RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 219.430 van 22 mei 2012
in de zaak A. 204.601/XII-6928

In zake: de BVBA CWT BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Wouter Moonen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Landsverdediging

Verzoekende partij in tussenkomst:

de NV OMNIA TRAVEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Johan Durnez en Erwin Goffin
kantoor houdend te 3050 Oud-Heverlee
Waversebaan 134 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 april 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

"1) de beslissing meegedeeld per aangetekende brief van 6 april 2012 waarbij de offerte van de CWT Belgium onregelmatig werd verklaard in het raam van de gunning van een opdracht houdende een meerjarige overeenkomst (2012-2015) voor het verstrekken van reisbureaudiensten ten voordele van defensie (Bestek MRMP-S/S nr12SS770)
en

2) de eventuele toewijzingsbeslissing van de Minister van Landsverdediging met ongekende datum waarbij beslist werd de opdracht houdende een meerjarige overeenkomst (2012-2015) voor het verstrekken van reisbureaudiensten ten voordele van defensie toe te wijzen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 mei 2012 heeft de nv Omnia Travel gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 mei 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Wauters en Wouter Moonen, die verschijnen voor de verzoekende partij, majoor militair administrateur Philippe Van Gijseghem, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Erwin Goffin, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor aanneming van diensten, in de aankondiging vermeld als "Meerjarige overeenkomst (2012 – 2015) voor het verstrekken van reisbureaudiensten ten voordele van Defensie".

Het gunningverslag vermeldt als “initieel geschat bedrag” voor de periode 2012 tot en met 2015 een bedrag van 26.576.100,00 euro.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 10 juni 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 15 juni 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek MRMP-S/S Nr. 12SS770 is op deze opdracht van toepassing.

Het bestek bevat in bijlage C een aantal specificaties van de diensten. Artikel 2 c “Technische en logistieke specificaties” van het bestek bepaalt in dat verband:

> “(1) Conformiteit
> De dienstprestaties zullen conform zijn aan de specificaties vermeld in Bijl C.
> (2) Types specificaties
> • I: onontbeerlijke eis waaraan de dienstverlening moet voldoen vanaf het indienen van de offerte op straffe van niet conform te worden verklaard en uitgesloten te worden voor de overeenkomst.
> • D: het doel van een [D] vereiste is het aantonen door de inschrijver dat hij aan een [I] en/ of [S] voldoet vereiste op het moment van indienen van de offerte. Een [D] vereiste is voldaan door de levering van de voor deze vereiste gepaste bewijsstukken in de vorm van documenten en/ of gegevens. Per [D] vereiste is in het bestek duidelijk gemaakt welke de minimale kwalitatieve en kwantitatieve inhoud van deze documenten en/ of gegevens moet zijn. Het leveren van onvolledige documenten en/ of gegevens heeft tot gevolg dat:
> • Voor een [I] vereiste, de offerte absoluut onregelmatig verklaard wordt.
> • Voor een [S] vereiste, de meerwaarde verbonden aan deze vereiste niet toegekend wordt.
> • S: wenselijke eis, die leidt tot een meerwaarde bij de evaluatie van de offertes”.

Dit wordt hernomen in de voorafgaande toelichting van bijlage C. Deze bijlage omschrijft het voorwerp van de opdracht en bevat specificaties gevolgd door in te vullen kolommen “Offerte voldoet aan eis ?” en “Referte van de

bijkomende toelichting in de offerte". De betekenis van deze kolommen worden in de voorafgaande toelichting als volgt omschreven:

> "2. 'Offerte voldoet aan eis'
> • 'JA': door het ondertekenen van zijn offerte verbindt de inschrijver zich ertoe deze eis na te leven tijdens de uitvoering van het contract. De aanbestedende overheid verwacht geen bijkomende toelichting.
> • 'Zie toelichting': de inschrijver dient gepaste bewijsstukken bij zijn offerte te voegen waaruit blijkt dat hij in staat is om aan deze eis te beantwoorden tijdens de uitvoering van het contract. De conformiteit van deze stukken zal het voorwerp uitmaken van evaluatie.
> • (andere vermelding): in geval van een [S]-vereiste, kan de inschrijver hier zijn voorstel van meerwaarde invullen.
> 3. 'Referte van de bijkomende toelichting in de offerte'
> • 'Z.V.' = zonder voorwerp
> • Hier wordt de referte van het document in het technische luik van de offerte (TL) vermeld dat betrekking dient te hebben op de gevraagde toelichting".

