

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 157.302 van 4 april 2006
in de zaak A. 171.156/XII-4669.**

In zake : de NV VEDIOR INTERIM,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de NV VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEP (VRT),
naamloze vennootschap van publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten D.D'Hooghe en L.DeVuyst,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus1.

tussenkommende partij :

de NV RANDSTAD BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten H. Van Peer en D. Meeus,
kantoor houdende te 1150 Brussel,
Tervurenlaan 268 A.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Vedioir Interim op 20 maart 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van onbekende datum, meegedeeld bij aangetekend schrijven d.d. 10 maart 2006 van de verwerende partij, door verzoekende partij ontvangen op 13 maart 2006, waarbij wordt beslist om de dienstverlening voor het inhuren van uitzendkrachten via inhouse-kantoor toe te wijzen aan Randstad ”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 21 maart 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 maart 2006, om 10.30 uur;

Gezien het op 29 maart 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Randstad Belgium vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar 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 D. D'Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaten H. Van Peer en A. Craeybeckx, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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 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;

Overwegende, wat de eerste en de derde in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, dat de verzoekende partij zich inzake het nadeel beroept op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat zij daartoe meer bepaald verwijst naar de referentiewaarde van de opdracht; dat zij voorts haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid motiveert door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, bij gebrek aan het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State, hetgeen in een brief van 10 maart 2006 van de verwerende partij in het vooruitzicht wordt gesteld;

Overwegende dat door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing, tussen de verwerende en de tussenkomende partij inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, 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 verder af zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat voorts, wegens de dreigende betekening die, onder verwijzing naar artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, door de verwerende partij in een brief van 10 maart 2006 wordt aangekondigd, te dezen wordt aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat het vervuld zijn van de eerste en derde schorsingvoorwaarde overigens door de verwerende partij en de tussenkomende partij ter beoordeling aan de wijsheid van de Raad van State wordt overgelaten;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een enig middel afleidt uit de schending van artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993 en 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;

Overwegende dat zij daartoe betoogt, in een eerste onderdeel, onder meer dat een opdrachtgevend bestuur verplicht is de toewijzingsbeslissing te nemen op grond van al de in het bestek opgenomen criteria, dat te dezen in het “verslag nazicht inschrijvingen” met betrekking tot het vierde gunningscriterium - ervaring met opdrachten van gelijkaardige omvang- is gesteld “Bij nader toezien betreft dit een selectiecriterium en kan het niet worden besproken”, dat aldus de offertes niet aan alle door de verwerende partij in het bestek opgenomen gunningscriteria werden getoetst;

Overwegende dat de verwerende partij en de tussenkomen de partij erkennen dat het voormelde vierde criterium niet in de beoordeling van de offertes is betrokken; dat de verwerende partij dit verklaart omdat zij heeft vastgesteld dat het in essentie een selectiecriterium betrof en om die reden heeft beslist er bij de beoordeling geen rekening mee te houden; dat zij voorts, onder verwijzing naar Nederlandse rechtsleer, verdedigt dat afbreken van een gunningsprocedure in een dergelijk uitzonderlijk geval - waarbij het voor alle gegadigden aanstonds duidelijk is dat sprake is van een vergissing - achterwege kan blijven en het buiten beschouwing laten van dat criterium een “meer passende remedie” is;

Overwegende dat de overheid naar luid van artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993 bij de toewijzingsbeslissing in het kader van een algemene offerteaanvraag rekening dient te houden “met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht”;

Overwegende dat de in het geding zijnde opdracht een aanneming van diensten betreft die volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag in mededinging is gesteld, op grond van het bestek HR 05 4925 dat onder punt A.4 bepaalt :

“A.4. Gunningcriteria

De VRT zal bij het toewijzen van deze aanneming rekening houden met onderstaande criteria, deze zijn opgesomd in volgorde van afnemend belang:

- de kwaliteit van de dienstverlening (waarborgen kwaliteits- en tijdsaspecten, op maat, flexibiliteit met betrekking tot de bemanning van het inhouse-kantoor in functie van het volume, affiniteit met media, ...)
- de ervaring met betrekking tot het integreren van de eigen elektronische verwerking tot en met de elektronische facturatie van een uitzendkracht met de SAP-omgeving van een organisatie
- de prijs
- de ervaring van de inschrijver met opdrachten van gelijkaardige omvang (referenties of publicaties van het bedrijf over soortgelijke projecten, met opgave van de omvang van elk van die projecten)
- de functionele en technische waarde van de ondersteunende diensten (dit omvat de opvolgings- en rapporteringmogelijkheden)
- het wezenlijke voordeel voor de VRT van de eventueel in de inschrijving vermelde vrije varianten, die voldoen aan de vereisten van het bestek, dat blijkt na toetsing aan de overige gunningcriteria”;

Overwegende dat eenmaal een gunningscriterium in een bestek is opgenomen, de inschrijvers daarmee redelijkerwijze rekening houden bij het opmaken van hun offertes; dat het aldus de opdrachtgevende overheid niet meer toekomt de voorwaarden van de opdracht eenzijdig te wijzigen; dat het feit dat bij de keuze van criteria een vergissing is gemaakt niet meteen lijkt toe te staan dat van de regel die is

neergelegd in het voormelde artikel 16 mag worden afgeweken; dat te dezen wordt ingeroepen dat het vierde gunningscriterium manifest een selectiecriterium is; dat die vaststelling echter op zichzelf al niet overtuigend overkomt; dat immers het vierde criterium tussen andere criteria figureert die evenmin onbetwistbaar als gunningscriteria lijken te kunnen worden aangemerkt zoals het tweede criterium dat eveneens de ervaring van de dienstverlener betreft; dat aldus in elk geval de schending van het voormelde artikel 16 terecht lijkt aangevoerd; dat het middelonderdeel dienvolgens in de besproken mate ernstig is;

Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede onderdeel van het middel onder meer betoogt dat het tweede gunningscriterium in wezen een selectiecriterium is;

Overwegende dat het bedoelde tweede gunningscriterium letterlijk peilt naar “de ervaring met betrekking tot het integreren van de eigen elektronische verwerking tot en met de elektronische facturatie van een uitzendkracht met de SAP-omgeving van een organisatie”: dat de verwerende partij in haar nota opmerkt dat dit criterium wel degelijk betrekking heeft op de beoordeling van de intrinsieke kwaliteit van de offertes en bijgevolg “ook” een gunningscriterium is; dat zij in dat verband wijst op het belang van de ervaring met een SAP-omgeving en meer in het bijzonder inzake de technische applicaties om de uitwisseling van de gegevens en de elektronische facturatie te verzekeren; dat in het gunningsverslag bij de beoordeling van de offertes aan de hand van het betrokken criterium inderdaad telkens de voorgenomen technische aanpak van de bedoelde integratie die blijkt uit de diverse offertes is onderzocht veeleer dan de ervaring zelf; dat aldus het criterium een andere inhoud lijkt te zijn gegeven die het dan van een mogelijk selectiecriterium (dat de ervaring van de inschrijver betreft) wijzigde naar een gunningscriterium (dat de mogelijkheden vervat in de offerte betreft); dat in de beide veronderstellingen het criterium niet op rechtmatige wijze lijkt te zijn gebruikt in tegenstrijd met het meervernoemde artikel 16 ; dat ook het tweede middelonderdeel in die mate ernstig is;

Overwegende dat, samengenomen, de gunningsprocedure in haar geheel gevitieerd lijkt door de voormelde prima facie vastgestelde onrechtmatigheden; dat aldus de opmerking van de tussenkomende partij dat de verzoekende partij geen belang zou hebben bij het middel wegens mindere scores, niet kan worden bijgevallен, nu de schorsing kan leiden tot een hernemen van de procedure waarbij heden niet kan worden geanticipeerd op de keuze van de gunningscriteria en de

beoordeling van de offertes aan de hand van die criteria; dat het ernstig karakter van het middel wordt aanvaard;

Overwegende dat aldus is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, 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 NV Randstad Belgium in het administratief bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing zonder datum en ondertekend “VRT - Sylvain Peeters - Manager Human Resources” waarbij “de opdracht voor het inhuren van uitzendkrachten via een inhousekantoor wordt toegewezen aan de firma Randstad”.

Artikel 3.

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
vier april 2006, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.