

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 133.808 van 12 juli 2004
in de zaak A. 153.417/XII-4186.**

In zake : de NV ELECTRONIC DATA SYSTEMS-BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Binnenlandse Zaken,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse,
kantoor houdende te Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

tussenkommende partij :

V.O.F. CSC COMPUTER SCIENCES,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Thiel en S. Boullart,
kantoor houdende te Brussel,
Brand Whitlocklaan 30.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat NV EDS-Belgium op 5 juli 2004 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 23 juni 2004 van de minister van Binnenlandse Zaken om het eerste perceel van de opdracht voor de verwezenlijking van een overeenkomst "ISLP" ten voordele van de federale politie toe te wijzen aan V.O.F. CSC;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 6 juli 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 juli 2004, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. De Wolf en L. De Smet, die verschijnen voor verzoekster, van advocaat R. Heijse, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaten P. Thiel en S. Boullart, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

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;

1. Overwegende dat verwerende partij op 12 februari 2004 een overheidsopdracht uitschrijft, via een algemene offerteaanvraag, voor de aanneming van diensten betreffende de verwezenlijking ten voordele van de federale politie van een overeenkomst “ISLP” - “ISLP” zijnde de toepassingssoftware waarop het gecentraliseerde informaticaplatform van de politiediensten steunt; dat de af te sluiten overeenkomst een “open overeenkomst” is, die zich in principe, behoudens opzegging, over zeven jaar uitstrekt (2004-2010) en waarbij de door het personeel van de aannemer uit te voeren prestaties afhankelijk zijn van de betekening van een gedeeltelijke bestelling middels een bestelbon door de leidende ambtenaar; dat de opdracht uit drie percelen bestaat; dat te dezen alleen het eerste perceel (“Toepassingsontwikkeling”) van belang is; dat er voor het perceel tijdig vijf offertes worden ingediend, door onder anderen verzoekster, ten bedrage van 12.099.660 euro, en V.O.F. CSC, die tot nog instond voor de dagelijkse uitbating, het onderhoud en de systeemontwikkeling van de toepassingssoftware “ISLP”, ten bedrage van 12.685.250 euro; dat het gunningsverslag de offerte van V.O.F. CSC als eerste rangschikt en die van verzoekster als tweede; dat de minister van Binnenlandse Zaken op 23 juni 2004 beslist perceel 1 aan V.O.F. CSC toe te wijzen voor een maximaal bedrag in 2004 van 1.549.345,60 euro, BTW inbegrepen;

2. Overwegende dat V.O.F. CSC Computer Sciences vraagt in de debatten te mogen tussenkomen; dat zij de begunstigde is van de bestreden beslissing; dat op het verzoek wordt ingegaan;

3. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts bij hoogdringendheid tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden overgegaan op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen

ernstig nadeel kan berokkenen, dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is en dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden;

4.1. Overwegende dat, met betrekking tot de eerste en de tweede voorwaarde, dat in het verzoekschrift onder meer wordt uiteengezet en toegelicht dat de bestreden beslissing een “uitermate belangrijke opdracht” betreft, met betrekking tot een overeenkomst “voor een duur van niet minder dan 7 jaar”, dat de opdracht een “zeer aanzienlijke financiële waarde, m.n. bijna EUR 12.100.000,00 of 488 miljoen BEF” heeft, dat zulke opdrachten eerder uitzonderlijk zijn en “zeer belangrijke referenties” vormen, dat volgens het Formanova-arrest nr. 87.983 van de Raad van State een schorsingsvordering niet langer enig nuttig gevolg kan sorteren indien de gunningsbeslissing betekend is en de aannemingsovereenkomst is ontstaan, dat verwerende partij op 23 juni 2004 liet weten dat de notificatiebrief pas na vijftien dagen aan de aannemer zou worden toegestuurd, dat verzoekster dus verplicht is, teneinde een kans op rechtsherstel in natura te behouden, om zich bij uiterst dringende noodzakelijkheid tot de Raad van State te wenden, dat een gewone vordering tot schorsing te laat zou komen om het definitief verlies te vermijden van de mogelijkheid de opdracht te verkrijgen en uit te voeren;