Artikel 8 van het bestek omschrijft de twee gunningscriteria: prijs (80 %) en kwaliteit (20 %).

3.4. Op 26 augustus 2011 vindt een informatievergadering plaats. Een verslag met de vragen en antwoorden wordt opgesteld en volgens het gunningsverslag op 12 september 2011 gepubliceerd.

3.5. Verzoekende partij en de nv Omnia dienen elk een offerte in.

3.6. In het gunningsverslag van 14 oktober 2011 worden beide inschrijvers geselecteerd maar wordt de offerte van verzoekende partij formeel en materieel onregelmatig bevonden. De offerte van de nv Omnia wordt regelmatig bevonden.

De offerte van de nv Omnia wordt verder geëvalueerd en er wordt voorgesteld de opdracht aan haar te gunnen als inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte.

3.7. Op 30 maart 2012 ondertekent de bevoegde minister de beslissing in die zin. Een bijlage bevat de volgende "Motieven van wering" wat de offerte van verzoekende partij betreft:

> "Onderwerp: Motieven van wering
> U vindt hieronder de motieven die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing van wering die genomen werd door de bevoegde ordonnateur:
> • De offerte is formeel onregelmatig:
>
> De ingediende offerte vertegenwoordigt een waarde van 5.959.375,80 euro hetgeen uitstijgt boven het toegekende mandaat van 5.000.000 euro voor de Heer Henri Losseau.
>
> • De offerte is materieel onregelmatig op administratief vlak:
>
> De firma CWT vermeldt een prijs van 32,84 euro per 'niet getarifeerde aanvraag'. Dit is in tegenspraak met het bestek bijlage C punt 3.b(3) waarbij de prijsofferte (inbegrepen alle vergoedingen van de dienstverlener) slechts ingediend wordt na de prijsaanvraag van Defensie.
>
> • De offerte is materieel onregelmatig ten opzichte van de essentiële eisen:
>
> I-eis 2a(11) --> De Airtickets moeten kosteloos geannuleerd kunnen worden tot 14 dagen voor het vertrek en kosteloos kunnen gewijzigd worden tot 7 dagen voor het vertrek.
>
> In haar toelichting TL B antwoordt CWT 'De meeste restrictieve tickets (en aldus de goedkoopste tickets waar Defensie ook vandaag de dag het meest gebruik van maakt) zijn niet annuleerbaar' en 'Kosten verbonden aan het ticket zullen aan Defensie doorbelast worden'.
>
> I-eis 2c(4) --> Elke wijziging in de voorziene routing of bestemming als gevolg van een oorzaak extern aan de reiziger (bv. vertraging, annulatie, overboeking, enz.) geeft aanleiding tot een kosteloze interventie van de dienstverlener, die alle noodzakelijke maatregelen omvat (bv. rerouting, extra overnachting, enz.) met het oog op een minimale hinder voor de reiziger.
>
> In haar toelichting TL E antwoordt CWT 'Kosten verbonden aan rerouting (supplement, nieuw ticket en/of extra overnachting) zal aan Defensie worden doorbelast. CWT kan niet verantwoordelijk worden gesteld voor fouten/hinder veroorzaakt door derde partijen'.
>
> I-eis 2e(1) --> Elke dienstverlening moet in het Nederlands en in het Frans kunnen gebeuren.
>
> In haar toelichting TL 6 antwoordt CWT 'Nederlands is niet altijd beschikbaar daar er een beperkt aantal medewerkers zijn en dit afhankelijk is van het aantal calls die binnen komen; Frans en Engels zijn ten allen tijde beschikbaar'".

3.8. Met een op 6 april 2012 aangetekend verzonden brief deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte als niet regelmatig werd beschouwd. De voormelde nota met de "Motieven van wering" wordt bijgevoegd.

3.9. Met een aangetekende brief van 10 april 2012 deelt verwerende partij aan de gekozen inschrijver nv Omnia mee dat haar offerte werd goedgekeurd.

IV. Tussenkomst

4. De nv Omnia dient op 8 mei 2012 een verzoekschrift tot tussenkomst in.

5. Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

6.1. Verwerende partij betwist in een exceptie de rechtsmacht van de Raad van State en het belang van verzoekende partij bij de vordering omdat de overeenkomst met de nv Omnia reeds tot stand is gekomen.

