RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 86.765 van 11 april 2000
in de zaak A. 90.634/XII-2550.

In zake : de vennootschap naar Amerikaans recht DREAMPORT INCORPORATED,
die woonplaats kiest bij
advocaten E. GILLET en B. LAMBRECHT,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Brand Whitlocklaan 30

tegen :

de Nationale Loterij van België,
die woonplaats kiest bij
advocaten V. HORSMANS en A. TALLON,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 283, bus 21.

tussenkomende partij :

de vennootschap naar Canadees recht SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED,
die woonplaats kiest bij
advocaat T. DE MEESE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Leopold II-laan 281.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de vennootschap naar Amerikaans recht DREAMPORT INCORPORATED op 3 april 2000 heeft ingediend waarin bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing wordt gevorderd van de tenuitvoerlegging van

> "de beslissing van 14 maart 2000 van de Raad van bestuur van de Nationale Loterij van België, waarbij beslist werd om de procedure van algemene offerte-aanvraag m.b.t. de levering van een netwerk van elektronische automaten voor loterijen met centraal beheer te hervatten";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 4 april 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 7 april 2000 om 11.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. BRESSELEERS, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat A. TALLON, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaten T. DE MEESE en S. BUTENAERTS, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de vennootschap naar Canadees recht SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED vraagt om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat de voornoemde vennootschap mede met verzoekster betrokken is in de litigieuze procedure van algemene offerteaanvraag; dat haar verzoek dan ook moet worden ingewilligd;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Op 23 februari 2000 stelt verzoekster een vordering in om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de tenuitvoerlegging te vorderen van :

"1. de beslissing genomen op 23 december 1999 door de raad van bestuur van de Nationale loterij van België om de offerte van verzoekster in het kader van een procedure van algemene offerteaanvraag met betrekking tot de levering van een netwerk van electronische verdeelstoestellen voor loterij met centraal beheer niet in aanmerking te nemen;

2. de beslissing genomen door dezelfde raad van bestuur om de voornoemde opdracht toe te kennen aan de vennootschap naar Canadees recht SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED".

1.2. In het arrest nr. 85.833 van 6 maart 2000 van de Raad van State wordt de schorsing bevolen van de eerste bestreden beslissing en de vordering verworpen in zoverre zij de tweede bestreden beslissing betreft.

Dat arrest stelt daarbij onder meer hetgeen volgt :

"(...)

Overwegende dat uit de hiervoren overgeschreven notulen van de vergadering van 23 december 1999 van de raad van bestuur van de verwerende partij zonder redelijke twijfel kan worden afgeleid dat op die datum nog niet besloten werd de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij; dat dit bevestigd wordt door de brief van 17 januari 2000 waarmede aan de tussenkomende partij ter kennis wordt gebracht dat haar offerte als de interessantste wordt beschouwd doch dat de opdracht haar nog niet definitief wordt toegekend; dat uit de voornoemde notulen, bevestigd door een brief van 17 januari 2000 aan verzoekster, evenzeer blijkt dat deze laatste definitief van de opdracht werd uitgesloten; dat de vordering derhalve niet ontvankelijk is wat de tweede bestreden handeling betreft en het tegen die handeling gerichte derde middel ook niet ontvankelijk is; dat verzoekster echter een voldoende belang heeft om op te komen tegen de eerste beslissing, welke definitief een einde heeft gemaakt aan haar kansen om de opdracht toevertrouwd te krijgen;

(...)

Overwegende dat verzoekster een eerste middel aanvoert 'genomen uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers en van het beginsel van het gewettigd vertrouwen, uit het artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheids-opdrachten en bepaalde opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, uit artikel 115 van

het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, doordat de tegenpartij de offerte van de verzoekende partij niet heeft weerhouden, terwijl de offerte van de verzoekende partij zonder twijfel de meest voordelige is';

Overwegende dat verzoekster bij dit middel uiteenzet dat ze haar offerte heeft opgesteld uitgaande van een op 15 juli 1999 medegedeelde quoteringstabel waarbij het criterium 'ervaring' op 1.000 punten werd gequoteerd en het criterium 'prijs' op 300 punten, en haar offerte daar dan ook was op afgestemd : een kwalitatief zeer hoogstaand project waarbij het er op aan kwam de ervaring in de verf te zetten ongeacht het feit dat het project dan ook wat duurder was; dat indien verzoekster geweten had dat het criterium 'prijs' meer gewicht zou krijgen, ze uiteraard haar offerte anders zou hebben opgesteld;