Overwegende dat verwerende partij hiertegen geen enkel verweer voert; dat de tussenkomende partij in haar verzoek tot tussenkomst in de eerste plaats betoogt dat er reeds een overeenkomst is tot stand gekomen omdat zij met schrijven van 24 juni 2004 vanwege de federale politie de gunningsbeslissing mocht ontvangen, en dat verzoekster zich in die omstandigheden niet meer kan beroepen op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel; dat de tussenkomende partij voorts van mening is dat verzoekster in gebreke blijft om “een heldere, onderbouwde en gestaafde precisering” te geven van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel; dat tenslotte de tussenkomende partij tegenwerpt dat verzoekster niet uitlegt waaruit in de concrete omstandigheden van de zaak de uiterst dringende noodzakelijkheid bestaat, dat het louter doen gelden van het feit dat de gewone schorsingsprocedure geen herstel in natura zal toelaten ter zake niet volstaat en dat niets in het dossier aangeeft “dat de gewone schorsingsprocedure aan verzoekende partij geen gelijkaardig resultaat zou opleveren, indien zij ageerde binnen een zelfde tijdsbestek zoals zij thans heeft gedaan”;

4.2. Overwegende dat wat de tussenkomende partij met brief van 24 juni 2004 heeft ontvangen niet de kennisgeving van de goedkeuring van haar offerte met betrekking tot het besproken perceel 1 is, maar de mededeling dat geen gevolg wordt gegeven aan haar offerte met betrekking tot perceel 3 (“Concerné : Notification d’une offre non retenue - Lot 3”), alsmede een afschrift van de gunningsbeslissing in verband met dat derde perceel; dat de enkele omstandigheid dat uit die gunningsbeslissing in verband met perceel 3 tevens kan worden opgemaakt dat de verwerende partij heeft beslist het perceel 1 aan de tussenkomende partij toe te wijzen, nog geenszins lijkt mee te brengen dat de kennisgeving van 24 juni 2004, in strijd met de gebruikte bewoordingen en de ogenschijnlijk evidente bedoeling van de steller, te beschouwen is als de betekening aan de tussenkomende partij van de goedkeuring van haar offerte aangaande perceel 1; dat het dan ook niet verwonderlijk is dat verwerende partij de kennisgeving van de gunningsbeslissing aangaande perceel 1 aan de tussenkomende partij ter terechtzitting formeel betwist; dat in die omstandigheden overigens de tussenkomende partij, eveneens ter terechtzitting, laat verstaan niet echt meer op haar bezwaar aan te dringen, maar zich te gedragen “naar de wijsheid van de Raad”;

Overwegende dat vooralsnog niet genoegzaam blijkt dat er tussen de verwerende en de tussenkomende partij met betrekking tot de opdracht ter sprake reeds een overeenkomst tot stand is gekomen; dat het dan ook niet opgaat om vanwege die beweerde overeenkomst aan te nemen dat een schorsing verzoekster niet zou kunnen behoeden voor het aangevoerde nadeel en om haar het vereiste belang bij de onderhavige vordering te ontfemen;

Overwegende voorts dat, anders dan de tussenkomende partij beweert, verzoekster wel genoegzaam inzichtelijk en aannemelijk maakt dat de opdracht die de bestreden beslissing haar dreigt te doen mislopen, gelet op de aard, duur en waarde ervan als eerder uitzonderlijk is te aanzien; dat het verlies van de mogelijkheid om de opdracht te verkrijgen en uit te voeren een moeilijk te herstellen ernstig nadeel verantwoordt;

Overwegende dat een schorsing van de bestreden beslissing te laat komt om dit verlies passend te voorkomen wanneer intussen, door de betekening van de toewijzingsbeslissing aan de tussenkomende partij, de overeenkomst met betrekking tot de opdracht tot stand zou zijn gekomen; dat te dezen verzoekster terecht kon vrezen dat een schorsing volgens de gewone procedure niet tijdig zou

zijn om die betekening vóór te blijven; dat de verwerende partij aan verzoekster had laten weten dat de betekeningsbrief aan de aannemer zou worden toegestuurd na vijftien dagen te rekenen vanaf 23 juni 2004; dat verzoekster des te minder reden had om eraan te twijfelen dat verwerende partij in de erg nabije toekomst tot de betekening zou overgaan nu de gestanddoeningstermijn van de offertes maar tot eind juli 2004 liep; dat de tussenkomenende partij slecht geplaatst is om de dreiging van een spoedige betekening, en dus het bestaan van een uiterst dringende noodzakelijkheid, in twijfel te trekken, waar zij, precies omdat de gunningsbeslissing nu al betekend zou zijn, zelfs de huidige bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediende vordering reeds laattijdig acht;

Overwegende dat aan de eerste en tweede voorwaarde voor een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid voldaan is;