6.2. Tussenkomende partij werpt op dat de vordering onontvankelijk is omdat er geen proces-verbaal voorligt van de beslissing tot in rechte treden van het bevoegde orgaan van verzoekende partij en omdat de vordering niet tijdig werd ingesteld.

Beoordeling

7.1. In beginsel bestaat er geen noodzaak om een exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen wanneer de grondvoorwaarden voor het toewijzen van een schorsing niet zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, hier het geval is.

In dat licht zal dan ook enkel de exceptie inzake de rechtsmacht van de Raad van State en de ermee nauw samenhangende exceptie van gebrek aan belang worden onderzocht.

7.2. Het lijkt hier een opdracht voor een dienst in de zin van bijlage 2 B bij de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zodat de opdracht overeenkomstig artikel 62, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, niet onderworpen zou zijn aan Europese bekendmaking en daarom overeenkomstig artikel 65/12 van de wet van 24 december 1993 gesloten lijkt te mogen worden zonder toepassing van de wachttermijn bedoeld in artikel 65/11. Deze blijkt ook niet vrijwillig te zijn toegepast.

Door de kennisgeving met een aangetekende brief van 10 april 2012 aan tussenkomende partij dat haar offerte werd goedgekeurd, lijkt de opdracht gesloten en de overeenkomst tussen verwerende partij en de nv Omnia tot stand gekomen.

7.3. Het voorwerp van de vordering is echter niet de overeenkomst, maar de daarvan afsplitsbare beslissing tot het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij en tot gunning van de opdracht aan de nv Omnia.

De exceptie van verwerende partij gaat er in essentie van uit dat aangezien er geen wachttermijn van toepassing was, de opdracht - dus het contract - gesloten mocht worden en dat de opdracht werd gesloten zodat deze opdracht onaantastbaar is.

Het staat niet vast dat verzoekende partij, enkel omdat de opdracht werd gesloten, geen belang meer kan hebben bij de schorsing van de afsplitsbare rechtshandeling die de gunningsbeslissing is. De Raad van State kan immers bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een dergelijke schorsing, ook wanneer de opdracht al werd gesloten. Dit standpunt lijkt ook het meest conform de ruime omschrijving van het

belang in artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993, die via artikel 65/15 ook geldt voor de vordering tot schorsing.

De rechtsmacht van de Raad van State en het belang van verzoekende partij worden in de huidige stand van het geding aanvaard.

VI. De schorsingsvoorwaarden

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

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

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

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

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

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

9. Verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het bestek, van de zorgvuldigheidsplicht en van de materiële-motiveringsplicht.

9.1. In een eerste onderdeel betwist zij de formele onregelmatigheid van haar offerte. Zij voert aan dat het argument dat de ingediende offerte een waarde van 5.959.375,80 euro zou vertegenwoordigen en dus niet in naam en voor rekening van verzoekende partij kon worden ondertekend door de Chief Financial Officer CWT Benelux die slechts bevoegd is tot 5.000.000,00 euro, gebaseerd is op een verkeerd uitgangspunt.

9.2. Een tweede onderdeel betreft het motief inzake de "materiële onregelmatigheid op administratief vlak". Na een verwijzing naar de inhoud van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, stelt verzoekende partij dat de bestreden beslissing aangaande die onregelmatigheid niet de minste juridische en feitelijke toelichting bevat die verzoekende partij in staat moet stellen zich op een afdoende wijze ervan te vergewissen waarom haar offerte materieel niet zou voldoen.

9.3. In een derde onderdeel betwist verzoekende partij dat haar offerte materieel onregelmatig is ten opzichte van drie essentiële eisen van het bestek. Daarbij voert verzoekende partij drie subonderdelen aan.