Overwegende dat de verwerende partij niet betwist dat in de aan kandidaten medegedeelde quoteringstabel op het criterium 'ervaring' 1.000 punten stonden en op het criterium 'prijs' 300 punten, en dat deze tabel beschouwd moest worden als deel uitmakend van het bestek; dat zij echter stelt dat de opdrachtgevende overheid vrij de waarde van criteria bepaalt en dat deze afweging na het openen van de inschrijvingen kan gebeuren, waarbij het volstaat dat die afweging plaats heeft in de geest van belangrijkheid van de vooropgestelde criteria; dat de verwerende partij voorts opmerkt dat de omwisseling van het puntenaantal tussen 'prijs' en 'ervaring' op een vergissing berustte; dat volgens haar verzoekster ook geen belang heeft bij het ingeroepen middel, omdat indien de beoordeling was gebeurd op grond van het puntenaantal van de vooraf medegedeelde tabel, verzoeksters offerte toch nog lager gescoord zou hebben dan die van de tussenkomende partij; dat het gelijkheidsbeginsel niet werd geschonden omdat ook de tussenkomende partij haar offerte op grond van die tabel heeft opgesteld; dat de verwerende partij voorts nog stelt dat verzoekster haar offerte niet te goeder trouw heeft ingesteld daar ze ervan uitging dat ze elke prijs kon voorstellen, dat kwalitatief de beide offertes gelijkwaardig waren en dat het criterium 'ervaring', waarin beide kandidaten niet zo zeer verschillen, geen prijsverschil van 1 miljard frank rechtvaardigt;

(...)

Overwegende dat luidens artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bij algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht toegewezen wordt aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die

vermeld moeten zijn in het bestek of eventueel in de aankondiging van de opdracht; dat ter zake niet is betwist dat aan de kandidaten een quotering op 1.000 punten voor het criterium 'ervaring' en op 300 punten voor het criterium 'prijs' was medegedeeld met een quoteringstabel waaraan de waarde van een besteks-bepaling was toegekend; dat luidens artikel 115, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, in het bestek of desnoods in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, zonodig in volgorde van afnemend belang worden vermeld; dat uit dat alles af te leiden valt dat eenmaal aan een gunningscriterium een bepaalde waarde is toegekend en de kandidaten daar-mede rekening houdende hun offertes hebben opgemaakt, het de opdrachtgevende overheid niet meer toekomt die voorwaarden van de opdracht eenzijdig te wijzigen; dat het feit dat ter zake een materiële vergissing zou zijn begaan -waarvan het overigens merkwaardig is dat ze niet tijdig zou zijn opgemerkt- niet tot nadeel van de te goeder trouw handelende kandidaten mag strekken; dat wat dat laatste betreft kan worden opgemerkt dat de omstandigheid dat de verzoekende partij haar offerte heeft afgestemd op een punten-verdeling waarin het element 'ervaring' zwaar doorwoog en het element 'prijs' weinig en zodoende een hoge prijs heeft gesteld, niet zomaar als een bewijs van kwade trouw kan worden aangenomen; dat het argument als zou een quotering zoals in de medegedeelde puntentabel voor verzoekster ook niet de hoogste score hebben opgeleverd, niet ter zake dienend is omdat, zoals verzoekster terecht stelt, zij haar offerte precies heeft afgestemd op een quotering waarbij het criterium 'prijs' een onder-geschikte rol speelde; dat het middel ernstig is; dat, indien het gegrond zou zijn, het op zichzelf tot de nietigverklaring van de eerste bestreden beslissing aanleiding zou kunnen geven";

1.3. Ingevolge het schorsingsarrest nr. 85.833 neemt de Raad van Bestuur van de verwerende partij op 14 maart 2000 een beslissing waarvan zij onder meer aan verzoekster in een aangetekende brief van 23 maart 2000 kennis geeft als volgt :

"Geachte Heer,

In het kader van de door de vennootschap naar Amerikaans recht DREAMPORT INCORPORATED bij de Raad van State ingestelde schorsingsprocedure, werd -in navolging van de het schorsingsarrest dd. 6 maart

2000- door de raad van bestuur van de Nationale Loterij van België op haar vergadering van 14 maart 2000, het volgende beslist :

'Gelet op het schorsingsarrest dd. 6 maart 2000.

