gehad.

De verzoekende partij betuigt aldus haar volgehouden belangstelling bij de onderhavige zaak en het kan haar te dezen niet worden te kwade geduid dat zij niet meteen ook de toewijzing aan een mede-inschrijver aanvocht nu zij daar op het ogenblik dat zij haar vordering instelde, door de verwerende partij niet van op de hoogte was gebracht. Het lijkt weinig in overeenstemming met de vereisten van een deugdelijke rechtsbescherming dat een opdrachtgevend bestuur zoals te dezen enkel de uitsluiting van een inschrijver aan deze meedeelt maar hem bij die kennisgeving de terzelfder tijd genomen toewijzingsbeslissing niet kenbaar maakt. Het is immers vereist dat een verzoekende partij, teneinde haar belang te behouden bij haar vordering tegen haar eigen uitsluiting, ook de toewijzing aan de gekozen inschrijver aanvecht.

Een definitieve beoordeling van de toelaatbaarheid van de voormelde uitbreiding van de vordering is te dezen echter niet noodzakelijk, nu hierna zal blijken dat niet is voldaan aan de schorsingsvoorwaarde van een ernstig middel, en moet worden aanvaard dat de middelen die tegen de uitsluitingsbeslissing zijn aangevoerd, ook de middelen zijn die tegen de toewijzingsbeslissing worden ingebracht.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

7. Krachtens 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.

8. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een *eerste middel* de schending aan van de materiële en de formele motiveringsverplichting, doordat de motivering "niet afdoende of verkeerd" is; de motivering gaat er immers van uit dat de verzoekende partij in haar offerte de verwerende partij een keuze gaf: ofwel een abonnement Horizon voor elke terminal (maandelijkse abonnementsprijs 20,40 euro, transactiekost 0,0662 euro) ofwel een abonnement Optimax voor elke terminal (maandelijkse abonnementsprijs 16,11 euro, transactiekost 0,1126 euro); dit is evenwel een verkeerde interpretatie van de offerte van de verzoekende partij; de verzoekende partij heeft dit reeds meermaals aan verwerende partij uitgelegd: bij mail van 16 september 2007, in de vorige procedure bij de Raad van State en bij aangetekend schrijven van 4 oktober 2007. De offerte betekent niet dat de verwerende partij voor gans haar netwerk ofwel Horizon ofwel Optimax neemt; de offerte betekent dat de verwerende partij voor elke gebruiker binnen haar netwerk kan kiezen voor ofwel Optimax, ofwel Horizon. Voor elke terminal wordt één optie gekozen. Het gaat dus niet om twee prijsoffertes doch om één prijsvoorstel. De overgangsgrens is bepaald op 93 transacties per maand. Boven de 93 transacties is Horizon het voordeligst, onder de 93 is het Optimax. De verwerende partij dient zelf in te schatten hoeveel transacties in een bepaald korps verwacht worden en zo kiezen voor dit korps voor het ene of andere systeem. De verzoekende partij wijst er voorts op dat zij in het dossier dat gevoegd was bij haar offerte, duidelijk de betreffende uitleg gevoegd heeft : zoals uit de inhoudstafel van haar totaal-offerte blijkt, werd een bijlage gevoegd "Bijlage Atos Worldline NV - Banksys met prijzen" en een "Bijlage Atos Worldline NV - BCC" met prijzen; uit de bestreden beslissing blijkt helemaal niet waarom de verwerende partij toch oordeelt dat er sprake is van twee prijzen. Omgekeerd is het de verzoekende partij totaal onduidelijk hoe zij haar ene offerte dan wel anders had kunnen of moeten indienen.

9. Artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt als volgt :

> "Onafgezien van eventuele varianten, mag ieder inschrijver slechts één offerte indienen per opdracht".