Haar offerte werd, aldus verzoekende partij, ten onrechte onregelmatig verklaard ten opzichte van I-eis 2a(11) nu in haar offerte de annulatie en de wijziging van de airtickets volledig kosteloos gebeurt met betrekking tot de diensten die verzoekende partij zelf aanbiedt. Zij wijst er in haar offerte verder op

dat de vliegmaatschappijen zelf voor hun diensten in dat kader wel kosten kunnen aanrekenen en dat deze zullen worden doorgerekend. Dit betreft echter niet de diensten van verzoekende partij. Verwerende partij miskent in deze onregelmatigheid haar eigen bestek, minstens is de motivering in rechte niet draagkrachtig. Uit het bestek volgt volgens verzoekende partij, "wanneer men dit conform de realiteit motiveert, op geen enkele wijze dat ook ten aanzien van de vliegmaatschappij de kosteloosheid moet gegarandeerd worden door de inschrijver. In de realiteit bestaat er geen enkel airticket dat bij de vliegtuigmaatschappij kosteloos kan geannuleerd worden 14 dagen vooraf of kosteloos kan gewijzigd worden 7 dagen vooraf".

Ook inzake I-eis 2c(4), zo vervolgt verzoekende partij, werd haar offerte ten onrechte onregelmatig verklaard nu zij in de offerte uitdrukkelijk stelt kosteloos te interveniëren in geval van wijziging van de voorziene routing of bestemming als gevolg van een oorzaak extern aan de reiziger. Voor de kosten die vreemd zijn aan haar dienstverlening kan verzoekende partij niet instaan.

Haar offerte, zo besluit verzoekende partij dit onderdeel, werd ook ten onrechte onregelmatig verklaard omdat niet zou zijn voldaan aan de I-eis 2e(1). Immers, uit de toelichting bij haar offerte blijkt geenszins, zoals verwerende partij meent, dat de dienstverlening niet in de Nederlandse taal zou kunnen gebeuren.

Beoordeling

10.1. Wat het derde onderdeel betreft voert verzoekende partij in het eerste subonderdeel kritiek aan met betrekking tot het motief over I-eis 2a(11).

10.2. Punt 2 van bijlage C "Specificaties van de diensten" bij het bestek betreft het minimaal vereiste niveau van de dienstverlening en bevat onder a de "eisen verbonden aan de verstrekking van reisvoorstellen". De daar beschreven I-eis 2a(11) luidt:

> "Tenzij anders bepaald in de reisaanvraag zijn de minimum normen voor vliegtuigreizen in een routine-aanvraag:

> Economy Class Seats in door IATA erkende Airlines, niet voorkomend op de door de Europese unie opgestelde zwarte lijst van luchtvaart-maatschappijen.
> Airtickets dienen kosteloos geannuleerd te kunnen worden tot 14 dagen voor vertrek.
> Airtickets dienen kosteloos gewijzigd te kunnen worden tot 7 dagen voor vertrek. Hieronder worden alle wijzigingen (routing/datum/uur, enz.) begrepen, uitgezonderd naamswijzigingen van (de) reiziger(s). Deze naamswijzigingen zullen behandeld worden als annulaties en herboekingen.
> De maximum dagelijkse reisduur is 12 uur. Als deze overschreden wordt zal een hotelovernachting voorzien worden.
> Het maximum aantal overstappen voor continentale bestemmingen bedraagt maximum 1.
> Het maximum aantal overstappen voor intercontinentale bestemmingen bedraagt maximum 2.
> De boeking van airtickets dient te gebeuren tegen de beste prijs. De prestatie-indicatoren zullen geëvalueerd worden volgens Bijl C, Aanh 2, Par 3".

Hierover werd, volgens de nota van verwerende partij en ter zitting niet weersproken door verzoekende partij, door verzoekende partij op de informatievergadering de vraag gesteld waarom materie die eigen is aan bepaalde leveranciers bij het reisagentschap wordt gelegd; er wordt geantwoord dat dit een minimale eis is waaraan de dienstverlening met betrekking tot de vliegtuigreizen moet voldoen.

10.3. De offerte van verzoekende partij is volgens verwerende partij niet conform deze eis, namelijk de vereiste dat airtickets kosteloos dienen te kunnen worden geannuleerd tot 14 dagen voor vertrek en kosteloos dienen te kunnen worden gewijzigd tot 7 dagen voor vertrek, omdat:

> "[CWT in haar toelichting TL B antwoordt]: 'De meeste restrictieve tickets (en aldus de goedkoopste tickets waar Defensie ook vandaag de dag het meest gebruik van maakt) zijn niet annuleerbaar' en 'Kosten verbonden aan het ticket zullen aan Defensie doorbelast worden'".

