

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.534 van 2 maart 2017
in de zaak A. 221.409/XII-8308**

In zake: de BVBA IFORI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE LOTERIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 11.01.2017 van het Directiecomité van de Nationale Loterij NV van publiek recht voor zover zij :

- de offerte van iFori in het kader van de beperkte offerteaanvraag voor het sluiten van een overeenkomst met een merkenbureau als formeel onregelmatig kwalificeert,
- de inschrijvers Gevers Legal nv, Kortrijks octrooi, Merken en Modellen Bureau SA en Pronovem nv op grond van artikel 26, § 1 1° wet 15.06.2006 uitnodigt voor deelname aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor het sluiten van een overeenkomst met een merkenbureau.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 februari 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Kenza Matraka, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 Nationale Loterij nv van publiek recht wenst een opdracht uit te schrijven voor het sluiten van een raamovereenkomst met een merkenbureau dat zich zal bezighouden met het juridisch management van de merken. Het betreft een opdracht voor diensten die zal worden gegund door middel van een beperkte offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 14 oktober 2016. In de aankondiging wordt vermeld dat de raamovereenkomst een looptijd heeft van 4 jaar, dat de opdracht in eerste instantie geldt voor een looptijd van 1 jaar, zonder stilzwijgende verlenging, en de Nationale Loterij de opdracht echter drie keer eenzijdig mag verlengen voor een looptijd van telkens 1 jaar. Voorts wordt de opdracht in de aankondiging aangeduid als een opdracht voor diensten categorie nummer 21. Dit betreffen juridische diensten

‡ACDRJEDCH-BCIGDET‡

zoals vermeld in bijlage II-B bij de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006).

3.3. Vijf ondernemingen dienen een kandidaatstelling in en zij worden alle vijf geselecteerd. Het betreft:

- bvba iFori (de verzoekende partij);
- nv Gevers Legal;
- nv Novagraaf Belgium;
- sa Provonem Marks;
- nv Kortrijks octrooi, merken en modellen bureau.

3.4. Bij brief van 1 december 2016 worden de kandidaten uitgenodigd een offerte in te dienen. Bij e-mailbericht van 5 december 2016 wordt aan de kandidaten een ‘Q&A’ (vragen en antwoorden) met offerteformulier overgemaakt dat zij dienen in te vullen en bij hun offerte te voegen.

3.5. De vijf kandidaten dienen een offerte in.

3.6. Er wordt een evaluatieverslag opgesteld waarin wordt voorgesteld om de vijf offertes substantieel onregelmatig te bevinden, de lopende procedure stop te zetten en een nieuwe onderhandelingsprocedure op te starten op grond van artikel 26, §1, 1°, e) van de voormelde wet van 15 juni 2006, en de vijf inschrijvers uit te nodigen een nieuwe offerte in te dienen. Bij beslissing van het directiecomité van de verwerende partij van 11 januari 2017 wordt het evaluatieverslag goedgekeurd en wordt beslist “de procedure stop te zetten en de opdracht te herlanceren”. Deze beslissing wordt bij aangetekend verstuurd brief van 19 januari 2017 en per e-mailbericht van 20 januari 2017 aan de verzoekende partij meegedeeld.

Dit is de bestreden beslissing.

In het gunningsverslag wordt de offerte van de verzoekende partij formeel onregelmatig bevonden wegens het indienen van meerdere offertes, nu zij een onderscheid maakt tussen een prijs voor het onderzoek van een

‡ACDRJEDCH-BCIGDET‡

beeldmerk en een prijs voor het onderzoek van een woordmerk, en hetzelfde voor het toezicht, terwijl dit onderscheid in het bestek niet wordt gemaakt. Er is duidelijk gevraagd een prijs op te geven voor nieuwheidsonderzoek en onderzoek naar identieke en overeenstemmende merken en een prijs voor toezicht op de merken. In de vragen en antwoorden is eveneens verduidelijkt dat het onderzoek en het toezicht betrekking hebben op de twee elementen. Het gunningsverslag besluit dat een vergelijking van de offertes hierdoor niet mogelijk is, en, met verwijzing naar artikel 95, § 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, verplicht dient te worden geweerd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen

‡ACDRJEDCH-BCIGDET‡

kan verantwoorden.

V. Ontvankelijkheid

5.1. De verwerende partij werpt een exceptie van laattijdigheid van de vordering op.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, en de formele en de materiële motiveringsplicht (overheidsbeslissingen moeten in woorden juist zijn gemotiveerd en moeten berusten op in feite juiste en in rechte pertinente motieven)”.

6.2. In de eerste plaats voert de verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing ten onrechte de inschrijvers nv Gevers Legal, nv Kortrijks octrooi, merken en modellenbureau en nv Provonem Marks uitnodigt tot deelname aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006, aangezien enkel de inschrijvers waarvan de offerte formeel regelmatig was, mogen worden uitgenodigd tot de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Uit het gunningsverslag blijkt dat de offertes van deze inschrijvers formeel onregelmatig zijn omdat zij niet door het vereiste aantal bestuurders zijn ondertekend en dus niet bindend zijn.

6.3. Daarnaast is de verzoekende partij van oordeel dat de beslissing op een gebrekkig wijze is gemotiveerd in de mate dat haar offerte in het kader van de beperkte offerteaanvraag als formeel onregelmatig wordt beschouwd.

De offerte van de verzoekende partij wordt onregelmatig verklaard omdat een inschrijver zich niet het recht mag voorbehouden om onderscheiden prijzen te factureren indien de communicatiewijze van de prijs de vermelding van één en dezelfde prijs vereist. De mededeling van meerdere prijzen leidt volgens de Nationale Loterij tot een problematisch klassement van de offertes. Enkel één prijs kan in ogenschouw worden genomen voor de vergelijking van de offertes. Indien rekening zou worden gehouden met de optelling van meerdere prijzen of met de maximum prijzen, zouden de overige inschrijvers daardoor worden bevoordeligd.