Zoals hoger is gebleken, heeft de verzoekende partij voor posten 7.4.b en 7.4.c twee systemen opgegeven met elk een eigen prijs. De verzoekende partij gaat ervan uit dat het duidelijk is dat de verwerende partij voor elke terminal uitsluitend voor één van de twee systemen zou opteren naargelang de te verwachten gebruiksintensiteit. De verzoekende partij meent dat het duidelijk is dat ze in wezen voor gans het netwerk één systeem voorstelt met name een gemengd. Prima facie lijkt dit echter niet zomaar af te leiden uit de offerte; zelfs uit haar stuk 7 waar de verzoekende partij zonder specificering van bladzijden naar verwijst, een stuk van tientallen bladzijden van mede-inschrijver Atos Worldline NV, lijkt het niet duidelijk dat er eigenlijk een gemengd systeem wordt voorgesteld en wat de verzoekende partij beweert namelijk dat vanaf 93 verrichtingen het ene systeem goedkoper is dan het andere. De interpretatie van verzoekende partij is aldus op zijn minst niet evident. De verzoekende partij zet ook niet nader uiteen, in hoeverre het technisch mogelijk is om met een gemengd systeem te werken d.w.z. een aantal korpsen uitrusten met het ene systeem en de andere korpsen met het andere systeem. De verzoekende partij beroept zich overigens in wezen op een uitleg die ze geeft na indiening van haar offerte, hetgeen niet vermag haar probleem te verhelpen: de verwerende partij lijkt met reden de betrokken inschrijving te hebben kunnen beoordelen als bevattende twee offertes, en zulks in tegenstrijd met het voormelde artikel 103. De materiële motieven lijken niet ondeugdelijk.

Voorts kende de verzoekende partij deze motieven aangezien ze deze aan kritiek onderwerpt in het middel: aldus is het doel van de formele motiveringsverplichting bereikt, en heeft de verzoekende partij er geen belang bij de schending ervan in te roepen.

Het middel is niet ernstig.

10. In een *tweede middel* verwijt de verzoekende partij de verwerende partij een inbreuk te hebben gepleegd op de “zorgvuldigheidsnorm” : de verwerende partij, vooraleer de verzoekende partij zomaar uit te sluiten, had de uitleg gegeven in het offerte-dossier van de verzoekende partij dienen na te gaan; de verwerende partij is voorbijgegaan aan de evidentie dat een maandelijkse abonnementsprijs van 20 euro of 16 euro nooit kan slaan op het abonnement voor het ganse systeem van alle politiekorpsen in het rijk. De verwerende partij heeft trouwens nagelaten enige informatie dienaangaande in te winnen bij de verzoekende partij en is voorbijgegaan aan de informatie die de verzoekende partij de verwerende partij bezorgd heeft na indiening van de offerte. De verwerende partij had moeten weten dat het normaal is

dat de prijsaanrekening voor een korps dat veel transacties heeft tegenover een korps dat er weinig heeft, uiteraard anders is; dit is een zeer normaal gegeven in de communicatiesector.

Ook wijst de verzoekende partij er op dat in een brief van de verwerende partij van 23 oktober 2007 deze zonder nadere motivering schrijft dat de beslissing tot opschorting door de minister “uiteraard” zal worden bevestigd.

11. De verzoekende partij betoogt dat het voor de verwerende partij duidelijk had moeten zijn dat de prijzen (posten 7.4.b en 7.4.c) die opgegeven werd, betrekking hadden op één betaalterminal en niet op gans het netwerk. Zulks lijkt vanzelfsprekend maar doet niets af aan het feit dat de verzoekende partij voor een bepaalde post twee onderscheiden prijzen opgeeft zonder decisieve toelichting zodat de verwerende partij er mocht van uitgaan dat de verzoekende partij twee systemen aanbood voor elke betaalterminal en dat de verwerende partij dus de keuze had tussen twee prijzen. Nog afgezien van de vraag in hoeverre de verwerende partij gerechtigd was of zelfs verplicht de door de verzoekende partij gesuggereerde verduidelijking te vragen, zou haar antwoord in elk geval lijken in te houden dat zij twee complementaire systemen aanbood terwijl van complementariteit in de initiële offerte geen sprake lijkt, althans liet de verzoekende partij na dit duidelijk aan te geven.

De bewering, dat de verwerende partij had moeten weten dat het normaal is dat de prijsaanrekening voor een korps dat veel transacties heeft tegenover een korps dat er weinig heeft, uiteraard anders is en dat dit een zeer normaal gegeven is in de communicatiesector, lijkt geen evidentie : uit de -door het auditoraat opgevraagde- stukken van de andere twee inschrijvers blijkt dat ze elk slechts één prijs vermelden.

Wat ten slotte de brief van 23 oktober 2007 betreft lijkt ook hier het standpunt van de verwerende partij te moeten worden bijgevallen : het antwoord in de brief van 23 oktober 2007 kan enkel worden begrepen als een loutere bevestiging dat de procedure verder voortgang zal vinden zoals de regelgeving bepaalt namelijk dat de beslissing van de waarnemend directeur van de Aankopen zal worden voorgelegd aan de bevoegde minister ter bevestiging. Ook het tweede middel is niet ernstig.

11. Aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die moeten vervuld zijn om de schorsing toe te wijzen, is niet voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

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 tweeëntwintig april 2008, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**