

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 149.414 van 27 september 2005
in de zaak A. 165.880/XII-4531.**

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

tegen :

de NV BELGISCHE TECHNISCHE COÖPERATIE,
NV van publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe, R. Heijse en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

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 VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de CVBA Ernst & Bedrijfsrevisoren op 9 september 2005 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing d.d. 31 augustus 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 12 september 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 september 2005, om 10.30 uur;

Gezien het op 19 september 2005 ingediende verzoekschrift waarbij de BVBA Bollen, Mathay & C° - Bedrijfsrevisoren en 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 kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat G. L'Heureux, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd W. Van Noten;

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.

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

1.1. De verwerende partij kiest voor de procedure van een algemene offerte-aanvraag “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”.

Het in het administratief dossier neergelegde toepasselijke bestek nr. BXL 103 van 5 april 2005 bepaalt bij “Kwalitatieve selectie” (blz. 5) onder meer :

- “Referenties met betrekking tot de uitgeschreven opdracht :
- algemeen
 - specifiek m.b.t. aan de overheid gelieerde bedrijven
 - specifiek m.b.t. ontwikkelingssamenwerking
 - lijst van vergelijkbare opdrachten in de drie laatste jaren

Kennis van de ontwikkelingssamenwerking.
 Ruime ervaring van externe audit in een internationale omgeving.
 Firma met representaties in de landen waar BTC zijn activiteit uitvoert of geschikt er vertegenwoordigd te zijn”.

Als gunningscriteria worden opgegeven :

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

De verwerende partij beslist op 21 juni 2005 de opdracht aan de tussenkomende partijen toe te wijzen.

Bij arrest nr. 147.756 van 20 juli 2005 van de Raad van State wordt die beslissing in haar tenuitvoerlegging geschorst.

Op 31 augustus 2005 wordt de voormelde toewijzingsbeslissing ingetrokken en wordt de opdracht opnieuw toegewezen aan de tussenkomende partijen, onder verwijzing naar een proces-verbaal van gunning van 31 augustus 2005.

Betreffende de selectiecriteria wordt daarin vermeld dat alle zes de kandidaten worden toegelaten tot de selectie.

Inzake de gunningscriteria wordt na een beschrijvende evaluatie een “cijfermatige evaluatie” als volgt vastgesteld :

“

	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

”;

2. Het voorwerp van het geding.

Overwegende dat de verzoekende partij in het inleidend verzoekschrift de schorsing vraagt “van de beslissing d.d. 31 augustus 2005 [...] en de daaruit volgende impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partij toe te wijzen”;

Overwegende dat de verzoekende partij ter terechtzitting afstand doet van dat onderdeel van de schorsingsvordering;

3. De voorwaarden tot schorsing.

3. 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;

3.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een eerste middel steunt op schending 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 koninklijk besluit 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 “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het beginsel inzake de materiële motivering en het zorgvuldigheidsbeginsel”;

Overwegende dat het middel naar diverse rechtsschendingen verwijst, uitgewerkt wordt in twee onderdelen en zulks over twaalf bladzijden; dat een middel in een procedure op de wijze van de uiterst dringende noodzakelijkheid zich tot snelle toetsing moet lenen ; dat te dezen wegens de complexiteit van het middel enkel de dadelijk voor de hand liggende grieven en mogelijke rechtsschendingen zullen worden onderzocht;

3.1.1. Overwegende dat in een eerste onderdeel wordt betoogd dat de toetsing aan het tweede gunningscriterium - de curricula vitae van de vennoten en medewerkers - een “kennelijke inconsistentie” bevat; dat de verzoekende partij daartoe verwijst naar het eerste proces-verbaal op grond waarvan de voormelde ingetrokken toewijzingsbeslissing is genomen, stellende dat de totale score van de verzoekende en de tussenkomenende partijen ongewijzigd is gebleven, ondanks het feit dat nu wel rekening is gehouden met de ervaring inzake de werking in internationale ontwikkelingssamenwerking; dat de verzoekende partij voorts, vertrekkende van het eerste proces-verbaal, met cijfermatige simulaties en extrapolaties tot andere mogelijke scores komt, met de beste score voor haarzelf;