10.4. Verzoekende partij betwist dit motief in essentie omdat in haar offerte de annulatie en de wijziging van de airtickets volledig kosteloos gebeurt met betrekking tot de diensten die verzoekende partij zelf aanbiedt en uit het bestek

geenszins volgt dat zij ook ten aanzien van de vliegmaatschappij de kosteloosheid moet garanderen nu er geen enkel airticket bestaat dat bij de vliegtuigmaatschappij kosteloos kan worden geannuleerd 14 dagen vooraf of kosteloos kan worden gewijzigd 7 dagen vooraf; enkel indien de vliegmaatschappij daarvoor kosten aanrekent zullen die worden doorgerekend.

Het bestek bepaalt evenwel uitdrukkelijk dat airtickets kosteloos geannuleerd moeten kunnen worden tot 14 dagen voor het vertrek en kosteloos gewijzigd tot 7 dagen voor het vertrek en beperkt dit niet uitdrukkelijk tot de kosten van de diensten van de inschrijver zelf. Verzoekende partij toont voorts niet *prima facie* aan waarom het feit dat geen vliegmaatschappij dit kosteloos toelaat, uitsluit dat het bestek kan vereisen dat de inschrijver die kosten niet doorrekent. Uit haar offerte zelf blijkt dat zij niet aan die vereiste voldoet.

De kritiek op dit motief, mede in het licht van de informatievergadering, is dan ook niet ernstig.

11. Uit het niet ernstig bevinden van het eerste subonderdeel van het derde onderdeel vloeit voort dat dit motief tot onregelmatigverklaring wettig lijkt en deze beslissing op zich kan schragen. De overige motieven tot onregelmatigverklaring waarop verzoekende partij kritiek geeft in het eerste onderdeel, het tweede onderdeel en het tweede en derde subonderdeel van het derde onderdeel, lijken dan ook overtollige motieven zodat op hun kritiek niet moet worden ingegaan.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

12. Verzoekende partij voert de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. de materiële motiveringsplicht”.

Aangezien uit het eerste middel blijkt dat de offerte van verzoekende partij niet op wettige motieven als onregelmatig werd geweerd en ten onrechte niet werd getoetst aan de gunningscriteria, kan de gunningsbeslissing die hierop voor een deel steunt, zelf onmogelijk op wettige wijze zijn genomen.

Beoordeling

13. Aangezien het eerste middel niet ernstig werd bevonden, is ook het tweede middel, dat de kritiek van verzoekende partij in haar eerste middel herneemt ten aanzien van de gunningsbeslissing, niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

14. In een derde middel roept verzoekende partij de schending in van "de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel". Zij betoogt:

> "Voor zover aangaande de materiële regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij er een probleem zou zijn aangaande de kosten aangerekend voor het annuleren of wijzigen van airtickets (zie eerste middel) en voor zover de kritiek op de andere door verwerende partij opgeworpen onregelmatigheden ernstig is (zie eerste middel), werpt zij in dit middel naar eigen zeggen 'de onwettigheid van het bestek op aangaande de voorwaarde van de kosteloosheid'".

In de mate dat de I-eis 2a(11) in het bestek aangaande de voorwaarde van de kosteloosheid inhoudt dat de dienstverlener moet garanderen dat de vliegtuigmaatschappijen geen kosten doorrekenen wanneer een ticket onder bepaalde voorwaarden wordt geannuleerd of gewijzigd of in elk geval dat dit kosteloos moet gebeuren (goedkoopste tickets annuleerbaar binnen 14 dagen en wijzigbaar binnen 7 dagen zonder kosten) had verwerende partij, volgens verzoekende partij, tot de onvermijdelijke conclusie moeten komen dat alle offertes van de eventuele overige inschrijvers, met inbegrip van de gekozen inschrijver, met dezelfde absolute onregelmatigheid zijn aangetast. Een courant

ticket, van Economy Class Seats in door IATA erkende Airlines, is immers per definitie niet annuleerbaar binnen de voorwaarden die verwerende partij in voornoemde lezing vooropstelt. Noch verzoekende partij, noch enige andere dienstverlener, bepalen deze voorwaarden, evenmin hebben zij hierover enig beslissingsrecht. De voorwaarden van de tickets worden eenzijdig bepaald door de luchtvaartmaatschappijen zelf. Verzoekende partij heeft daarom in haar offerte in alle eerlijkheid omstandig toegelicht dat de goedkoopste tickets courant aan restricties zijn verbonden die in strijd zijn met de voorwaarden uit de I-eis 2a(11). Dienstverleners, zoals verzoekende partij, kunnen er zich dan ook enkel toe verbinden geen kosten voor de dienstverlening aan te rekenen wegens de annulering en de wijziging, doch zij kunnen geen garanties leveren over verbintenissen die zij niet aangaan.

