

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 179.202 van 31 januari 2008
in de zaak A. 186.584/XII-5310.**

In zake : de NV SOLID PARTNERS,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Gelders,
kantoor houdende te Leuven-Heverlee,
Celestijnenlaan 17/53

tegen :

de PROVINCIE ANTWERPEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat Chr. Coen,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 210 A.

tussenkomen partij :

de NV HALLEMESCH & COUTUER,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Teerlinck en J. Surmont,
kantoor houdende te Turnhout,
de Merodelei 112.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Solid Partners op 7 januari 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van

“- de beslissing van de bestendige deputatie van de provincieraad Antwerpen van 13 december 2007 waarbij het ‘gedetailleerd gunningsverslag’ van het Departement Financiën van de provincie Antwerpen met betrekking tot de toewijzing van de opdracht voor de ‘ontwikkeling van een financieel rapporterings- en analyse- instrument (datamart) met doorgroeimogelijkheden naar een Enterprise Business Intelligence Systeem’ wordt goedgekeurd, en waarbij beslist wordt om deze opdracht toe te wijzen aan de firma Hallemesch & Coutuer (Naamsesteenweg 25/2 te 3001 Heverlee) voor een bedrag van 870.503,75 EUR,

- waarvan aan verzoekende partij kennis werd gegeven per aangetekende brief van 24 december 2007 die door laatstgenoemde werd ontvangen op 27 december 2007;
- de impliciete beslissing van de bestendige deputatie van de provincieraad Antwerpen van 13 december 2007 om de voormelde opdracht overeenkomstig het voormelde ‘gedetailleerd gunningsverslag’ niet aan Solid Partners nv toe te wijzen;
 - het ‘gedetailleerd gunningsverslag’ van het Departement Financiën van de provincie Antwerpen met betrekking tot de toewijzing van de voormelde opdracht”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 9 januari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 januari 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 16 januari 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Hallemeesch & Coutuer 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 M. Gelders, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat Chr. Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat P. Teerlinck, die verschijnt 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Op 25 januari 2007 keurt de bestendige deputatie van de provincieraad van verwerende partij het bestek goed “met betrekking tot de lastvoorwaarden voor de ontwikkeling en implementatie van een business intelligence systeem”, met de onderhandelingsprocedure met bekendmaking als gunningswijze. Het betreft het zgn. DEL-FI project dat als doel heeft het invoeren van financiële beleidsrapportering.

Nopens de wijze van gunnen wordt het volgende overwogen :

“Het departement financiën heeft samen met een externe consultant lastvoorwaarden opgesteld met het oog op een onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure onderworpen aan de Europese bekendmaking.

Voor deze wijze van gunnen werd, in toepassing van artikel 17 § 3 4/ van de wet van 24 december 1993 betreffende overheidsopdrachten, geopteerd, omdat de complexiteit van de materie en de veelheid aan mogelijke oplossingen het onmogelijk maken de specificaties van de opdracht met voldoende nauwkeurigheid te bepalen, om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag”.

De provincieraad van verwerende partij keurt dit bestek goed op 15 februari 2007.

De opdracht wordt in het publicatieblad van de Europese gemeenschappen bekendgemaakt op 7 februari 2007 en in het Bulletin der aanbestedingen op 20 februari 2007. Volgens deze aankondigingen gaat het om een dienstenopdracht. De opdracht wordt als volgt beschreven :

“De opdracht is een aanneming van diensten. Het betreft een resultaat-verbintenis : de inschrijver stelt de ingezette middelen op zijn verantwoordelijkheid voor met het doel het beoogde resultaat te bereiken. De opdracht bestaat uit twee onderdelen, welke onlosmakelijk verbonden zijn met elkaar, nl.

- a) Leveren en operationeel stellen van software ten behoeve van de uitbouw van een financieel rapporterings- en analyse-instrument, welke kan doorgroeien naar een enterprise business intelligence systeem.
- b) Leveren van diensten voor de analyse van de benodigde rapporterings- & analysemodellen en voor het operationeel stellen van de resultaten van deze analyses”.

Uit het bestek blijken volgende relevante gegevens.

