

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 238.874 van 25 juli 2017
in de zaak A. 222.567/XII-8401**

In zake: de NV ORANGE BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Catherine Wijnants en Emmanuel Szafran
kantoor houdend te 1050 Brussel
Boondaalsesteenweg 6 bus 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. het CENTRUM VOOR INFORMATICA VOOR HET
BRUSSELS GEWEST (CIBG)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Lore Derdeyn
kantoor houdend te 1000 Brussel
Tour & Taxis
Havenlaan 86c bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 juli 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de aanbestedende overheid om de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met als voorwerp de levering van een dienst van geïntegreerde

communicatie (Unified Communication – UC) stop te zetten en derhalve af te zien van de gunning van deze opdracht (CSC 2016.047).

De vordering strekt eveneens tot het bevelen van een voorlopige maatregel, namelijk een verbod voor de verwerende partijen om beslissingen of maatregelen te nemen of ten uitvoer te leggen die geheel of ten dele hetzelfde voorwerp zouden hebben als datgene dat wordt nagestreefd met de procedure BB2016.047 opgestart met een schrijven van het Centrum voor Informatica voor het Brussels Gewest van 9 november 2016, zijnde het verlenen van een dienst voor geünificeerde communicatie ontwikkeld door de cvba IRISnet in het kader van perceel 1 van de opdracht BB2011.006 –met toepassing van § 341 van BB2011.006 – of die met dit voorwerp zouden interfereren.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juli 2017, om 14.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Catherine Wijnants, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Frank Judo en Nicolas Goethals, die verschijnen voor de eerste verwerende partij en advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de tweede verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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. Aanduiding van de verwerende partij

3.1. In haar nota met opmerkingen doet de tweede verwerende partij (het CIBG) gelden dat zij in deze zaak niet is opgetreden als de aanbestedende overheid die de bestreden beslissing heeft genomen. De bestreden beslissing werd enkel door de eerste verwerende partij, namelijk het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, genomen. De delegatie van 1 juni 2017 aan het CIBG had geenszins betrekking op het nemen van de gunningsbeslissing, die bevoegdheid is bij het Brussels Hoofdstedelijk Gewest gebleven. De tweede verwerende partij verzoekt dan ook om buiten de zaak te worden gesteld.

Beoordeling

3.2. In het kader van een procedure voor de Raad van State, dat in de eerste plaats een geding is dat tegen een akte is gericht, is de verwerende partij in beginsel de administratieve overheid die de bestreden beslissing heeft genomen of bij het nemen van die beslissing betrokken is geweest. Daarnaast is het voor de aanwijzing van de verwerende partij vooral van belang welke overheid gehouden kan zijn tot de uitvoering van een eventueel vernietigingsarrest en de daaraan verbonden verplichting tot rechtsherstel.

Het CIBG werd door de verzoekende partij in het verzoekschrift en door het Auditoraat aangeduid als verwerende partij.

Het CIBG erkent zelf in haar nota met opmerkingen dat zij de betrokken gunningsprocedure heeft opgestart, de onderhandelingen met de verzoekende partij heeft gevoerd, de motivering van de bestreden beslissing heeft opgesteld en de bestreden beslissing ter kennis heeft gebracht van de verzoekende partij. Aldus lijkt zij gedurende het gehele verloop van de gunningsprocedure en in de bestuurlijke besluitvorming te zijn opgetreden als een verlengstuk van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. In die hoedanigheid lijkt zij op het eerste gezicht wel degelijk te mogen worden aangemerkt als een verwerende partij, dit is als een bestuurlijke overheid die bij het nemen van de bestreden beslissing zeer nauw

betrokken was en er dan ook toe geroepen is om de wettigheid van de bestreden beslissing te verdedigen in de rechtspleging voor de Raad van State. Dit lijkt te dezen zelfs bij uitstek het geval te zijn, gelet op haar diepgaande kennis van het kennelijk niet eenvoudige dossier.

Bijgevolg lijken er *prima facie* geen redenen voorhanden te zijn om het verzoek van het CIBG om buiten de zaak te worden gesteld, in te willigen.

IV. Feiten

4.1. In 2011 schrijft het Brussels Hoofdstedelijk Gewest een overheidsopdracht van diensten uit voor “IRISnet2”. In essentie gaat het om de verdere uitbouw van de telecommunicatie-infrastructuur van het gewest. Het betrof een onderhandelingsprocedure met bekendmaking onder gelding van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993. Op deze opdracht is het bestek met referentie BB2011.006 van toepassing. Deze opdracht (hierna: de opdracht BB2011.006) kan enigszins worden beschouwd als de “moederopdracht” van de opdracht die het voorwerp is van de voorliggende vordering in kortgeding.

De opdracht BB2011.006 bestaat volgens het bestek uit twee percelen:

- “- Perceel 1: het sluiten van een opdracht met een looptijd van 10 jaar met het oog op de levering van elektronische communicatiediensten, diensten voor de uitbouw en het beheer van infrastructuur en van de nodige toepassingen voor het beheer en de exploitatie ervan.
De Opdrachtnemer dient de SPV (Special Purpose Vehicle) op te richten nodig voor de uitvoering van de opdracht.
- Perceel 2: het sluiten van een opdracht voor mobilofoniediensten (spraak/mobile data) met een looptijd van 3 jaar (met mogelijke verlenging met 2 jaar).”

Elke kandidaat-inschrijver heeft het recht in te schrijven voor één van de twee percelen of voor allebei. De percelen kunnen aan verschillende opdrachtnemers worden toegewezen.

Blijkens het bestek BB2011.006 is de aanbestedende overheid het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, dat evenwel het CIBG heeft aangeduid om het bestek op te stellen en de directeur-generaal en de adjunct-directeur-generaal van het CIBG heeft aangesteld als leidende ambtenaren van de opdracht. Ook het beheer, leiding, toezicht en controle op de uitvoering van de opdracht wordt toevertrouwd aan deze ambtenaren.

Daarnaast is het relevant voor een goed begrip van de zaak dat volgens het bestek BB2011.006 “bepaalde instellingen van openbaar recht alsook de door de overheid gesubsidieerde privaatrechtelijke rechtspersonen of liever belast met de uitbating van een publieke dienst of infrastructuur ([...] ‘de mandaatgevers’) die op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest gevestigd zijn, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest uitdrukkelijk mandaat [hebben] verleend om in hun naam en voor hun rekening, de percelen die het voorwerp uitmaken van [de] opdracht [BB2011.006], te onderhandelen en toe te wijzen”.

Voor een goed begrip van de zaak is het nodig om nader in te gaan op de beide percelen van de opdracht BB2011.006.

Perceel 1 (“de levering van elektronische communicatiediensten, diensten voor de uitbouw en het beheer van infrastructuur en van de nodige toepassingen voor het beheer en de exploitatie ervan” voor een looptijd van 10 jaar) omvat zowel basisdiensten als “diensten met toegevoegde waarde”:

- basisdiensten (vaste telefonie en dataverkeer): de mandaatgevers verbinden zich ertoe in te schrijven op de twee basisdiensten van perceel 1; voor deze twee diensten is de exclusiviteit “absoluut”, aldus het bestek BB2011.006, zodat de mandaatgever zich ertoe verbindt om met ingang van 27 april 2012 niet op deze diensten in te schrijven bij een andere leverancier, en dit voor de duur van de opdracht BB2011.006;
- diensten met toegevoegde waarde (diverse geavanceerde diensten): inschrijven op de diensten met toegevoegde waarde van perceel 1 is niet verplicht voor de

mandaatgevers zodat deze diensten door andere leveranciers kunnen worden geleverd; evenwel zijn deze diensten gekoppeld aan een “call option”; deze call option kan worden gelicht door loutere bestelling van de dienst bij de SPV; eens deze optie gelicht, wordt de dienst exclusief gedurende de minimale inschrijvingstermijn voor de desbetreffende site en de dienst.

Perceel 2 (“mobilofoonienkomsten voor een periode van 3 jaar”): de mobiele diensten omvatten de spraak, de *mobile data* evenals de Machine-To-Machine kaarten en de ermee samenhangende huidige en toekomstige diensten; inschrijven op de dienst mobilofoonie van perceel 2 is niet verplicht uit hoofde van elke individuele mandaatgever en is dan ook gekoppeld aan een call option; van zodra de call option gelicht wordt, door eenvoudige bestelling aan de SPV, wordt de dienst exclusief en dit voor de hele duur van de opdracht.

4.2. Op 10 mei 2012 gunt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering beide percelen van de opdracht BB2011.006 aan de nv Mobistar, de rechtsvoorganger van de huidige verzoekende partij.

In uitvoering van perceel 1 van de opdracht BB2011.006 wordt een SPV opgericht: de cvba IRISnet.

Op 23 april 2015 beslist de Brusselse Hoofdstedelijke Regering om perceel 2 van de opdracht BB2011.006 met twee jaar te verlengen. Het contract betreffende perceel 2 loopt dan af op 31 oktober 2017, terwijl perceel 1 afloopt op 11 mei 2022.

4.3. Op 14 juli 2016 beslist de Brusselse Hoofdstedelijke Regering om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te starten voor de levering van een dienst van geïntegreerde communicatie (“Unified Communication” of “UC”) die zal worden ontwikkeld door de cvba IRISnet. Het CIBG wordt als opdrachtcentrale belast met het voeren van deze gunningsprocedure. Het betreft de huidige opdracht, die door de partijen het

referentienummer BB2016.047 heeft gekregen en hierna ook zo zal worden aangeduid.

Met een brief van 9 november 2016 deelt het CIBG aan de verzoekende partij mee dat op grond van artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking zal worden gestart om de voorwaarden te bepalen voor de levering van een dienst van geïntegreerde communicatie die zal worden ontwikkeld door de cvba IRISnet, dit met toepassing van paragraaf 341 van het bestek BB2011.006. De huidige dienstverlening in het kader van perceel 2 van de opdracht BB2011.006, namelijk mobiele telefonie, dient deel uit te maken van de nieuwe dienstverlening gevraagd in het kader van opdracht BB2016.047.

De verzoekende partij wordt uitgenodigd om een offerte in te dienen.

4.4. Op 5 december 2016 dient de verzoekende partij haar BAFO in.

4.5. Op 23 februari 2017 beslist de Brusselse Hoofdstedelijke Regering om “een procedure [te volgen] die een gezonde in concurrentiestelling garandeert” en om via het CIBG als opdrachtcentrale een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten met meerdere leveranciers van diensten van geïntegreerde communicatie, ten einde de cvba IRISnet toe te laten deze dienst aan te bieden.

4.6. Met een brief van 14 maart 2017 vraagt de verzoekende partij het CIBG om een stand van zaken en om haar, al naargelang, de gemotiveerde gunningsbeslissing te bezorgen dan wel de beslissing om de opdracht BB2016.047 niet te gunnen.

Met een aangetekende brief van 23 maart 2017 deelt de verzoekende partij aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering mee dat zij kennis

heeft gekregen van de beslissing van 23 februari 2017. De verzoekende partij doet in dit schrijven diverse bezwaren gelden ten aanzien van deze beslissing.

Met een brief van 16 mei 2017 antwoordt de bevoegde Brusselse staatssecretaris op de bezwaren van de verzoekende partij.

4.7. Op 1 juni 2017 beslist de Brusselse Hoofdstedelijke Regering om de opdracht BB2016.047 niet te gunnen, het CIBG te belasten met het notificeren van deze beslissing aan de verzoekende partij en om deze beslissing te publiceren in het Publicatieblad van de Europese Unie. Daarnaast beslist de Brusselse Hoofdstedelijke Regering om het bestek voor een nieuwe opdracht voor de levering van mobilofoniediensten met referentie BB2016.010 goed te keuren.

4.8. Met een aangetekende brief van 12 juni 2017 repliceert de verzoekende partij op het schrijven van de bevoegde Brusselse staatssecretaris van 16 mei 2017.

4.9. Op 19 juni 2017 geeft het CIBG kennis aan de verzoekende partij van de motieven om de opdracht BB2016.047 niet aan haar te gunnen. Deze motivering – enkel in het Nederlands gesteld – luidt als volgt:

“Gelet op de vereisten in artikelen 4, 9° en 5, 10° van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Overwegende dat de opdracht ‘IRISnet2 – [BB]2011.006’ uit twee loten bestaat, dewelke beide werden toegewezen op 31 mei 2012 aan de firma Mobistar (thans Orange). Deze opdracht loopt over een periode van 10 jaar voor het lot 1 (vaste telefonie, datatransport en diensten met toegevoegde waarde) en over een periode van 3 jaar voor het lot 2 (mobiele telefonie, mobiel dataverkeer en SMS), eenmalig hernieuwbaar voor een periode van twee jaar. De betrokken opdracht werd toegewezen middels een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. In het kader van de uitvoering van het lot 1 werd door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, het CIBG en Mobistar een Special Purpose Vehicle (SPV) onder de vorm van een CVBA opgericht, zoals voorzien in het lastenboek. Deze CVBA IRISnet staat in voor de uitvoering van lot 1. Het lot 2 werd tussentijds verlengd en loopt af op 31 oktober 2017.

Overwegende dat het CIBG, op basis van de Regeringsbeslissing van 14 juli 2016, de taak kreeg om een onderhandelingsopdracht zonder voorafgaande bekendmaking op te starten voor de levering van een dienst van geïntegreerde communicatie (Unified Communication - UC).

Dat het CIBG een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking heeft opgestart op basis van artikel 26,§ 1, 1°, f van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, dat stipuleert dat de onderhandelingsprocedure kan worden aangewend voor de diensten die om technische of artistieke redenen of omwille van de bescherming van alleenrechten, slechts aan één bepaalde dienstverlener kunnen worden gegund.

Dat de verantwoording voor het invoeren van de technische redenen voor het gebruik van deze procedure uitgaat van de stelling dat er een exclusiviteit geldt in hoofde van de opdrachtnemer voor lot 1 (CVBA IRISnet), waarbij voorgehouden wordt dat de aanbieder van de vaste telefonie (lot 1) automatisch de aanbieder van de mobiele telefonie dient te zijn om zo een Unified Communication oplossing te kunnen aanbieden.

Overwegende dat de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 in zijn artikel 35 bepaalt dat het volgen van een gunningsprocedure geen verplichting inhoudt tot het gunnen of het sluiten van de betrokken opdracht en dat de aanbestedende overheid aldus zowel louter kan afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure kan herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

Overwegende dat ook andere operatoren, louter door gebruik te maken van de gangbare technologisch beschikbare middelen en op basis van samenwerking met de opdrachtnemer voor lot 1, en wel zonder speciale technieken aan te wenden of buitensporige middelen in te zetten, in staat zijn om een evenwaardige dienst op te zetten op het vlak van Unified Communication. Dat er evenmin elementen in het dossier aanwezig zijn die op basis van de huidige stand van de technologie aanleiding kunnen geven tot een technische incompatibiliteit of die kunnen leiden tot technologische moeilijkheden op vlak van werking of onderhoud van deze dienst van Unified Communication.

Dat aldus de betrokken dienst van Unified Communication, het voorwerp van de voormelde onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, niet kan worden beschouwd als een dienst die op basis van artikel 26,§1, 1°, f van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 rechtstreeks kan worden gegund aan de opdrachtnemer voor lot 1. Dat bijgevolg het aangewezen is om middels toepassing van artikel 35 van diezelfde wet de lopende onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking stop[t] te zetten.”

4.10. Met een aangetekende brief van 21 juni 2017 vraagt de verzoekende partij het CIBG om een versie in het Frans van de beslissing van 19 juni 2017.

Met een aangetekende brief van 23 juni 2017 verwijst het CIBG de verzoekende partij naar het kabinet van de bevoegde Brusselse staatssecretaris om een Franse versie van de beslissing van 19 juni 2017 te verkrijgen.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

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

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een enig middel de schending aan van artikel 26, § 1, 1°, f), en artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), van artikel 4, 9°, artikel 5, 10°, en artikel 9 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet rechtsbescherming overheidsopdrachten), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van “de beginselen van behoorlijk bestuur”. Daarnaast meent zij dat de bestreden beslissing blijkt geeft van een foutieve en tegenstrijdige motivering, een gebrek aan ernstig onderzoek van het dossier en een gebrek aan zorgvuldigheid, een kennelijke appreciatiefout en machtsoverschrijding.

De verzoekende partij doet in essentie gelden dat de bestreden beslissing niet afdoende gemotiveerd is. De motivering bestaat uit acht paragrafen; zo stelt de verzoekende partij daarover vast:

- paragrafen 1 tot en met 4 vormen het feitenrelaas en rechtvaardigen de bestreden beslissing dus geenszins;
- paragraaf 5 poogt te rechtvaardigen waarom de aanbestedende instantie zich heeft gesteund op artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet van 15 juni 2006 om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking; deze paragraaf is voor kritiek vatbaar en verantwoordt niet waarom de aanbestedende overheid thans beslist om de opdracht niet te gunnen;

- paragraaf 6 betreft artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 en beperkt zich tot het inroepen van de rechtsgrond van de beslissing tot het niet gunnen van de opdracht;
- paragrafen 7 en 8 zijn de enige die pogen de bestreden beslissing te rechtvaardigen, maar hun motieven zijn niet pertinent, noch adequaat.

Vervolgens bekritiseert de verzoekende partij de aldus door haar geanalyseerde motivering van de bestreden beslissing in drie middelonderdelen.

