

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 147.756 van 20 juli 2005
in de zaak A. 164.262/XII-4490.**

In zake : de CVBA ERNST & YOUNG BEDRIJFSREVISOREN,
die woonplaats kiezen bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de NV VAN PUBLIEK RECHT,
BELGISCHE TECHNISCHE COÖPERATIE,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe, R. Heijse en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkommende partijen :

1. de BVBA BOLLEN, MATHAY & C° - Bedrijfsrevisoren,
2. de BVBA BST BEDRIJFSREVISOREN,
die woonplaats kiezen bij
advocaten G. Jacobs en G. L'heureux,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
de Henninstraat 67-69, bus 5.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de CVBA Ernst & Young Bedrijfsrevisoren, op 14 juli 2005 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing d.d. 21 juni 2005 van Verwerende Partij om de opdracht voor de levering van diensten als Commissaris bij de Belgische Technische Coöperatie voor de boekjaren 2005 tot en met 2010 toe te wijzen aan Belanghebbende Partij en de daaruit volgende impliciete weigeringsbeslissing om de Opdracht aan Verzoekende Partij toe te wijzen”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 15 juli 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 juli 2005, om 11.00 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegde verzoekschrift waarbij de BVBA Bollen, Mathay & C° - Bedrijfsrevisoren, de BVBA BST Bedrijfsrevisoren, vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijken te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van staatsraad C. Adams;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaten R. Heijse en L. Schellekens, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaten G. Jacobs en G. L'heureux, die verschijnen voor de tussenkomenende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

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. De feiten

1.1. Overwegende dat de verwerende partij op 1 april 2005 in het Bulletin der Aanbestedingen een algemene offerte aankondigt “voor de levering van diensten als Commissaris bij de Belgische Technische Coöperatie, vennootschap van publiek recht met sociaal oogmerk - Boekjaren 2005 tot en met 2010”;

Overwegende dat de gunningscriteria in het bestek nr. BXL 103 van 5 april 2005 als volgt worden bepaald :

- | | |
|---|-----|
| “- Kostprijs hoofdopdracht en bijkomende opdrachten | 30% |
| - Curriculum Vitae van de voorgestelde vennoten en effectieve medewerkers | 35% |
| - Voorgestelde methodologie en organisatie van de opdracht”; | 35% |

Overwegende dat de tussenkomenende partijen hun inschrijving indienen op 28 april 2005 en de verzoekende partij op 29 april 2005;

Overwegende dat in het proces-verbaal van gunning van 21 juni 2005 na bespreking van de individuele criteria onder de hoofding “cijfermatige evaluatie” tot de volgende globale beoordeling wordt gekomen :

“

	Kostprijs Hoofd- opdracht en Bijkomende opdrachten 30 pt	CV Vennoten Medewerkers 35 pt	Werk- omschrijving Organisatie 35 pt	Totaal na weging op 100
Kandidaat 2 KPMG	17	30	35	82
Kandidaat 3 Ernst & Young	18	30	35	83
Kandidaat 4 Bollen	30	20	35	85
Kandidaat 5 Callens	20	20	20	60
Kandidaat 6 Deloitte	20	25	25	70

”;

Overwegende dat de verwerende partij op basis van die evaluatie op 21 juni 2005 beslist om de opdracht aan de huidige tussenkomende partijen toe te wijzen; dat dit de bestreden beslissing is;

Overwegende dat de bestreden beslissing met een brief van 30 juni 2005 ter kennis van de verzoekende partij wordt gebracht;

2. De ontvankelijkheid

Overwegende dat de verzoekende partij in het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing vraagt “van de beslissing d.d. 21 juni 2005 (...) en de daaruit volgende impliciete weigeringsbeslissing om de Opdracht aan Verzoekende Partij toe te wijzen”;

Overwegende dat in de huidige stand van de procedure moet worden aangenomen dat de vordering niet-ontvankelijk is in de mate dat zij is gericht

tegen die impliciete weigeringsbeslissing; dat het immers niet tot de bevoegdheid van de Raad van State behoort om in de plaats van de overheid de opdracht toe te wijzen;

3. De schorsingsvoorwaarden ten gronde

3.1. 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 uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.2.1. Overwegende, wat de eerste en de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij betreffende het nadeel betoogt dat het niet zelf kunnen uitvoeren van de in het geding zijnde opdracht haar een belangrijke opdracht met een aanzienlijke referentiewaarde en een lange looptijd, namelijk zes kalenderjaren, doet mislopen, dat het een opdracht was die zij reeds uitoefende en dat die opdracht thans ruimer is omschreven met de mogelijkheid van “bijzondere opdrachten of projecten”; dat zij het beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verantwoordt door te verwijzen naar het risico dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend en stelt dat de verwerende partij zelf heeft aangegeven na 15 juli 2005 tot betekening van de gunningsbeslissing over te zullen gaan;