Er wordt gewezen op een voorbereidende analyse die in de periode november 2004 tot mei 2005 is gebeurd “Analyse ter identificatie van de behoeften van het Provinciebestuur Antwerpen met betrekking tot financiële beheers- en beleidsinformatie en beheers- en beleidsondersteunende ICT-middelen” waarbij volgende stappen werden uitgevoerd: identificeren en inventariseren van de behoeften, bepalen van de verschillende bronsystemen, analyse van de behoeften en weergeven ervan in stermodellen, aantonen welke functionaliteiten er verwacht kunnen worden van een toekomstig financieel rapporterings- en analyse-instrument. Bij het voorgelegde bestek steekt een bijlage: “Uittreksel eindrapport voorstudie”.

Het bestek beschrijft de gunningsprocedure; na selectie -er wordt volgens de aankondigingen gestreefd naar maximaal vijf gegadigden die “tot de onderhandelingen worden toegelaten”- kunnen de geselecteerden een offerte indienen. Ze worden dan toegelaten tot de zogenoemde “evaluatie- & onderhandelings-procedure” die uit drie rondes bestaat :

“Ronde 1 : de offertes zullen in eerste instantie op hun inhoud en conform de gunningscriteria geëvalueerd worden. De inschrijver kan mogelijks uitgenodigd worden om één of meerdere toelichtingen te verstrekken. Tenzij de resultaten van de beoordeling in de eerste ronde een kleiner of groter aantal wettigt, zullen de drie best geklasseerde inschrijvers uit de eerste ronde toegelaten worden tot ronde twee.

Ronde 2 : Na de eerste evaluatieronde worden de resterende inschrijvers uitgenodigd om hun inschrijving toe te lichten en hun oplossing te demonstreren aan de hand van een uit te werken case die hen door het Provinciebestuur ter beschikking wordt gesteld. Verder wordt de inhoud een aanbieding gecontroleerd d.m.v. de referenties (mondelinge en/of schriftelijke contacten, al dan niet gevolgd door een plaatsbezoek).

De inschrijver is zelf verantwoordelijk om aan te tonen dat de referenties relevante aspecten voor de Provincie Antwerpen (projectomvang, problematiek, rolverdeling, voorgestelde oplossing, samenwerking met onderaannemers, ingezette profielen, economische sector, ...) bevat.

De demonstratieperiode zal één maand op voorhand aangekondigd worden. De demonstratie gaat door in een lokaal van de Provincie Antwerpen. De inschrijvers die worden toegelaten tot de tweede ronde zullen de uit te werken case (beschrijving en data) exact 10 werkdagen op voorhand ontvangen. De case moet toegelicht worden door de toekomstige projectmanager. Deze inschrijvers krijgen een forfaitaire vergoeding van € 5.000 (incl. BTW) ter compensatie van de tijdsinvestering die de voorbereiding van deze demonstratie vraagt, maar enkel als zij de demonstratie ook werkelijk geven, en als de uiteindelijke opdracht niet aan hen gegund wordt. Als ondersteuning bij de voorbereiding van deze demonstratie krijgt iedere inschrijver die weerhouden is voor de tweede ronde, de mogelijkheid vragen te stellen aan de Provincie Antwerpen. Voor de demonstratiegedeelte bepaalt de inschrijver zelf de agenda en het verloop met dien verstande dat het eigenlijke demonstratiegedeelte wordt beperkt tot maximaal 1 uur en dat er minstens 2 uren voorzien worden voor het beantwoorden van vragen (totaal van 3 uren voor de ganse vergadering).

Ronde 3 : Tenzij de resultaten van de beoordeling een kleiner of groter aantal wettigen, zullen de twee best geklasseerde inschrijvers de gelegenheid krijgen

een “best and final offer (BAFO)” uit te brengen op basis van de voorstellen van de aanbestedende overheid tijdens en naar aanleiding van de demo/infosessies. Deze BAFO zal door de inschrijver aan de Provincie Antwerpen bezorgd en toegelicht kunnen worden”.

Betreffende de gunningscriteria wordt onder meer het volgende in het bestek vermeld :

Er zijn vier gunningscriteria namelijk :

1. Aangeboden diensten 40 % van de punten
2. De totale prijs 30 %
3. Architectuur 15 %
4. Technische waarde van het softwareproduct 15 %.

Elk van deze criteria wordt nader toegelicht; zo is er bij het eerste gunningscriterium een subcriterium “1.8.1.10 Diensten en waarborgen in het kader van beschikbaarheid van de oplossing, de helpdesk en ondersteuning”.