6.1.1. In een eerste middelonderdeel viseert de verzoekende partij de paragrafen 7 en 8 van de bestreden beslissing. Zij wijst erop dat de stelling in paragraaf 7 dat ook andere operatoren in staat zijn om zonder technische moeilijkheden een evenwaardige dienst te verlenen, op drie vlakken problematisch is:

- a) het gaat om een eenvoudige affirmatie die niet wordt toegelicht en de beslissing tot niet-gunning dus niet kan verantwoorden;
- b) de verzoekende partij betwist formeel de inhoud van deze affirmatie, zoals zij dat ook reeds heeft gedaan in een brief van 23 maart 2017 gericht aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering; de verzoekende partij haalt dit schrijven met haar bezwaren in extenso aan in het verzoekschrift (zie blz. 14-16);
- c) er kan niet worden betwist dat de Brusselse Hoofdstedelijke Regering kennis had van de brief met bezwaren van 23 maart 2017 van de verzoekende partij, het is dan ook ten onrechte dat in paragraaf 7 wordt gesteld dat er geen elementen in het dossier aanwezig zijn die kunnen leiden tot technologische moeilijkheden voor andere operatoren; de motivering is op dit punt kennelijk aangetast door een fout.

6.1.2. In een tweede middelonderdeel wijst de verzoekende partij erop dat de bestreden beslissing niets vermeldt over de exclusieve rechten van de verzoekende partij op de diensten met toegevoegde waarde inzake geünificeerde communicatie van perceel 1, die werden gelicht door de mandanten, terwijl het net deze exclusieve rechten zijn die het beroep op artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet van 15 juni 2006 rechtvaardigden. Enkel paragraaf 5 verwijst naar “een exclusiviteit”

in hoofde van de opdrachtnemer van perceel 1, maar verbindt daar niet de juiste juridische conclusie aan inzake het onbetwistbaar bestaan van exclusieve rechten in hoofde van de verzoekende partij. Paragraaf 5 is verkeerd waar er wordt gesteld dat de dienstverlener voor vaste telefonie (perceel 1) automatisch dezelfde dient te zijn als de dienstverlener voor mobiele telefonie (perceel 2) om een “Unified Communication” oplossing te kunnen bieden. Beide percelen mogen volgens de verzoekende partij perfect aan verschillende dienstverleners worden gegund, op voorwaarde dat de nieuwe dienstverlener geen inbreuk maakt op de exclusieve rechten van de verzoekende partij op de diensten met toegevoegde waarde inzake geünificeerde communicatie. Volgens de verzoekende partij heeft de overgrote meerderheid van de mandanten de optie gelicht voor deze diensten, zodat zij over een contractuele exclusiviteit beschikt. Het is deze contractuele exclusiviteit die het beroep op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor de procedure BB2016.047 rechtvaardigt. Dit werd bevestigd door het CIBG in zijn schrijven van 9 november 2016. Artikel 26, § 1, 1^o, f), van de wet van 15 juni 2006 betreft juist onder meer de hypothese van exclusieve rechten. Het CIBG heeft het bestaan van exclusieve rechten in hoofde van de verzoekende partij bevestigd in zijn brief van 9 november 2016. De enige manier om deze rechten te beschermen is om diensten inzake geünificeerde communicatie die werden ontwikkeld door de cvba IRISnet niet te gunnen aan een andere dienstverlener. De brief van het CIBG van 9 november 2016 stemt overeen met de beslissing van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 14 juli 2016. De bestreden beslissing verwijst niet naar de exclusieve rechten van de verzoekende partij, noch naar de bescherming daarvan. In die zin steunt de motivering van de bestreden beslissing niet op pertinente feitelijke en juridische overwegingen. Het dossier werd niet met de vereiste zorgvuldigheid onderzocht, zo besluit de verzoekende partij.

6.1.3. In een derde middelonderdeel doet de verzoekende partij gelden dat de bestreden beslissing niet uiteenzet waarom artikel 26, § 1, 1^o, f), van de wet van 15 juni 2006 aanvankelijk wel een voldoende rechtsgrond bood om de procedure BB2016.047 op te starten en waarom dat niet langer nog het geval zou zijn. In haar brief van 9 november 2016 verwees het CIBG uitdrukkelijk naar deze bepaling om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten

met de verzoekende partij. De verzoekende partij verbaast zich over de plotse wending in de houding van de verwerende partij waar de bestreden beslissing nu juist stelt, zonder enige toelichting, dat de betrokken dienst van “Unified Communication” niet kan worden beschouwd als een dienst die op basis van artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet van 15 juni 2006 rechtstreeks kan worden gegund aan de opdrachtnemer voor lot 1. Deze wending had afdoende moeten worden gemotiveerd. In elk geval bevat de motivering tegenstrijdigheden, wat gelijk staat aan een gebrek aan motieven. Paragraaf 5 verwijst naar een exclusiviteit, terwijl paragrafen 7 en 8 niet naar deze contractuele exclusiviteit verwijzen.