3.2.2. Overwegende dat de verzoekende partij zich in wezen beroept op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren, hetgeen zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat door de nakende betekening van de bestreden beslissing, die door de verwerende partij is aangekondigd voor na 15 juli 2005, tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver, inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen ten gevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, gevestigd bij arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de Algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verderaf zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op het belang van de

in het geding zijnde opdracht, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat voorts, wegens de dreigende betekening, kan worden aanvaard dat zij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid die zij met bekwame spoed blijkt te hebben ingesteld; dat dit alles des te meer geldt, nu de verwerende partij zich terzake naar de wijsheid van de Raad van State gedraagt;

Overwegende dat de tussenkomenende partijen weliswaar voorhouden dat de gunningsbeslissing wel is betekend doch dat de verwerende partij dit ter terechtzitting ten stelligste blijft betwisten; dat, gezien deze betwisting tussen de verwerende en de tussenkomenende partijen, gezien het feit dat bepaalde e-mails waarop de tussenkomenende partijen zich beroepen niet door de opdrachtgever maar door een derde, met name een eerste auditeur van het Rekenhof, zijn verstuurd en gezien het feit dat betwisting bestaat over de vraag of de steller van de overige brieven wel over de vereiste vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikte, in de huidige stand van de procedure niet kan worden aangenomen dat de overeenkomst reeds tot stand is gekomen; dat aldus aan de eerste en aan de derde voorwaarde van het voormelde artikel 17 is voldaan;

3.3.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending opwerpt van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 115 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” en van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dat de verzoekende partij aanvoert dat het tweede gunningscriterium het curriculum vitae van de vennoten en medewerkers betreft, dat uit de selectiecriteria blijkt dat een bijzondere vertrouwelijkheid met betrekking tot de aspecten van ontwikkelings-samenwerking wordt vereist, dat de “C.V.’s” als gunningscriterium kunnen worden gehanteerd indien de specificiteit van de opdracht dit mogelijks kan rechtvaardigen, voor zover dit in de gunningsbeslissing of het bestek uitdrukkelijk wordt aangegeven, dat deze uitzondering vooral geldt voor aanneming van diensten waar de persoon van de dienstverlener een belangrijke kwalitatieve meerwaarde voor de dienst kan vormen, dat dit in casu het geval is en dat dit ook blijkt uit hetgeen omtrent de

selectiecriteria wordt overwogen, dat bij de toetsing van het tweede gunningscriterium telkens wordt verwezen naar de ervaring met betrekking tot controles in Belgische officiële ontwikkelingssamenwerking, dat randnummer 3.2 van het bestek bepaalt dat de bij de offerte voorgestelde vennoten en medewerkers slechts kunnen worden vervangen door experts met een evenwaardig C.V. en mits voorafgaande instemming van de opdrachtgever, dat de bekwaamheid en de ervaring van de personen die effectief met de dienstverlening worden belast derhalve als een gunningscriterium kunnen worden gekwalificeerd, dat de verwerende partij bij de toetsing van het voornoemd tweede gunningscriterium blijkt geeft van een inconsistente houding door voor de eerste en de tweede vennoot van de tussenkomende partijen aan te geven dat zij geen ervaring aantonen in de publieke sector van de ontwikkelingssamenwerking om vervolgens te stellen dat “met de ervaring inzake werking in ontwikkelingssamenwerking (...) evenwel voor de quoterings op het stuk van gunningscriteria geen rekening (mag) gehouden worden”, dat artikel 115 van het hoger genoemde K.B. van 15 januari 1996 is geschonden door de toewijzing niet te nemen op basis van alle in het bestek opgenomen gunningscriteria of minstens door niet met alle relevante elementen rekening te houden, dat het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” is geschonden doordat de verwerende partij uitdrukkelijk stelt de meest relevante feitelijke elementen niet in aanmerking te nemen, dat bij de beoordeling van de individuele C.V.’s van de door de verzoekende partij voorgestelde vennoten en medewerkers dan toch weer de mindere ervaring van de tweede vennoot in aanmerking wordt genomen en dat dit een inconsistentie vormt die leidt tot een schending van het gelijkheidsbeginsel;

3.3.2. Overwegende dat de verwerende partij in de nota antwoordt dat een onderscheid bestaat tussen kwalitatieve selectiecriteria en gunningscriteria, dat het opvragen van een aantal referenties in het kader van de kwalitatieve selectie is gerechtvaardigd om de bekwaamheid en vakkundigheid van de dienstverlener te beoordelen om de opdracht tot een goed einde te brengen, dat over de beoordeling van kwalitatieve selectiecriteria nauwelijks rechtspraak bestaat, dat het bestuur een grote discretionaire bevoegdheid heeft, dat alle kandidaten voldoende bekwaam werden geacht om toegelaten te worden, dat die beoordeling niet kennelijk onredelijk is, dat het criterium betreffende de C.V.’s wel degelijk een gunningscriterium is, dat de verwerende partij niet verplicht is om in dat gunningscriterium de vereiste van specifieke ervaring inzake ontwikkelingssamenwerking te hernemen, dat de verwerende partij precies het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria wilde bewaren, dat uit de beoordeling van de individuele C.V.’s als gunningscriterium niet

kan worden afgeleid dat plots opnieuw met het criterium van de ervaring rekening is gehouden en dat het eerste middel derhalve niet ernstig is;