Bij het derde gunningscriterium wordt enkel het volgende vermeld :

“1.8.2. Architectuur

De aangeboden oplossing zal beoordeeld worden aan de hand van de onderliggende technologische architectuur en opzet. De architectuur zal geëvalueerd worden in functie van:

- Zijn doorgroeipad;
- Zijn beheersbaarheid;
- Snelheid van updating of m.a.w. de maximale vertraging;
- Andere componenten welke de architectuur sterk kunnen beïnvloeden”.

In deel II van het bestek - “Administratieve bepalingen”, wordt op bladzijde 29 e.v. gehandeld over “Gebrekkige uitvoering met bijhorende procedures en boeteclausules”.

In deel III van het bestek - “Technische specificaties”, wordt uiteengezet wat verlangd wordt dat de inschrijver in de SLA (Service Level Agreement) opneemt en wordt in boetes voorzien die als doelstelling hebben “om de dienstverlener te sensibiliseren en te mobiliseren om zorg te dragen voor een kwalitatieve service en ondersteuning. Deze vergoedingen moeten ervoor zorgen dat de dienstverlener continue investeert in het optimaliseren van zijn knowhow en kwaliteitssystemen”. Er worden dan minimumvergoedingen vastgelegd van toepassing bij storingen.

2. Bij de opening der aanvragen tot deelneming wordt vastgesteld dat er zeven inschrijvers zijn.

Deze inschrijvingen worden beoordeeld aan de hand van de selectiecriteria door de stuurgroep op 18 april 2007; twee inschrijvers worden niet geselecteerd; de andere vijf waaronder de verzoekende partij, VOF CSC en NV Hallemesch & Coutuer, tussenkomende partij, worden uitgenodigd een offerte in te dienen tegen uiterlijk 1 juni 2007 en zijn dus toegelaten tot de eerste onderhandelingsronde.

3. De vijf dienen een offerte in.

De verzoekende partij dient in haar offerte op bladzijde 58/149 haar voorstel in van een SLA; meer specifiek neemt ze plafonds in aanmerking van 10 % op bepaalde sommen als prijscorrectie (bladzijde 60 e.v./149) meer andere 'wijzigingen' t.a.v. het bestek. Dit plafond van 10 % per periode (jaar/kwartaal) wordt herhaald (bladzijde 45) in de powerpoint presentatie van de verzoekende partij van 6 juni 2007.

In bijeenkomst van 28 juni 2007 beslist de stuurgroep twee inschrijvers toe te laten tot de tweede ronde : VOF CSC en de tussenkomende partij.

De volgende overweging wordt in het verslag opgenomen :

“Gelet op het feit dat de inschrijvingen van (1) CSC Computer Science VOF en (2) Hallemesch & Coutuer NV de hoogste scores behalen in ronde 1 met een beperkt verschil tussen beide; dat er een duidelijke kloof is, tussen deze dossiers en het dossier van de derde best geklasseerde inschrijver (3) Solid Partners NV; dat de kloof tussen (3) en de hoogst geklasseerde inschrijving (1) door de SG-leden als onoverbrugbaar wordt gepercipieerd”.

Er wordt een klassement na ronde 1 opgesteld (bladzijde 126 van het gunningsverslag) dat het volgende oplevert :

“7. Resultaat offertevergelijking

7.1. Ronde 1 (offerte & toelichting)

Op basis van de toegekende punten komen wij voor ronde 1 tot volgende rangschikking :

1. CSC: 67,7 punten
2. H&C met variante 1, 2, 3 en 4 van de initiële offerte (=PA1): 61,6 punten
3. Solid Partners: 58,79 punten.
4. H&C standaard aanbidding: 55,9 punten
5. Delaware: 46 punten

6. AXI: 34 punten

Om te komen tot dergelijke scores werden alle inschrijvers uitgenodigd om hun offerte toe te lichten.