6.1.4. Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op, wat het middel in zijn geheel betreft, dat zij beschikt over belang bij het middel in de zin van artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, nu de onwettigheden waarmee de bestreden beslissing is aangetast een invloed hebben op de draagwijdte van de genomen beslissing en de verzoekende partij een waarborg hebben ontnomen, namelijk deze om een kans te verkrijgen op de gunning van de opdracht op grond van artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet van 15 juni 2006.

Beoordeling

6.2. Artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet van 15 juni 2006 luidt:

“§ 1. 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 :

[...]

f) de werken, leveringen of diensten om technische of artistieke redenen of omwille van de bescherming van alleenrechten, slechts aan één bepaalde aannemer, leverancier of dienstverlener kunnen worden gegund.”

Artikel 35 van diezelfde wet luidt:

“Het volgen van een procedure houdt geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.”

Artikel 4, eerste lid, 9°, artikel 5, 10°, en artikel 9 van de wet rechtsbescherming overheidsopdrachten luiden:

“Art. 4. In het kader van de plaatsing van een opdracht stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op :

[...]

9° wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe plaatsingsprocedure uit te schrijven.”

“Art. 5. De in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de plaatsingsprocedure en het soort beslissing :

[...]

10° de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe plaatsingsprocedure die wordt gevolgd.”

“Art. 9. Onmiddellijk na het nemen van de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht of concessie en, in voorkomend geval, een nieuwe plaatsingsprocedure uit te schrijven, deelt de aanbestedende instantie de gemotiveerde beslissing mee aan de betrokken kandidaten, deelnemers en inschrijvers.”

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen.

Ontvankelijkheid van het middel

6.3. De verzoekende partij roept in het enig middel onder meer de schending in van “de beginselen van behoorlijk bestuur”, zonder meer. Een dergelijk algemeen beroep op de beginselen van behoorlijk bestuur maakt geen ontvankelijk rechtsmiddel uit.

In die mate dient het middel dan ook op het eerste gezicht als niet-ontvankelijk te worden verworpen.

6.4. De eerste verwerende partij werpt voorts een exceptie van rechtsmacht van de Raad van State op.

In de eerste plaats dient erop te worden gewezen dat in een kortgeding - en a fortiori in een kortgeding bij uiterst dringende noodzakelijkheid - slechts een beperkt onderzoek kan worden gewijd aan excepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het in een kortgeding dat de Raad van State deze excepties eerder zou verworpen dan aannemen, tenzij indien een beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

De exceptie lijkt *prima facie* niet de hoge graad van ernst te vertonen die is vereist opdat zij in de huidige stand van de procedure zou kunnen worden aanvaard. Op het eerste gezicht strekt het enige middel er immers niet toe om de Raad van State uitspraak te laten doen over de exclusieve contractuele rechten zélf en de al dan niet miskenning ervan door de verwerende partij. Het middel heeft daarentegen, zo lijkt het, in zijn drie onderdelen betrekking op diverse schendingen van de formelemotiveringsplicht. De exclusieve contractuele rechten waar de verzoekende partij in het middel naar verwijst, lijken ook enkel in dat verband te worden aangehaald, namelijk ze worden ingeroepen als een element dat door de verwerende partijen niet naar behoren zou zijn onderzocht bij het nemen van de bestreden beslissing en dat geen afdoende neerslag heeft gevonden in de

formele motivering van de bestreden beslissing. De vaststelling of dit al dan niet het geval is geweest, heeft niet als werkelijk en rechtstreeks voorwerp het doen handhaven van de contractuele rechten van de verzoekende partij als dusdanig, doch wel het nagaan of de bestreden beslissing werd genomen in overeenstemming met de vereisten van de door de verzoekende partij ingeroepen motiveringsplicht, zoals deze voortvloeit uit de te dezen ingeroepen bepalingen van de wet rechtsbescherming overheidsopdrachten en de wet van 29 juli 1991. Dergelijk onderzoek behoort reeds op het eerste gezicht wel degelijk tot de rechtsmacht van de Raad van State. Het zou anders zijn indien de verzoekende partij zich te dezen rechtstreeks zou beroepen op de miskennis van haar contractuele rechten door de verwerende partij en de naleving daarvan zou willen doen afdwingen door de Raad van State. Dat lijkt evenwel, zoals reeds opgemerkt, op het eerste gezicht te dezen niet het geval te zijn.

De rechtsmachtexceptie dient te worden verworpen.

Ernst van het middel

6.5. Er dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat de verzoekende partij in het verzoekschrift het enige middel in het debat brengt als een kritiek toegespitst op enkele aspecten van de motieven zoals opgenomen in de bestreden beslissing zelf. Aldus lijkt het middel in wezen te steunen op een schending van de formelemotiveringsplicht. Het zal hierna in die zin worden beoordeeld.

Voorts dient nog in het algemeen te worden opgemerkt dat bij het onderzoek naar het afdoende karakter van de formele motivering rekening moet worden gehouden met het geheel van de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven en niet met een of meerdere geciteerde en bekritiseerde onderdelen van de motivering op zich. De motivering in haar geheel moet immers afdoende zijn. Aangezien de formele motivering in haar geheel moet worden gelezen, komt het aan de verzoekende partij toe in het verzoekschrift *in concreto*

nader toe te lichten of uit te werken waarom de bestreden beslissing de formelemotiveringsplicht zou miskennen.

6.6. In het eerste middelonderdeel doet de verzoekende partij in essentie twee grieven gelden ten aanzien van de motivering van de bestreden beslissing. In de eerste plaats doet zij gelden dat de feitelijke premisse van de bestreden beslissing dat andere operatoren zonder technische moeilijkheden een evenwaardige dienst kunnen opzetten een loutere affirmatie is.

Zoals de verwerende partij terecht doet gelden, gaat de formelemotiveringsplicht niet zover dat ze de verwerende partij ertoe zou verplichten de uitgedrukte motieven nog nader te expliciteren. De formelemotiveringsplicht houdt op het eerste gezicht immers enkel in dat voldoende duidelijkheid moet worden verschaft over de determinerende motieven van een beslissing.

Voorts komt het aan de verzoekende partij toe om de onjuistheid of de onredelijkheid aannemelijk te maken van de bekritiseerde motieven. De omstandigheid dat zij zich niet kan vinden in de gegeven motivering volstaat daartoe niet.

De tweede grief die de verzoekende partij doet gelden in het eerste middelonderdeel betreft het feit dat in de motivering geen rekening wordt gehouden met haar brief met bezwaren van 23 maart 2017.

Zoals de verwerende partij eveneens terecht lijkt op te werpen, heeft de verwerende partij reeds met een brief van 16 mei 2017 uitvoerig geantwoord op de diverse bezwaren die de verzoekende partij had geformuleerd in haar brief van 23 maart 2017. Aldus lijkt de in die brief aangebrachte argumentatie *prima facie* wel degelijk betrokken te zijn geworden in de bestuurlijke besluitvorming.

In het licht van dat antwoord blijkt niet dat de verwerende partij er bijzonder toe gehouden was, in het kader van de op haar rustende plicht tot formele motivering van de beslissing tot stopzetting van de gunningsprocedure BB2016.047, nog nader in te gaan op de brief van de verzoekende partij van 23 maart 2017, dan wel deze uitdrukkelijk had moeten vermelden in de motivering van de stopzettingsbeslissing. Minstens maakt de verzoekende partij dat niet op het eerste gezicht aannemelijk.

Voorts kan er in dit verband nog op worden gewezen dat wanneer een bestuurde langs nog andere wegen dan uit de bestuurshandeling zelf de motieven ervan kent –bijvoorbeeld wanneer hij, zoals te dezen, deze in de loop van de bestuurlijke besluitvormingsprocedure heeft vernomen– en deze in zijn verzoekschrift aan de Raad van State heeft kunnen betrekken, hij zich met kennis van zaken heeft kunnen verweren tegen de beslissing en aldus het doel van de formelemotiveringsplicht bereikt is.

6.7. In het tweede middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij de motivering van de bestreden beslissing in zoverre daarin niets wordt vermeld over de exclusieve contractuele rechten van de verzoekende partij in het kader van perceel 1.

