

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 151.497 van 22 november 2005
in de zaak A. 167.311/XII-4562.**

In zake : de BVBA A&S SOLUTIONS,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de UNIVERSITEIT GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en I. Vos,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA A&S Solutions op 3 november 2005 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing, meegedeeld bij schrijven d.d. 24 oktober 2005 aan verzoekende partij, om verzoekende partij niet te selecteren voor de

‘Algemene offerteaanvraag betreffende een opdracht voor aanneming van diensten inzake :

- perceel 1 - externe werving (rekrutering en selectie) en
- perceel 2 - potentieelinschattingen en geschiktheidsonderzoeken van het administratief en technisch personeel (ATP) ten behoeve van de Universiteit Gent”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 3 november 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 november 2005, om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaten D. D’Hooghe en N. Kiekens, die verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend 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;

De schorsingsvoorwaarden.

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;

Het middel.

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een enig middel als volgt verwoordt : “Schending van artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken [...] zoals genomen in toepassing van artikel 32, §2, van de richtlijn 92/50/EG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van de overheidsopdrachten voor dienstverlening”; dat de verzoekende partij daarbij de voornoemde artikelen 19 en 32 aanhaalt, en in een toelichting gedeelten van het arrest van 2 december 1999 (C-176/98) van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en van de conclusie bij dat arrest van de adviserende advocaat-generaal; dat zij uit arrest en conclusie afleidt dat “de door verwerende partij aangehaalde rechtsgrond om tot haar niet-selectie te besluiten, de wettigheids-toets niet kan doorstaan” omdat zij in haar offerte een uitdrukkelijke verklaring opgenomen heeft wat betreft de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting; dat deze verklaring wordt weergegeven; dat zij voorts opmerkt dat zij een “netwerkstructuur”

vormt met zelfstandige consultants die samen met haar zouden instaan voor de uitvoering van de opdracht, dat in het bestek een verklaring werd gevraagd wat betreft de jaarlijkse “personeelsbezetting” zonder dat als dusdanig de juridische term “werknemers” werd gebruikt, dat volgens het woordenboek “Van Dale” “personeel” word gedefinieerd als “de gezamenlijke personen die in dienst zijn van een particulier, een zaak, een instelling, enz.”; dat de verzoekende partij betoogt dat zij in haar verklaring onderscheid maakte tussen personeel in loondienst, zelfstandige consultants en andere personeelsleden en zelfstandigen binnen “associatied consultants.be”, dat de personen die zij in de voormelde verklaring opnam als behorende tot haar personeel, allen aan de betrokken bekwaamheidsvereisten voldeden, dat niet ernstig kan worden betwist dat zij met het oog op het uitvoeren van de opdracht een beroep zal kunnen doen “op de in de offerte opgenomen personeelsleden” en dat ten slotte bij vroegere offertes de verwerende partij omtrent die medewerking geen enkele bedenking heeft geuit;

De relevante gegevens van de zaak.

Overwegende dat het bestek UGent/DPO/2005/01 dat op de in het geding zijnde opdracht toepasselijk is, onder “6.Selectiecriteria [...] c) Technische bekwaamheid “ vermeldt hetgeen volgt :

“Om de technische bekwaamheid van de dienstverlener te kunnen beoordelen, moeten volgende documenten bij de offerte gevoegd worden;
[...]

3. Een verklaring die de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting weergeeft tijdens de voorbije drie jaren; de studie- en beroepskwalificaties en ervaring van deze personeelsleden dienen gedateerd en duidelijk beschreven te zijn.

De inschrijver moet minimaal 5 voltijdse personeelsleden tewerkstellen die beschikken over de hierna volgende studie- en beroepskwalificaties en ervaring.
[...];

dat het bestek voorts in een punt 14. “Onderverhuring van diensten” voorschrijft :

“Er mag niet aan onderverhuring gedaan worden in die zin dat een andere externe organisatie betrokken zou worden bij de selectie van de kandidaten, met uitzondering van eventueel zelfstandige medewerkers en externe deskundigen zoals beschreven in deel II”.