In het licht van deze overwegingen is de offerte van verzoekende partij dan hoogstens materieel onregelmatig te verklaren, maar zeker niet formeel onregelmatig. Immers de verzoekende partij heeft haar offerte correct ondertekend, tijdig ingediend, en de inventaris ingevuld. Door de offerte van de verzoekende partij als formeel en niet materieel onregelmatig te verklaren is de bestreden beslissing formeel gebrekkig gemotiveerd. De bestreden beslissing is tevens materieel gebrekkig gemotiveerd omdat zij een foute conclusie van “formeel” onregelmatigheid koppelt aan een inhoudelijke motivering die betrekking heeft op een “materieel” onregelmatigheid.

Een offerte formeel onregelmatig verklaren, zonder dit in woorden correct te omschrijven en zonder dit pertinent en draagkrachtig te motiveren, komt niet overeen met het gedrag van een redelijk en zorgvuldig bestuur.

Beoordeling

6.4. In het door het directiecomité van de verwerende partij op 11 januari 2017 goedgekeurde evaluatieverslag wordt voorgesteld een nieuwe opdracht te lanceren op grond van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006, dat bepaalt:

‡ACDRJEDCH-BCIGDET‡

“De overheidsopdrachten mogen enkel worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners in de volgende gevallen:

1° in het geval van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wanneer:

[...]

e) enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend naar aanleiding van een open of beperkte procedure of concurrentiedialoog, mits de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die aan de eisen inzake kwalitatieve selectie beantwoorden en bij de eerste procedure een formeel regelmatige offerte hebben ingediend, en de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd.

Wanneer de eerste procedure verplicht onderworpen is aan Europese bekendmaking, mogen enkel de inschrijvers worden geraadpleegd die aan voormelde eisen en voorwaarden voldoen.

Wanneer de eerste procedure niet verplicht onderworpen is aan de Europese bekendmaking, kan de aanbestedende overheid, teneinde de mededinging te verruimen, bovendien aannemers, leveranciers of dienstverleners raadplegen die volgens haar in staat zijn te voldoen aan de eisen inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie, ongeacht of zij al dan niet een offerte hebben ingediend in het kader van de eerste procedure;”

6.5. De voorliggende opdracht betreft volgens de aankondiging een opdracht voor een B-dienst die niet is onderworpen aan Europese bekendmaking, hetgeen door de verzoekende partij overigens niet wordt betwist. Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht dan ook te moeten worden vastgesteld dat artikel 26, § 1, 1°, e), tweede lid van de voormelde wet te dezen niet van toepassing is, maar wel het derde lid, dat uitdrukkelijk bepaalt dat de aanbestedende overheid, teneinde de mededinging te verruimen, dienstverleners kan raadplegen die volgens haar in staat zijn te voldoen aan de eisen inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie, ongeacht of zij al dan niet een offerte hebben ingediend in het kader van de eerste procedure. Uit dit laatste volgt, zoals de verwerende partij aangeeft, dat de aanbestedende overheid op het eerste gezicht ook inschrijvers kan uitnodigen die een formeel onregelmatige offerte indienden in het kader van de eerste procedure.

In de mate dat de verzoekende partij haar middel grondt op het uitgangspunt dat de aanbestedende overheid te dezen met toepassing van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 enkel de inschrijvers mocht uitnodigen

tot de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking waarvan de offerte formeel regelmatig was bevonden, mist het middel bijgevolg juridische grondslag en is het onderdeel van het middel, dat is gericht tegen de beslissing om de inschrijvers nv Gevers Legal, nv Kortrijks Octrooi, merken en modellenbureau en nv Provonem Marks uit te nodigen tot de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking derhalve niet ernstig.

6.6. Gelet op het voorgaande, dient op het eerste gezicht eveneens met de verwerende partij te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet lijkt te beschikken over het vereiste belang bij het tweede onderdeel van haar middel waarin zij aanvoert dat haar offerte ten onrechte formeel onregelmatig werd bevonden en slechts als materieel onregelmatig mocht worden beoordeeld.

Voor de verzoekende partij is de vraag of het te dezen gaat om een formele en dan wel om een materiële onregelmatigheid, zoals zij stelt, in het licht van het middel slechts relevant in de mate dat het eerste onderdeel van het middel gegrond zou zijn bevonden, met andere woorden in zover de verwerende partij overeenkomstig artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 enkel gerechtigd zou zijn geweest die inschrijvers uit te nodigen tot de nieuwe onderhandelingsprocedure, die in het kader van de eerdere offerteaanvraag een formeel regelmatige offerte hadden ingediend.

Uit de beoordeling van het eerste onderdeel van het middel is gebleken dat dit niet het geval lijkt te zijn, zodat de kwalificatie van de in het gunningsverslag vastgestelde onregelmatigheid te dezen niet relevant is.

6.7. In zoverre de verzoekende partij ter terechtzitting nog aanvoert dat zij niet meerdere offertes heeft ingediend, en dat de opsplitsing in meerdere prijzen voor eenzelfde post slechts een verduidelijking is van de samenstelling van de bovenaan opgegeven prijs, zoals blijkt uit het feit dat de optelsom van de afzonderlijke prijzen gelijk is aan de bovenaan in vet voor de post opgegeven prijs, voert zij een nieuw middel aan dat zij reeds in het verzoekschrift had kunnen aanvoeren, en dat bijgevolg niet ontvankelijk is.

6.8. Het enig middel is niet ernstig.

‡ACDRJEDCH-BCIGDET‡

VII. Besluit

7. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin