RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 245.292 van 8 augustus 2019
in de zaak A. 228.591/XII-8762

In zake: de NV MYRIADE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michiel Deweirdt
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Doorniksewijk 66
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Ian Arnouts en Niels Tack
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 juli 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e niet gedateerde beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken tot het niet gunnen van de opdracht nr Procurement 2016 R3 121 betreffende een meerjarige raamovereenkomst van diensten (4 jaar) voor het onderhoud, optimalisatie en uitbreiding van bestaande softwarepakketten voor het beheer van verkeers-handhavingssystemen in de schoot van de Gewestelijke Verwerkingscentra van de Federale Wegpolitie, ten behoeve van de geïntegreerde politie".

‡AIITIFIDH-BDIEIAV‡

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 augustus 2019, om 12.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Michiel Deweirdt, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Ian Arnouts en Niels Tack, die verschijnen 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. In 2012 schrijft de verwerende partij een opdracht uit voor een open meerjarige overeenkomst van leveringen voor de aankoop, de installatie en het onderhoudscontract van op maat gemaakte softwarepakketten, dienstig voor het beheer van digitale camera's en dit ten voordele van de gewestelijke verwerkingscentra van de wegpolitie. Deze opdracht werd aan de verzoekende partij gegund.

3.2. In augustus 2016 schrijft de verwerende partij een nieuwe overheidsopdracht uit met als voorwerp "Meerjarige raamovereenkomst van diensten voor het onderhoud, optimalisatie en uitbreiding van bestaande softwarepakketten voor het beheer van verkeershandhavingssystemen in de schoot van de Gewestelijke Verwerkingscentra van de Federale Wegpolitie, ten behoeve van de geïntegreerde politie".

‡AIITIFIDH-BDIEIAV‡

De plaatsingswijze is de open offerteaanvraag. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 augustus 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 9 augustus 2016.

3.3. De nieuwe opdracht is onderworpen aan het bestek nr. DLPROC 2016 R3 121.

De overheidsopdracht van vier jaar omvat vier posten, namelijk Post 1: Onderhoud van de bestaande softwareoplossing, Post 2: Optimalisatie van de bestaande oplossing of de vernieuwing van de softwaretoepassing, Post 3: Uitbreiding (aankoop bijkomende licenties) – deze post bestaat uit 6 onderposten – en Post 4: Opleiding voor de licenties van post 3.

3.4. Vier inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in.

3.5. Bij brief van 11 maart 2019 informeert de verzoekende partij bij de verwerende partij naar de stand van zaken met betrekking tot de toewijzing van de nieuwe opdracht.

3.6. Op onbekende datum, maar zo lijkt na de voormelde brief van de verzoekende partij, beslist de Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken om de nieuwe opdracht niet te gunnen. Dit is de bestreden beslissing die als volgt is gemotiveerd:

> "De beslissing tot niet-sluiting van de markt is er gekomen om reden van het niet langer voldoen van het bestek aan de behoeften van de Gewestelijke Verwerkingscentra (GVC). Het bestek werd al geruime tijd geleden gepubliceerd en ondertussen zijn er enkele beslissingen genomen betreffende een zeer grote uitbreiding van de handhavingsinstallaties, waardoor de verwerkingscapaciteit van de Gewestelijke Verwerkingscentra (GVC) dermate zal verhogen, dat de gevraagde technische specificaties niet langer voldoen om hieraan tegemoet te kunnen komen. Tenslotte is er intussen ook een nieuwe visie van de federale wegpolitie, hetgeen een modernere en meer flexibele toepassing van de verwerkingssoftware vereist, een ander punt dat niet in rekening werd gebracht in het bestek maar intussen wel een concrete nood is geworden.

De Gewestelijke Verwerkingscentra (GVC) zijn de laatste twee jaren snel uitgebreid en zullen deze tendens in de nabije toekomst nog enige tijd verderzetten. De vlotte verwerking van PV's en het verzekeren van toekomstige toereikende capaciteit, zowel qua mensen als qua middelen, zijn daarom ook een conditio sine qua non. Door het toewijzen van een markt die niet langer voldoet aan de behoeften, zou deze voorwaarde niet langer gegarandeerd kunnen worden, een keuze die vanzelfsprekend niet gemaakt kan worden. Om die reden werd er beslist om over te gaan tot niet-sluiting."

Bij brief van 1 juli 2019 wordt de bestreden beslissing door de verwerende partij meegedeeld aan de verzoekende partij.