Overwegende dat de verzoekende partij niet betwist dat ter invulling van het gunningscriterium van de curricula vitae, de algemene kennis van de beroepspraktijk, de kennis van de externe audit in een internationale omgeving en de kennis van de problematiek specifiek in verband met aan de overheid gelieerde bedrijven beoordeeld mocht worden evenals de kennis met betrekking tot ontwikkelingssamenwerking; dat zij evenmin de aan deze subcriteria gegeven weging betwist noch de vaststellingen die terzake worden gemaakt bij de door de inschrijvers voorgestelde vennoten en teamleden; dat zij voorts geen kritiek heeft op het feit dat de door haar voorgestelde tweede vennoot veel minder blijkt geeft van ervaring of kennis in de sector van de Belgische gouvernementele ontwikkelingssamenwerking, klaarblijkelijke reden waarom zij op het vierde subcriterium slechts 5 op 10 scoort; dat zij ook niet lijkt te beweren dat de vennoten voorgesteld door de tussenkomenende partijen niet of onvoldoende over de betrokken ervaring beschikken of dat onder de teamleden de vier voornoemde ervaringsgebieden niet aanwezig zijn; dat integendeel de beweerde “inconsistentie” in de beoordeling enkel lijkt te worden afgeleid uit een vergelijking met gegevens van het eerste proces-verbaal van gunning; dat aldus in de huidige stand van het geding lijkt te moeten worden aangenomen dat op deze vergelijking niet mag worden gesteund omdat de beslissing waartoe dat eerste proces-verbaal aanleiding gaf, is ingetrokken en de nieuwe beoordeling slechts op

zichzelf mag worden getoetst aan de geschonden geachte rechtsnormen; dat aldus ook de simulaties en extrapolaties steunen op evaluaties uit een niet in rekening te brengen stuk, waardoor ze niet lijken te moeten worden onderzocht, mocht de Raad van State al geacht worden zulks nuttig te kunnen doen in het kader van een prima facie beoordeling die de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid kenmerkt;

3.1.2. Overwegende dat in een tweede onderdeel van het middel de verzoekende partij de “invulling op maat van het gunningscriterium CV” aanvecht; dat zij aldus nader betoogt dat het criterium “op maat” van de tussenkommende partijen is ingevuld, om te pogen “post factum” een draagkrachtige en voldoende motivering uit te werken om de in het eerste proces-verbaal opgenomen totaalscore te kunnen behouden, dat immers in het tweede proces-verbaal van gunning de omschrijving van het criterium is overschreden, doordat niet alleen de curricula van de revisoren en/of vennoten zijn beoordeeld maar ook ten belope van tien punten deze van de teamleden, hoewel in het bestek zelfs niet was gevraagd om ter zake stavende stukken mede te delen, nu er in de modelofferte enkel gevraagd werd een curriculum vitae bij te voegen van de voorgestelde “twee individuele bedrijfsrevisoren”; dat de verzoekende partij er voorts nog op wijst dat de opmerking in het eerste proces-verbaal, betreffende de tussenkommende partijen, dat het groot aantal medegedeelde curricula aanleiding gaf tot een “relatief diffuus beeld over het echte team dat deze opdracht zal uitvoeren”, verdwenen is en dat de tussenkommende partijen nu op dat punt een score halen van 7,5 op 10;

Overwegende dat in de eerste plaats moet worden herhaald dat te dezen de gegevens van het eerste proces-verbaal niet lijken te mogen worden vergeleken met deze van de nieuwe beoordeling zodat de beweerde tegenstelling tussen een “diffuus beeld” en de quoterings 7,5/10 niet ter zake lijkt te doen; dat voorts het betrokken gunningscriterium gewag maakt niet alleen van vennoten maar ook van “effectieve medewerkers” hetgeen zelfs tot een verplicht onderzoek en evaluatie van de curricula ervan lijkt te nopen; dat het feit dat in het offertemodel niet uitdrukkelijk wordt verwezen naar die curricula als bij te voegen stukken, aan die vaststelling geen afbreuk lijkt te doen; dat de verzoekende partij overigens zelf lijkt te hebben begrepen dat met die ervaring rekening zou worden gehouden nu deze in haar offerte werd beschreven; dat voorts de verzoekende partij niet lijkt aan te tonen dat onder de verwijzing naar curricula van “teamleden” de ervaring van andere personen is beoordeeld dan deze van de voorgestelde effectieve medewerkers;

Overwegende dat aldus het eerste middel in geen van zijn beide onderdelen ernstig is;

3.2. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van artikel 71 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van het “patere legem quam ipse fecisti”- beginsel doordat, indien de Raad van State “per impossibile” zou aannemen dat de specifieke ervaring betreffende aspecten van ontwikkelingssamenwerking, enkel en uitsluitend dient te worden aangemerkt als een kwalitatief selectiecriteria, dit onvermijdelijk tot het besluit leidt dat de offerte van de tussenkomende partijen de toets aan de kwalitatieve selectiecriteria kennelijk niet kon doorstaan, dat de redenering in het tweede proces-verbaal van gunning dat een te stringente interpretatie van de selectiecriteria tot gevolg zou hebben dat de mededinging te sterk wordt beperkt niet overtuigt, omdat de overheid niet post factum na analyse van de offertes en na een schorsingsarrest kan beslissen geen rekening te houden met een uitdrukkelijk in het bestek opgenomen selectiecriteria, maar eventueel dit criterium dan niet in het bestek had moeten opnemen; dat de verzoekende partij voorts nog doet gelden dat in het tweede proces-verbaal van gunning onder de selectiecriteria plots wordt verwezen naar een lijst van vergelijkbare opdrachten in de laatste drie jaar, lijst waarvan geen sprake is in het bestek, dat de impliciete aantijging in dat bestek dat de verzoekende partij als zittende dienstverlener aanstuurt op een uitschakeling van de mededinging niet kan worden aangenomen nu zij volkomen regelmatig de vorige opdracht heeft bekomen, dat dit feit op zich geen mededingingsbeperkend element vormt, dat geen van de geïnteresseerde inschrijvers aanstoot heeft genomen aan de door verwerende partij vastgestelde selectiecriteria terwijl volgens rechtspraak van de Raad van State een kandidaat die door de in het bestek vastgestelde selectiecriteria wordt uitgesloten deze onmiddellijk moet aanvechten vóór het indienen van de offerte;

Overwegende dat het middel uitdrukkelijk uitgaat van de veronderstelling, dat de Raad van State zou oordelen dat de specifieke ervaring inzake ontwikkelingssamenwerking geen gunningscriterium mag zijn maar enkel een selectiecriteria; dat in de huidige stand van het geding enkel moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij die stelling niet aantoon, maar integendeel uitdrukkelijk zelf aangeeft dat de genoemde ervaring te dezen wel een gunningscriterium mocht en zelfs diende te zijn terwijl zij ook geen middel aanvoert waarin de onwettigheid van dit criterium wordt ingeroepen; dat aldus het middel intern tegenstrijdig lijkt en dientengevolge niet ernstig is;

3.3 Overwegende dat de verzoekende partij in een derde middel de schending aanvoert van artikel 114, §1, van het meervermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van het gelijkheidsbeginsel, doordat de verwerende partij “eigenhandig en ambtshalve” twee aanpassingen aanbracht in de offerte van de tussenkomende partijen, klaarblijkelijk omwille van vermeende materiële fouten, namelijk de opgegeven uurprijzen omzette in de gevraagde dagprijzen en het opgegeven aantal uren in de gevraagde dagprestaties, terwijl zulks “onder voorbehoud van kennisname van de eigenlijke bepalingen van de offerte van de belanghebbende partij” bezwaarlijk als kennelijk materiële fouten of rekenfouten kunnen worden beschouwd en de verwerende partij aldus met schending van het gelijkheidsbeginsel na de datum van de opening van de offertes, eenzijdig de ingediende offerte van de tussenkomende partij wijzigde;

Overwegende dat luidens artikel 114, §1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de aanbestedende overheid, alvorens over te gaan tot de keuze van de aannemer, de rekenkundige bewerkingen in de offertes naziet, en de kennelijk materiële fouten en rekenfouten verbetert;

Overwegende dat de verzoekende partij reeds in de door haar ingestelde schorsingsprocedure die leidde tot het voornoemde arrest nr. 147.756 kennis heeft kunnen nemen van de offerte van de tussenkomende partijen; dat zij desalniettemin in haar middel niet concreet toelicht waarom de door haar bekritiseerde verbeteringen geen verbeteringen van rekenfouten of materiële vergissingen in de zin van de voormelde bepaling zouden zijn; dat zij daarentegen een dergelijke toelichting naar de toekomst verschuift door enkel een “voorbehoud” daaromtrent te formuleren; dat nochtans te dezen op het eerste gezicht niet blijkt waarom de in het geding zijnde verbeteringen in de samenvattende inventaris van de tussenkomende partijen niet kunnen worden aangemerkt als een verbetering van kennelijk materiële fouten; dat het middel niet ernstig is; dat derhalve geen van de middelen ernstig is;

3.4. Overwegende dat aldus niet is voldaan aan de tweede van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zodat het verweer dat de verwerende en tussenkomende partijen bieden betreffende de andere schorsingsvoorwaarden, niet moet worden onderzocht,

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.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid word verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

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 zevenentwintig september 2005, door :

de H D. VERBIEST,
mevr. S. DOMS

kamervoorzitter
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.