Overwegende dat de verzoekende partij niet ontkent dat zij in haar offerte geen 5 slechts 3 voltijdse loontrekkende personeelsleden vermeldde, en wel als volgt

“Personeel in loondienst

Enkel binnen onze juridische entiteit A&S Solutions zijn er personeelsleden die effectief in loondienst zijn. Het gaat hier om Steven De Vos, Hilde Van Vijnckt en Katleen Moons”

dat de verklaring vervolgt :

“Zelfstandige consultants HR

Onze andere personeelsleden, die wij voor deze opdracht voorzien, zijn zelfstandigen die binnen de associatie actief zijn en opdrachten uitvoeren onder de juridische vlag van A&S Solutions en onder de merknaam associated consultants.be”;

Overwegende dat de bestreden beslissing is vervat in de “beschikking van toewijzing” van 10 oktober 2005 van de rector van de Universiteit Gent waarin wordt gesteld dat “alle inschrijvers een verklaring van de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting tijdens de voorbije drie jaren hebben ingesloten, alsook de studie- en beroepskwalificaties en ervaring van deze personeelsleden; dat A&S Solutions geen vijf voltijdse werknemers tewerkstelt zoals vereist in het bestek”; dat in een brief van 24 oktober 2005 die conclusie aan de verzoekende partij wordt medegedeeld en wel als volgt: “[...]dat u niet werd geselecteerd wegens afwijking van het selectie criterium zoals bepaald onder punt 6 c) Technische bekwaamheid -3 van het bestek. Hierbij wordt nl. een verklaring gevraagd van de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de laatste 3 jaar met de specificatie dat de inschrijver 5 voltijdse personeelsleden dient tewerk te stellen. Volgens de gegevens van uw offerte heeft u 3 voltijdse personeelsleden in dienst. Onafhankelijke partners gelden evenwel niet als tewerkgestelde en aan R.S.Z. onderworpen personeelsleden”;

Beoordeling.

Overwegende, wat het geschonden geachte artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreft, dat dit niet toepasselijk is; dat dit artikel immers de kwalitatieve selectie voor overheidsopdrachten voor aanneming van werken betreft en niet van diensten; dat de verzoekende partij ter terechtzitting gewag maakt van een verschrijving en stelt dat artikel 71 van het voormelde besluit diende te zijn vermeld;

Overwegende dat het laatstgenoemde artikel 71, dat de kwalitatieve selectie voor overheidsopdrachten voor aanneming van diensten betreft inhoudelijk identiek is in zijn geschonden geachte tweede lid, 4°, aan artikel 19,

eerste lid, 4°; dat te dezen blijkt dat de verwerende partij in haar nota een verdediging heeft gevoerd met artikel 71 als de norm waaraan de beslissing wordt getoetst; dat ten slotte de Europeesrechtelijke argumentatie van de verzoekende partij slaat op dienstverlening; dat aldus, nu de partijen het erover eens lijken dat aan de in het geding zijnde opdracht de kwalificatie aanneming van diensten moet worden gegeven, niets belet het middel te onderzoeken vanuit artikel 71;

Overwegende dat de verzoekende partij niet ontkent dat “minimaal 5 voltijdse personeelsleden tewerkstellen” krachtens het toepasselijke bestek een selectie criterium is en dat zij slechts drie personeelsleden in loondienst in haar offerte vermeldde; dat de verzoekende partij in haar argument, dat het bestek onder “personeelsleden” niet enkel “werknemers” zou bedoelen, in de huidige stand van de procedure niet kan worden bijgetreden; dat lijkt te moeten worden aangenomen dat met “personeelsleden” die dan nog “voltijds” moeten zijn, geen zelfstandige medewerkers of partners werden bedoeld, temeer omdat in artikel 14 van het bestek de onderverhuring in principe wordt uitgesloten; dat aldus, door in haar offerte slechts drie en geen vijf loontrekkende personeelsleden op te geven, de verzoekende partij diende te beseffen dat zij geen besteksconforme offerte indiende en zich eraan had dienen te verwachten dat zulks een niet-selectie tot gevolg zou hebben; dat zij immers geen opmerkingen maakte in haar offerte betreffende het betrokken selectie criterium en zulks op zijn minst een risicovolle zo al niet onzorgvuldige houding lijkt; dat de verzoekende partij in dat verband weliswaar naar een andere opdracht verwijst waar de verwerende partij als opdrachtgevende overheid geen opmerkingen zou hebben gemaakt betreffende haar medewerkers; dat dit argument echter geen afbreuk lijkt te doen aan de voormelde vaststelling, nu de verwerende partij tegenwerpt dat bij de bedoelde andere opdracht geen analoog selectie criterium voorhanden was;