Overwegende - dat de Raad van State tot de schorsing heeft besloten van de beslissing van de raad van bestuur van de Nationale Loterij van 23 december 1999, om de offerte van de firma DREAMPORT INCORPORATED niet te selecteren in het kader van een procedure van algemene offerte-aanvraag voor de levering van een netwerk van electronische automaten voor loterijen met centraal beheer;

- dat de coteringstabel die op 15 juli 1999 aan de inschrijvers werd uitgedeeld inderdaad verschilt van die welke gebruikt werd om de offerte te evalueren;

- dat dit een wijziging uitmaakt van de voorwaarden na opening van de offertes, hetgeen door de Raad van State is gesanctioneerd;

- dat de gelijkheid onder de oorspronkelijke inschrijvers moet worden gerespecteerd en dat de rechtszekerheid moet worden gewaarborgd;

beslist de raad van bestuur van de Nationale Loterij uitdrukkelijk zijn beslissing van 23 december 1999 in te trekken en belast hij de bevoegde dienst ermee over te gaan tot de evaluatie van de offertes aan de hand van de gunningscriteria van het bestek en de aan de deelnemers op 15 juli 1999 medegedeelde coteringstabel, die de raad van bestuur hierbij goedkeurt en geldig verklaart. Bedoelde evaluatie moet geschieden op dezelfde wijze als de vorige, d.w.z. met de externe bijstand van een auditkantoor.

Gelet op het retroactief effect, ex tunc, van de intrekking van de op 23 december 1999 door de raad van bestuur van de Nationale Loterij genomen beslissing, gaat de raad ervan uit dat de geldigheidsduur van de offertes van DREAMPORT INCORPORATED en van SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED met 60 dagen moet worden verlengd.

Zowel DREAMPORT INCORPORATED als SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED moeten spoedig per aangetekend schrijven op de hoogte worden gesteld van de beslissing van de raad van bestuur van de Nationale Loterij. In deze aangetekende brief moet aan beide firma's gevraagd worden om binnen een termijn van 8 dagen te rekenen vanaf de datum van ontvangst van het aangetekend schrijven, schriftelijk te bevestigen dat hun offerte voor een periode van 60 dagen geldig blijft.

De raad van bestuur van de Nationale Loterij zal vervolgens de offertes opnieuw evalueren aan de hand van een coteringstabel die op 15 juli 1999 aan de oorspronkelijke inschrijvers is medegedeeld'.

Daarom vraagt de raad van bestuur van de Nationale Loterij uw akkoord voor wat betreft het onvoorwaardelijk behoud van uw offerte, en dit schriftelijk binnen de 8 dagen na ontvangst van deze aangetekende brief".

Verzoekster stelt uitdrukkelijk dat haar verzoekschrift niet de met deze brief ter kennis gegeven intrekkingsbeslissing betreft, maar wel de daarmee aangekondigde hervatting van de procedure;

2. Over de grondvoorwaarden tot schorsing.

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

2.2. Overwegende, wat de derde voorwaarde betreft, dat verzoekster omtrent het nadeel betoogt hetgeen volgt :

"Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat de verzoekende partij zal lijden ten gevolge van haar onregelmatige wering uit de betwiste procedure is evident :

- Het gaat om een referentieopdracht. Inderdaad, in acht genomen de relatieve beperktheid van de markt van virtuele loterij -alleen de nationale en toegelaten loterijen kunnen de producten van de verzoekende partij installeren- is de uitsluiting uit de huidige procedure uiterst nadelig, aangezien de verzoekende partij een

zeer belangrijke referentie misloopt op een markt die in volle ontwikkeling is. Als de markt van de virtuele loterij en ticketspelen nu al verzadigd zou zijn, dan zou men kunnen aannemen dat deze opdracht niet belangrijker is dan een andere. Is casu is de opdracht voor de verzoekende partij de bevestiging van een eerdere opdracht waar ze zich heeft kunnen bewijzen. Het is belangrijk om aan de toekomstige cliënten aan te tonen dat haar producten, die hun diensten bewezen hebben in een relatief beperkte opdracht -de Loterij van romaans Zwitserland- passen voor een loterij met een groter economisch gewicht zoals de Nationale Loterij van België waarvan de evolutie op de markt en de betrokkenheid van zijn directie bij internationale congressen een referentie gemaakt hebben, zeker voor de Europese loterijen.