Ook hier dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de verzoekende partij zelf de problematiek van haar beweerde exclusieve contractuele rechten uitdrukkelijk onder de aandacht van de verwerende partijen heeft gebracht met haar schrijven van 23 maart 2017 en dat de eerste verwerende partij met haar voornoemde brief van 16 mei 2017 onder meer ook op dat bezwaar uitdrukkelijk heeft geantwoord en haar opvatting daaromtrent uiteen heeft gezet. Aldus dient, ook wat het tweede middelonderdeel betreft, te worden aangenomen dat de verzoekende partij voorafgaand aan het instellen van de voorliggende vordering, goed op de hoogte was van het standpunt van de verwerende partijen over de problematiek van de contractuele exclusiviteit in perceel 1 van de opdracht BB2011.006. Ook op dit punt lijkt aldus *prima facie* te zijn voldaan aan het normdoel van de formelemotiveringsplicht.

6.8. In het derde middelonderdeel doet de verzoekende partij gelden dat de bestreden beslissing niet motiveert waarom artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet van 15 juni 2006 nu geen rechtsgrond meer kan bieden voor de gunningsprocedure en dat de wending in de houding van de verwerende partijen niet wordt gemotiveerd.

Het derde middelonderdeel lijkt reeds op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen. De motivering van de bestreden beslissing zet immers, zo lijkt het, wel degelijk de redenen uiteen waarom de gunningsprocedure BB2016.047 wordt stopgezet en waarom volgens de verwerende partijen artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet van 15 juni 2006 niet kan worden aangewend om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te voeren met enkel de verzoekende partij.

In het algemeen mag worden opgemerkt dat het aan het bestuur toekomt om terug te komen op een eerdere handelwijze waarvan zij meent dat deze onwettig zou zijn, zonder dat zij daarbij dient te motiveren waarom zij er toentertijd van overtuigd was dat die eerdere handelwijze wettig was. Het volstaat vanuit het oogpunt van de formelemotiveringsplicht dat het bestuur uiteenzet waarom deze eerdere handelwijze haar nu onwettig toeschijnt. Dit laatste lijkt te dezen op het eerste gezicht het geval te zijn. Er blijkt, anders dan de verzoekende partij lijkt te veronderstellen, niet dat dit als een tegenstrijdigheid in de motieven zou moeten worden beschouwd.

Minstens dient te worden opgemerkt dat uit het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij in haar correspondentie met de verwerende partij er blijk van heeft gegeven wel degelijk op de hoogte te zijn van de redenen die de verwerende partijen destijds ertoe hebben bewogen om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te starten en van de redenen die hen er nu toe hebben gebracht om deze onderhandelingsprocedure stop te zetten, zodat ook op dit punt voldaan lijkt aan het normdoel van de formelemotiveringsplicht.

Ten slotte mag worden verwezen naar de opmerking bij de beoordeling van het eerste middelonderdeel dat de formelemotiveringsplicht niet zover gaat dat ze de verwerende partij ertoe zou verplichten de uitgedrukte motieven nog nader te expliciteren.

6.9. Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Vraag tot het bevelen van voorlopige maatregelen

8. Overeenkomstig artikel 17, § 1, tweede lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kunnen voorlopige maatregelen enkel worden bevelen “indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement prima facie kan verantwoorden”.

Aan deze voorwaarde is niet voldaan. Er is derhalve geen grond om in te gaan op de vordering tot het bevelen van voorlopige maatregelen.

IX. Kosten

9.1. De kosten van de vordering tot schorsing, met inbegrip van een aan de verwerende partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding, vallen ten laste van de verzoekende partij.

9.2. Zowel de eerste verwerende partij als de tweede verwerende partij vragen om de verzoekende partij te verwijzen in de betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partijen een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid als de in het gelijk gestelde partijen dienen te worden beschouwd.

Wat de eerste verwerende partij betreft wordt de rechtsplegingsvergoeding begroot op het gevraagde basisbedrag van 700 euro.

Wat de tweede verwerende partij betreft dient evenwel te worden vastgesteld dat zij haar rol in de procedure heeft beperkt tot een louter verzoek om buiten de zaak te worden gesteld. Haar nota met opmerkingen is in substantie beperkt tot drie bladzijden en omvat enkel voormeld verzoek en een verwijzing naar het verweer van de eerste verwerende partij.

Aldus is er reden om het bedrag, wat de tweede verwerende partij betreft, te beperken tot het minimumbedrag van 140 euro, nu de zaak in hare hoofde reeds op het eerste gezicht dient te worden aangemerkt als één met slechts geringe complexiteit wat de tussenkomst van haar advocaten betreft.

BESLISSING

1. De Raad van State 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 eerste verwerende partij en een rechtsplegingsvergoeding van 140 euro die verschuldigd is aan de tweede verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 juli 2017,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Johan Bovin