Overwegende dat, gegeven de vaststelling dat te dezen prima facie de bestreden beslissing van niet-selectie een rechtstreekse toepassing van het toepasselijke bestek is, de vraag nog rijst of het in het geding zijnde selectie criterium zelf rechtmatig is of rechtmatig is geïnterpreteerd in het licht van richtlijn 92/50 van 18 juni 1992; dat de verzoekende partij daartoe in wezen op de volgende overweging steunt van het arrest Holst-Italia C-176/98 van 2 december 1999 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen : “ Richtlijn 92/50[...] moet aldus worden uitgelegd, dat een dienstverlener zich ten bewijze dat hij aan de [...] technische voorwaarden voor deelneming aan een aanbestedingsprocedure voor een

overheidsopdracht voor diensten voldoet, mag beroepen op de bekwaamheden van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van de met hen bestaande banden, voorzover hij kan aantonen, dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn”;

Overwegende dat de verwerende partij daartegenover betoogt, dat die rechtspraak niet inhoudt dat de opdrachtgever niet zou kunnen eisen dat de rechtspersoon waarmee zal worden gecontracteerd zelf aan een aantal minimale eisen zou voldoen en in de mogelijkheid moet zijn om een aantal diensten zelf uit te voeren, zonder een beroep op onderaannemers, dat voorts de verzoekende partij hoe dan ook heeft nagelaten om in haar offerte aan te tonen dat zij werkelijk kan beschikken over de genoemde zelfstandige consultants voor de volledige duur van de opdracht, en nergens aantoonde welke juridische verhouding er bestaat tussen haarzelf en de “associated consultants”;

Overwegende dat de opmerkingen van de verwerende partij in de huidige stand van de procedure moeten worden bijgevalen; dat inderdaad de betrokken richtlijn, in de interpretatie van het Hof van Justitie, in elk geval niet van toepassing lijkt, nu de verzoekende partij, in haar offerte en betreffende de in het geding zijnde opdracht, in de verklaring betreffende haar personeelsbezetting geen juridische verbintenissen aantoonde tussen haarzelf als inschrijver en de met haar verbonden medewerkers en partners; dat het daartoe niet volstaat; zoals zij in haar verklaring stelt, te vermelden dat de zelfstandige consultants opdrachten uitvoeren “onder de juridische vlag” van A&S Solutions en “onder de merknaam associated consultants.be”; dat voor de rest de verzoekende partij overigens in haar middel de Raad van State om een interpretatie vraagt van een Europeesrechtelijke normering waarbij zijzelf niet bij machte lijkt enig precedent uit interne rechtspraak ter ondersteuning daarvan mee te delen; dat een dergelijke vraag niet geschikt is om in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden beantwoord omdat ze diepgaand onderzoek vereist dat niet kan gebeuren in een spoedprocedure; dat ten slotte de verzoekende partij in haar offerte alvast verzuimde enige verwijzing te maken naar die volgens haar richtlijnconforme interpretatie van het selectie criterium, die ingaat tegen de meest voor de hand liggende betekenis die aan dat criterium kan worden gegeven, zoals hiervoor is vastgesteld; dat het in die omstandigheden zelfs van onbehoorlijk want ontijdig handelen getuigt om dan uiteindelijk, na niet-selectie, enkel op die interpretatie steunende, voor de Raad van State in rechte te treden; dat het middel om al deze redenen niet ernstig is en aldus

niet is voldaan aan de in het voormelde artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State gestelde voorwaarden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tweeëntwintig november 2005, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.