3.3.3. Overwegende dat de tussenkomende partijen zich in essentie aansluiten bij het standpunt van de verwerende partij;

3.3.4. Overwegende dat de overheid naar luid van artikel 16 van de hoger genoemde wet van 24 december 1993 dient rekening te houden “met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht”; dat te dezen als tweede gunningscriterium in het bestek wordt vermeld het “[c]urriculum vitae van de voorgestelde vennoten en effectieve medewerkers”, voor 35% van de punten; dat in het bestek onder punt 3.2 van de “Algemene voorwaarden” wordt gesteld dat “[d]e bij de offerte voorgestelde vennoten en medewerkers (...) slechts (kunnen) vervangen worden door experts met een evenwaardig C.V. en mits voorafgaande instemming van de opdrachtgever”; dat in het punt “5. Kwalitatieve selectie” referenties worden gevraagd “specifiek m.b.t. ontwikkelingssamenwerking” alsmede “kennis van de ontwikkelingssamenwerking”;

Overwegende dat de verwerende partij bij de bespreking van het hierboven genoemde tweede gunningscriterium in de bestreden beslissing voor iedere kandidaat verwijst naar ervaring in de sector van de ontwikkelings-samenwerking; dat de verwerende partij daarbij niet alleen de eventueel aangevoerde kennis en ervaring vermeldt, doch in voorkomend geval ook uitdrukkelijk vermeldt wanneer een voorgestelde vennoot géén ervaring in de publieke sector van de ontwikkelingssamenwerking heeft, zoals het geval is voor de eerste vennoot van de tussenkomende partijen; dat in fine van dit punt in de bestreden beslissing echter wordt gesteld: “Met de ervaring inzake werking in ontwikkelingssamenwerking mag evenwel voor de quoterings op het stuk van gunningscriteria geen rekening gehouden worden”;

Overwegende dat prima facie inderdaad een onderscheid dient te worden gemaakt tussen selectiecriteria en gunningscriteria, al valt niet uit te sluiten dat een selectiecriterium ook als gunningscriterium kan worden opgenomen; dat de verzoekende partij prima facie echter het gunningscriterium betreffende de C.V.’s op een inconsistente wijze toepast door zich bij de bespreking van dat criterium uit te putten in een onderzoek naar ervaring inzake ontwikkelingssamenwerking om vervolgens te stellen dat met die ervaring bij de beoordeling van dat criterium geen

rekening mag worden gehouden; dat de vraag rijst welke ervaring de verwerende partij dan wel relevant acht, vermits zij zich in de bespreking van het tweede gunningscriterium zo goed als beperkt tot opmerkingen over de ervaring inzake ontwikkelingssamenwerking; dat dit des te meer klemmt nu bij de cijfermatige evaluatie op het einde van de bestreden beslissing wordt vermeld dat, steeds voor het tweede gunningscriterium, van de verzoekende partij vijf punten worden afgetrokken “omdat de tweede vennoot minder relevante ervaring opgeeft”; dat de motivering aldus prima facie zelfs tegenstrijdig voorkomt door te stellen dat de tweede vennoot van de verzoekende partij veel minder blijkt geeft van ervaring in de sector van de ontwikkelingssamenwerking, vervolgens te stellen dat met ervaring inzake werking in de ontwikkelingssamenwerking geen rekening mag worden gehouden bij de beoordeling van het kwestieuze gunningscriterium, om nadien toch nog vijf punten af te trekken, precies omwille van die mindere ervaring in de ontwikkelingssamenwerking; dat de verzoekende partij het belang bij het middel prima facie niet kan worden ontzegd nu het puntenverschil met de tussenkommende partijen in totaal slechts twee eenheden bedraagt; dat artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993 in die mate prima facie geschonden is en dat het eerste middel in die mate ernstig is;

3.4. Overwegende dat aldus is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, § § 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de BVBA Bollen, Mathay & C° - Bedrijfsrevisoren en de BVBA BST Bedrijfsrevisoren, in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de beslissing van 21 juni 2005 van de NV van publiek recht, Belgische Technische Coöperatie, om de opdracht voor de levering van diensten als commissaris bij de Belgische Technische Coöperatie voor de boekjaren 2005 tot en met 2010 toe te wijzen aan de BVBA Bollen, Mathay & C° - Bedrijfsrevisoren en de BVBA BST Bedrijfsrevisoren.

Artikel 3.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt voor het overige verworpen.

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 250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig juli 2005, door :

de HH. C. ADAMS,
F. BONTINCK,

wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

C. ADAMS.