5.1. Overwegende, met betrekking tot de derde schorsingsvoorwaarde, dat verzoekster een eerste middel afleidt uit de “Schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [...]; Schending van 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 [...]; Schending van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’ meer bepaald van punt 10 van het Bestek; Schending van het gelijkheidsbeginsel; Schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...]”; dat onder meer wordt aangevoerd dat bij de toetsing van de gunningscriteria niet op een zorgvuldige, deskundige en objectieve wijze is tewerk gegaan, dat de beoordeling van het gunningscriterium “de administratieve criteria” moeilijk kan worden aanvaard, dat het in wezen betrekking heeft op de leveringstermijn die door de inschrijvers in hun offerte werd voorgesteld, dat de inschrijvers er redelijkerwijze mochten van uitgaan dat een kortere leveringstermijn een betere beoordeling zou opleveren, dat zij een leveringstermijn van twee weken aanbood maar niettemin dezelfde score behaalde als de inschrijvers die één maand aanboden, dat nog onbegrijpelijk is de score van 50 op 100 die de tussenkomenende partij werd toegemeten terwijl zij “een termijn van liefst drie maanden voorstelt, d.w.z. het drievoud van de termijn die door Verwerende Partij zelf als ‘redelijk’ wordt aangemerkt”, dat ook de globale eindbeoordeling de test van “deugdelijke motivering” niet doorstaat, dat voor de uiteindelijke globale rangschikking toepassing is gemaakt van het “Promethee II computersysteem”, dat verzoeksters offerte enkel

met betrekking tot het subcriterium “papieren offerte” minder goed scoort dan de tussenkomende partij, dat toch de offerte van laatstgenoemde op basis van de toepassing van het Promethee-systeem als eerste wordt gerangschikt, dat echter niet wordt aangegeven, noch in feite toegelicht op basis van welke gronden en motieven de relatief betere score van tussenkomende partij op dit ene subcriterium “als dermate doorslaggevend kan worden beschouwd dat zij de betere scores van Verzoekende Partij op de overige gunningscriteria tenietdoet”;

Overwegende dat de verwerende partij met betrekking tot het gunningscriterium “administratieve criteria” in essentie antwoordt :

“Zoals reeds aangegeven dient de dienstverlener personeel ter beschikking te stellen voor de uitvoering van de geplaatste bestellingen. De bestelling vermeldt het aantal te presteren uren. Bijgevolg kon het bestek geen indicatie geven omtrent de redelijk geachte termijn, omdat de bepaling van deze termijn precies het aannemingsrisico uitmaakte. Uit ervaring weet verwerende partij dat een termijn van 1 maand om het bestelde personeel ter beschikking te stellen een realistische en redelijke termijn is. Vaak geven inschrijvers een kortere termijn op teneinde op dit punt beter te scoren, terwijl ze de mogelijke vertragsboete die bij niet naleving van dit engagement [zal] worden opgelegd, anderzijds verrekenen in hun inschrijvingsprijs.

Vandaar dat een termijn van 1 maand, als een redelijke termijn geldt die een score van 70/100 verdient. Elke termijn die lager dan 1 maand ligt, wordt bijgevolg als minder realistisch beschouwd en krijgt een zelfde score. Iedere inschrijver die een langere termijn hanteert, krijgt per bijkomende maand 10 punten minder toegekend. Vandaar dat de offerte van CSC een score van 50 krijgt”;

Overwegende dat verwerende partij aangaande het gebruik van Promethee repliceert dat het een softwareprogramma is dat een aantal eenvoudige berekeningen uitvoert die ook met een rekenmachine kunnen worden uitgevoerd, dat de output een rangschikking is van de offertes “op basis van het gemiddelde van de vergelijking van hun punten voor elk criterium met die van elke andere offerte”, dat het programma enkel toelaat om op een welbepaalde mathematische manier tot een rangschikking te komen en dat verzoekster niet concreet aantoont waarom deze berekeningsmethode kennelijk onredelijk zou zijn;

Overwegende dat de tussenkomende partij verzoekster tegenwerpt, in verband met het gunningscriterium “administratieve criteria”, dat de leveringstermijn in het bestek wordt bepaald, dat aldus uit het bestek blijkt dat de verwerende partij een termijn van maximaal drie maanden als redelijk kon beschouwen en, wat Promethee betreft, dat verzoekster volledig voorbijgaat aan de motieven

in het gunningsverslag, waaruit blijkt dat de motieven van de beoordeling niet enkel berusten op het gebruik van een computersysteem;

5.2. Overwegende dat luidens het te dezen toepasselijke bestek voor de keuze van de aannemer de volgende gunningscriteria in aanmerking worden genomen, in dalende volgorde gerangschikt volgens de belangrijkheid welke eraan gegeven wordt: de technische en operationele criteria (55 %), de prijs (35 %), de administratieve criteria (10 %); dat het bestek voorts bepaalt dat voor de toewijzing van de overeenkomst een beroep zal worden gedaan “op de beslissende methodologische hulp DECISION LAB 2000”, zijnde blijkbaar het softwareprogramma Promethee;