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, 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', van de artikelen 4, eerste lid, 9°, en 5 van 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 de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', van het materieelmotiveringsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij vat haar middel als volgt samen:

> "Doordat de verwerende partij niet kan afzien van een gunning wanneer zij reeds uitvoering heeft gegeven aan een overheidsopdracht.
> En doordat de motivering voor het afzien van de gunning niet afdoende en deugdelijk is.
> Terwijl artikel 5 en 25 van de wet van 15 juni 2006 op de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, bepalen dat de overheidsopdrachten worden gegund na kwalitatieve selectie en onderzoek van de offertes van de deelnemers.
> Terwijl artikel 4, eerste lid, 9° en artikel 5 van de wet van 17 juni 2013 bepalen dat de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer ze afziet van het plaatsen van een opdracht, ongeacht de procedure.
> Terwijl artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen vereist dat de bestuurshandelingen de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de grondslag van de beslissing liggen en dat deze afdoende zijn.
> En terwijl het materieel motiveringsbeginsel inhoudt dat een overheidsbeslissing gemotiveerd wordt met begrijpelijke motieven die juridisch en feitelijk correct zijn en die voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing te schragen.

‡AIITIFIDH-BDIEIAV‡

Terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel ertoe strekt dat een overheid haar besluitvorming laat voorafgaan door een zorgvuldige feitenvinding.”

In de toelichting bij het middel in het verzoekschrift merkt de verzoekende partij in essentie op dat de verwerende partij ten onrechte geen melding maakt van, noch repliceert op, haar brief van 11 maart 2019. Voorts mocht de gunningsprocedure volgens haar niet worden stopgezet omdat zij in de praktijk reeds uitvoering zou hebben gegeven aan de beslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen doordat de verwerende partij is blijven werken met de software van de verzoekende partij en zij verder beroep heeft gedaan op de diensten van de verzoekende partij inzake ondersteuning en onderhoud van deze software. Bovendien zou de in de bestreden beslissing opgenomen motivering niet afdoende draagkrachtig zijn onder meer omdat wordt verwezen naar beslissingen die niet worden voorgelegd.

Ter terechtzitting merkt de verzoekende partij dan weer op dat zij de in de opdracht van 2012 voorziene 102 softwarelicenties op mondelinge vraag van de verwerende partij heeft uitgebreid tot 318, wat volgens haar gebeurde met toepassing van de nieuwe opdracht, doch zonder dat hierover “officiële” bestelbonnen door de verwerende partij werden opgemaakt.

Beoordeling

6. De verzoekende partij toont niet aan dat een verwijzing naar en een repliek op haar brief van 11 maart 2019 waarin zij vraagt om informatie, juridisch is vereist om de stopzettingsbeslissing, die gegrond is op artikel 35 van de voornoemde wet van 15 juni 2006, te nemen.

7. Volgens voormeld artikel 35 houdt het volgen van een gunningsprocedure geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht en mag de aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze. Een aanbestedende overheid mag hierbij echter niet willekeurig te werk gaan; een beslissing gegrond op dit artikel moet steunen op in feite en in rechte

‡AIITIFIDH-BDIEIAV‡

aanvaardbare motieven die haar kunnen dragen. De noodzaak van het aanbrengen van verbeteringen aan het bestek kan een gegronde reden zijn.

8. Te dezen blijkt uit de bestreden beslissing dat de verwerende partij de opdracht heeft stopgezet omdat het bestek niet langer voldoet aan de behoeften van de verwerende partij; meer bepaald is de verwerende partij van oordeel dat de in het bestek opgenomen technische specificaties niet langer voldoen om tegemoet te komen aan de vereiste uitbreiding en verhoogde verwerkingscapaciteit van de Gewestelijke Verwerkingscentra. Ook is het bestaande bestek volgens de verwerende partij niet meer afgestemd op de vereiste modernere en meer flexibele toepassing van de verwerkingssoftware.

Op het eerste gezicht lijken dit op zich gegronde redenen te kunnen zijn om de opdracht stop te zetten.

9. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, blijkt uit geen enkel stuk dat aan de Raad wordt voorgelegd dat de opdracht, voorwerp van huidig geding, reeds zou zijn gegund aan de verzoekende partij.

Met de verwerende partij mag worden vastgesteld dat er geen formele beslissing voorligt waaruit zou blijken dat de opdracht, voorwerp van huidig geding, aan de verzoekende partij werd gegund. Evenmin lijkt een beslissing tot toewijzing van de opdracht te kunnen worden afgeleid uit enige briefwisseling tussen de verwerende en de verzoekende partij, noch kan uit enig ander stuk van het administratief dossier het bestaan van een stilzwijgende beslissing tot gunning van de nieuwe opdracht aan de verzoekende partij worden afgeleid. De verzoekende partij legt ook geen enkel stuk in die zin voor.