Verwerende partij eist dat de dienstverlening zich beperkt tot IATA-conforme luchtvaartmaatschappijen, hetgeen met het oog op de veiligheid als redelijk overkomt, maar “hetgeen het bestek als voorwaarden aan een ‘routine-aanvraag’ oplegt, is geenszins conform hetgeen wat in de markt als een routine-aanvraag mag worden aanzien, noch stemt dit overeen met de routine-aanvragen die zij zelf in het verleden aan een dienstverlener oplegde. Het bestek geeft dus geen enkele rekenschap aan dat feit dat de courante tickets die verwerende partij van luchtvaartmaatschappijen in het verleden zelf aankocht steeds aan restricties waren onderworpen en dat de dienstverlener daarover nagenoeg geen zeggenschap heeft. Een dienstverlener heeft slechts invloed over deze restricties, in de mate dat dat hij een duurder ticket aanbiedt dat niet aan deze restricties onderworpen is. Dit is echter niet hetgeen het bestek beoogt. Het bestek beoogt immers dat een dienstverlener het ticket aanbiedt met de beste prijs”.

Beoordeling

15.1. Verzoekende partij toont niet concreet aan waarom I-eis 2a(11) aangaande de voorwaarde van de kosteloosheid onwettig is in de mate dat die inhoudt dat de dienstverlener moet garanderen dat de vliegtuigmaatschappijen geen kosten doorrekenen wanneer een ticket onder bepaalde voorwaarden wordt geannuleerd of gewijzigd of dat dit in elk geval kosteloos moet gebeuren.

Zelfs wanneer bepaalde airtickets volgens IATA-regels niet binnen die voorwaarden kosteloos annuleerbaar of wijzigbaar zijn of dit in de markt niet gebruikelijk is, lijkt het bestek niet in te houden dat de luchtvaartmaatschappijen geen kosten mogen aanrekenen maar lijkt het enkel van de inschrijver te verlangen dat hij zich ertoe verbindt deze niet door te rekenen aan Defensie en deze dus zelf te dragen. Het lijkt erop dat een inschrijver deze kosten in de eigen kostenstructuur verwerkt of verrekent in andere vergoedingen en hogere prijzen of dat hij zich indekt via verzekering.

Nog daargelaten de vraag of die IATA-regels, die markt-gebruiken of de "business travel almanac" waaruit verzoekende partij citeert en die de rechtsverhouding dienstverlener-luchtvaartmaatschappijen lijken te betreffen, kunnen leiden tot onwettigheid van het bestek, dat de relatie aanbestedende overheid/inschrijver betreft, toont verzoekende partij niet concreet aan waarom dergelijke eis voor de inschrijver onwettig is, in het licht van het middel of niet draagkrachtig, onzorgvuldig of onredelijk. Het enkele feit dat een andere bestek-vereiste denkbaar is en misschien gebruikelijker in de markt, volstaat daartoe niet.

Evenmin toont zij aldus aan dat die eis inhoudt dat steeds duurdere tickets zullen worden aangeboden noch waarom, zelfs indien dit het geval zou zijn, deze besteksbepaling in die zin onwettig is nu tegelijk prijs en kwaliteit beoordeeld worden.

15.2. In de mate dat verzoekende partij nog aanvoert dat in die interpretatie verwerende partij tot de onvermijdelijke conclusie had moeten komen dat alle offertes van de eventuele overige inschrijvers, met inbegrip van de gekozen inschrijver, met dezelfde absolute onregelmatigheid zijn aangetast, toont zij dit niet concreet aan. Uit de vertrouwelijk voorgelegde offerte van de nv Omnia blijkt niet *prima facie* dat zij dergelijk voorbehoud maakt.

Twee andere ondernemingen deelden mee dat zij geen offerte zouden indienen onder meer om reden dat zij het risico met betrekking tot annulaties en dergelijke niet wilden dragen. Deze vaststelling leidt niet tot een andere conclusie. Deze ondernemingen voeren niet aan dat het bestek onwettige vereisten bevat.

15.3. Het derde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

16. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Omnia Travel tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 mei 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Pierre Barra**