Overwegende dat het derde gunningscriterium blijkbaar (alleen) betrekking heeft op de termijn waarbinnen de aannemer het personeel voor de uitvoering van de bestelde prestaties ter beschikking zal stellen; dat ter zake Aubay (1 juli 2004), verzoekster (twee weken) en Getronics (een maand) 70/100 krijgen en tussenkomende partij (drie maanden) 50/100; dat volgens de toelichting in het gunningsverslag een leveringstermijn van een maand als redelijk wordt beschouwd en 70/100 verdient, en de andere leveringstermijnen in overeenstemming daarmee worden gequoteerd;

Overwegende dat de opdracht ter sprake de levering van prestaties betreft door personeel van de aannemer; dat de dienstverlening volgens de nota van verwerende partij meer bepaald inhoudt “dat de dienstverlener - op bestelling van de aanbestedende overheid van iedere deelopdracht (zijnde één van de 8 posten van lot 1) het gevraagde ICT-personeel (bv programmeur, analist) binnen de door de inschrijver vooropgestelde termijn ter beschikking stelt voor de uitvoering van de opgelegde taak (bv onderhoud van software op jaarbasis, ontwikkelen van een welbepaalde nieuwe softwaretoepassing)”; dat, nog volgens de nota, de dienstverlening “aldus [bestaat] in het zo spoedig mogelijk ter beschikking stellen van bekwaam ICT-personeel”; dat daar op het eerste gezicht geen afbreuk aan doet de maximumtermijn van drie maanden waarin het bestek met betrekking tot een van de acht posten van het eerste perceel voorziet en waarnaar de tussenkomende partij verwijst;

Overwegende dat het in het licht van het voorgaande geen steek lijkt te houden dat een termijn van terbeschikkingstelling van twee weken niet beter

wordt beoordeeld dan een termijn die dubbel zolang is; dat het voorts evenmin binnen de grenzen van de redelijkheid lijkt te liggen om enerzijds voor het gunningscriterium maximaal 70 punten op 100 te geven, ingeval een “redelijke” termijn van een maand of minder wordt voorgesteld, en anderzijds een termijn die drie keer langer is en beweerdelijk dienovereenkomstig (“en conséquence”) gequoteerd zal worden, toch nog 50 op 100 te geven;

Overwegende dat in de huidige stand van de procedure met verzoekster wordt aangenomen dat de beoordeling van het besproken gunningscriterium, in strijd met de in het middel geschonden geachte voorschriften, onzorgvuldig is gebeurd; dat de onwettigheid in beginsel ook de vernietiging van de bestreden beslissing kan verantwoorden; dat weliswaar het gunningscriterium slechts een waarde van 10 % heeft, maar vooralsnog niet valt uit te sluiten dat een wel zorgvuldige beoordeling niettemin tot een voor verzoekster gunstig globaal eindoordeel kan leiden; dat, eensdeels, het op het eerste gezicht niet aan de Raad van State toekomt om zelf uit te maken, in de plaats van de overheid, hoeveel punten de offertes in geval van een deugdelijke beoordeling voor het gunningscriterium verdienen; dat, anderdeels, de Raad van State geen voldoende inzicht heeft in de “welbepaalde mathematische manier” waarop de Promethee-software de beoordelingen van de onderscheiden gunningscriteria tot een eindrangschikking verwerkt en hij zodoende, hoe ook de quoterings met betrekking tot de “administratieve criteria” worden aangepast, niet de precieze weerslag ervan zou kunnen nagaan op de globale eindbeoordeling die thans blijkt te zijn geresulteerd, voor tussenkomende partij in: “Phi Net 0,0428” en voor verzoekster in: “Phi Net 0,0406”;

Overwegende dat het eerste middel in de aangegeven mate ernstig is;

6. Overwegende dat de voorwaarden voor een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vervuld zijn,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van V.O.F. CSC Computer Sciences in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 23 juni 2004 van de minister van Binnenlandse Zaken om het eerste perceel van de opdracht voor de verwezenlijking van een overeenkomst "ISLP" ten voordele van de federale politie toe te wijzen aan V.O.F. CSC.

Artikel 4.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twaalf juli 2004, door :

De HH. J. LUST,

W. GEURTS,

De griffier,

W. GEURTS.

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,
griffier.

De voorzitter,

J. LUST.