Ter ondersteuning van haar stelling verwijst de verzoekende partij naar haar brief van 11 maart 2019 aan de verwerende partij waarbij zij aangaf dat de verwerende partij met een bestelbon van 7 december 2018 gedurende een jaar bijkomend onderhoud voor de geleverde softwarepakketten had verkregen, namelijk voor de periode van 9 april 2018 tot en met 8 april 2019. Door verder beroep te doen op de ondersteuning en onderhoud van de software door de

verzoekende partij, zou volgens de verzoekende partij de verwerende partij de opdracht *de facto* aan haar hebben toegewezen.

Met de verwerende partij moet echter worden vastgesteld dat de door de verzoekende partij geleverde prestaties sinds 9 april 2018 gebeurden op grond van bestellingen die op het eerste gezicht nog werden geplaatst in de uitvoering van de overheidsopdracht die in 2012 aan de verzoekende partij werd gegund. Aldus wijst de verwerende partij in dat opzicht terecht naar de betrokken bestelbonnen die verwijzen naar de lopende opdracht uit 2012. De verzoekende partij merkt bovendien zelf op in haar brief van 11 maart 2019 dat de interventies tussen 9 april 2018 en 8 april 2019 in ieder geval nog in uitvoering van de vorige opdracht uit 2012 gebeurden aangezien zij stelt dat daarmee de mogelijkheden van die opdracht volledig uitgeput lijken en het niet evident lijkt om na 8 april 2019 nog interventies te kunnen uitvoeren zonder nieuwe contractsvorm.

Wat het ter terechtzitting door de verzoekende partij geopperde standpunt betreft dat zij bijkomende licenties ter beschikking heeft gesteld en dat dit zou kaderen in de nieuwe opdracht, mag ter verwerping hiervan worden volstaan met de overweging dat de verzoekende partij ter zake geen enkel bewijs bijbrengt zodat dit vooralsnog een loutere bewering lijkt.

Bijgevolg lijkt het standpunt van de verzoekende partij, dat de nieuwe opdracht *de facto* aan haar zou zijn gegund, niet te kunnen worden bijgevallen en gaat zij uit van een verkeerde feitelijke premisse wanneer zij stelt dat om deze reden de nieuwe opdracht niet meer mocht worden stopgezet.

10. Wat de aangevoerde schending betreft van de formele- en de materiëlemotiveringsplicht, wordt die verworpen om de volgende redenen.

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 dan 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.

Te dezen kan worden vastgesteld dat de verwerende partij in de bestreden beslissing zelf erop wijst dat de technische specificaties vermeld in het bestek niet meer overeenstemmen met de geëvolueerde behoefte van de verwerende partij. Zij verwijst, enerzijds, naar een zeer grote uitbreiding van de handhavingsinstallaties waardoor de verwerkingscapaciteit zal verhogen en, anderzijds, naar de nood aan een modernere en meer flexibele toepassing van de verwerkingssoftware. Op het eerste gezicht valt niet in te zien waarom deze motieven de verzoekende partij niet voldoende in staat stellen met kennis van zaken te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing in rechte te verweren. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat de kennisname van de beslissingen waarnaar wordt verwezen inzake de uitbreiding van de handhavings-installaties en inzake de nieuwe visie van de federale wegpolitie, haar essentiële elementen zou verschaffen die noodzakelijk zijn om zich in rechte te verweren tegen de bestreden beslissing.

Voorts betwist de verzoekende partij op geen enkele wijze het gegeven dat een uitbreiding van de handhavingsinstallaties en een modernere en meer flexibele toepassing van de verwerkingssoftware een aanpassing van de technische specificaties van het bestek zou vereisen. In dat opzicht lijkt de verwerende partij in haar nota ook niet onterecht te wijzen op het feit dat een bestek uit 2016, met de daarin opgenomen technische specificaties, in een snel evoluerende IT-sector, mogelijkerwijs drie jaar later niet meer tegemoetkomt aan de actuele vereisten en mogelijkheden.

Ook lijkt het feit dat er nog geen nieuw bestek werd uitgeschreven, geenszins aan te tonen dat de verwerende partij geen nieuwe behoeften kan hebben die een stopzetting van de lopende gunningsprocedure vereisen.

11. Het middel is niet ernstig.

‡AIITIFIDH-BDIEIAV‡

VI. Besluit

12. 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 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, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 augustus 2019, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Pierre Barra**

‡AIITIFIDH-BDIEIAV‡