- Het nadeel is moeilijk te herstellen in de mate dat de verzoekende partij aan de oorsprong ligt van een complex systeem van gecentraliseerde distributie -op basis van vooraf gedefinieerde loten- van loten van de Loterij naar een netwerk van plaatselijk geïnstalleerde verdeeltoestellen; de verzoekende partij is de enige firma die er tot op heden in geslaagd is om dit concept volledig te ontwikkelen in volle respect van de vigerende reglementering van de krabticketspelen; deze verwezenlijking houdt niet alleen de aanpassing in van een terminal, maar vooral de aanpassing van het ingewikkelde centraal systeem met dagelijks distributie van een pak biljetten naar elke terminal en terugname van de niet verkochte biljetten, een aangepast communicatienetwerk en de integratie van deze drie delen om er een homogeen geheel van te maken dat beantwoordt aan het bestek van de Loterij.
- Het nadeel is des te groter doordat uit de motivering zelf van die beslissing waarmee de tegenpartij de verzoekende partij uitsluit, blijkt dat de tegenpartij zich als doel heeft gesteld om aan een concurrerende firma referenties te verschaffen waardoor de kloof die deze firma nu nog van de verzoekende partij scheidt verkleind zou kunnen worden.
- Een aanslag op een concurrentiepositie maakt een moeilijk te herstellen nadeel uit.

Welnu, in het huidige geval doen de elementen van het dossier vermoeden dat men probeert om de positie van de verzoekende partij op de markt van de virtuele loterijspelen te verzwakken. De aanbestedende overheid wil een kans geven aan de concurrentie door de offerte van de verzoekende partij te weren, terwijl

deze offerte nochtans de gunstigste is en ondersteund wordt door de meest solide referenties.

- In zijn schorsingsarrest van 6 maart 2000 heeft de Raad van State m.b.t. het door verzoekende partij moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat zij leed tengevolge van de beslissing van 23 december 1999 gesteld :
'Overwegende dat de raad van State uit de gegevens van het dossier en de gevoerde debatten heeft kunnen opmaken dat het terzake gaat om een nieuw concept van loterij 'op afstand' dat een nieuw soort technologie aanwendt; dat zoals de Raad van State reeds meermaals heeft aangenomen het verwerven en behouden van een positie op een dergelijke markt waar, zoals terzake, het aantal spelers en opdrachtgevers beperkt is, voor de betrokkene van het allergrootste belang is en het niet-verkrijgen of verliezen van die marktpositie een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakt; dat bovendien de onderhavige opdracht financieel belangrijk is; dat die vaststellingen volstaan om tot de mogelijkheid van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel voor verzoekster te besluiten'";

Overwegende dat verzoekster in dit betoog een moeilijk te herstellen ernstig nadeel beschrijft dat haar zou worden berokkend tengevolge van "haar onregelmatige wering uit de betwiste procedure" (inleidende zin), haar "uitsluiting uit de huidige procedure" (eerste streepje), "de beslissing waarmee de tegenpartij de verzoekende partij uitsluit" (derde streepje) en door "de offerte van de verzoekende partij te weren" (vierde streepje); dat zij in haar betoog enkel uitgaat van de veronderstelling dat haar offerte is geweerd; dat dit nadeel echter niet kan worden betrokken op de bestreden beslissing; dat deze immers niet inhoudt dat verzoekster reeds wordt geweerd uit de kwestieuze procedure, maar enkel dat de evaluatie van de ingediende offertes, ook deze van verzoekster, wordt hernomen aan de hand van de aan de deelnemers op 15 juli 1999 medegedeelde quoteringstabel; dat daarentegen de beslissing waarmee verzoekster werd geweerd is ingetrokken en er nog geen toewijzing heeft plaats gevonden;

Overwegende dat aldus de bestreden beslissing, noch haar onmiddellijke tenuitvoerlegging, het geschetste nadeel kan berokkenen; dat dienvolgens niet is voldaan aan de derde van de in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State gestelde voorwaarden die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de vennootschap naar Canadees recht SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op zevenduizend frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op vijfduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf april 2000, door :

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

De griffier, **De voorzitter,**

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