Het bestek voorzag dat “Tenzij de resultaten van de beoordeling in de eerste ronde een kleiner of groter aantal wettigt, zullen de drie best geklasseerde inschrijvers uit de eerste ronde toegelaten worden tot ronde twee.” Dit betekent dat CSC, H&C en Solid Partners tot ronde 2 uitgenodigd zouden kunnen worden. Tijdens de toelichting van de offerte van Solid Partners, gaf de inschrijver duidelijk te kennen dat hij niet kon en/of wou voldoen aan de gestelde minimale vereisten (boeteclausules) van het bestek in het kader van de SLA. Rekening houdend met dit gegeven en rekening houdende met het puntenverschil tussen Solid Partners en CSC, was de stuurgroep, na beraadslaging, de mening toegedaan Solid Partners geen wezenlijke kans meer had om de opdracht binnen te halen. Daarom werd besloten om enkel CSC en H&C tot ronde 2 toe te laten. Voor H&C geldt duidelijk dat zij enkel toegelaten zijn mits toepassing van hun geoffreerde variantes 1, 2, 3 en 4”.

Op bladzijde 74 en volgende wordt in het gunningsverslag - dat als een soort logboek de bevindingen van de stuurgroep lijkt te bevatten - een beoordeling gegeven van het eerste gunningscriterium, subcriterium “3.10 Diensten en waarborgen in het kader van beschikbaarheid van de oplossing, de helpdesk en ondersteuning” voor de eerste ronde - dus nog met vijf inschrijvers.

Bij de door de verzoekende partij voorgestelde SLA wordt op bladzijde 76 gewezen op onder meer het plafond van 10 %.

Onder rubriek 3.10.3. (bladzijde 82) worden als negatieve elementen bij verzoekende partij vermeld :

“

Solid Partners
Aanvaardt niet de aansprakelijkheid en boetes, zoals deze gedefinieerd waren in het bestek. Zij hebben plafonds ingevoerd.
De inschrijver volgt niet de specificaties van het bestek (responstijden, herstelltijden, kwaliteitsgaranties, etc.)

”.

4. De gunningsprocedure wordt vervolgd; de VOF CSC en de tussenkomende partij worden tot de tweede ronde toegelaten en vervolgens tot de derde ronde.

Uiteindelijk volgt daaruit de volgende rangschikking :

1. H&C met variante PA3: 74,9 punten
2. CSC met variante PA2: 73,1 punten

3. CSC met variante PA1: 72 punten
4. H&C met variante PA2: 70,6 punten
5. CSC standaard aanbidding: 67,7 punten (= ronde 1)
6. H&C met variante PA4: 66,43 punten
7. H&C met variante PA1: 61,6 punten (= ronde 1)

De stuurgroep adviseert de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij voor BAFO (best and final offer) PA3 en dit voor een bedrag van 719.424,59 euro exclusief BTW of 870.503,75 euro inclusief BTW.

Met het te dezen als eerste bestreden besluit van 13 december 2007 beslist de deputatie van de provincieraad van de verwerende partij het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht toe te wijzen aan NV Hallemeesch & Coutuer voor een bedrag van 870.503,75 euro.

In de bestreden beslissing wordt de volgende passus uit het gunningsverslag uitdrukkelijk opgenomen :

“ Het bestek voorzag “Tenzij de resultaten van de beoordeling in de eerste ronde een kleiner of groter aantal wettigt, zullen de drie best geklasseerde inschrijvers uit de eerste ronde toegelaten worden tot ronde twee.” Dit betekent dat CSC, H&C en Solid Partners tot ronde 2 uitgenodigd zouden kunnen worden. Tijdens de toelichting van de offerte van Solid Partners, gaf de inschrijver duidelijk te kennen dat hij niet kon en/of wou voldoen aan de gestelde minimale vereisten (boeteclausules) van het bestek in het kader van de SLA. Rekening houdend met dit gegeven en rekening houdende met het puntenverschil tussen Solid Partners en CSC, was de stuurgroep, na beraadslaging, de mening toegedaan Solid Partners geen wezenlijke kans meer had om de opdracht binnen te halen. Daarom werd besloten om enkel CSC en H&C tot ronde 2 toe te laten. Voor H&C geldt duidelijk dat zij enkel toegelaten zijn mits toepassing van hun geoffreerde variantes 1, 2, 3 en 4”.

De excepties

8. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen in een aantal excepties ontvankelijkheidsbezwaren in, hetzij wat de vordering in haar geheel betreft, hetzij betreffende de tweede en de derde bestreden beslissing, hetzij betreffende een of meer middelen.

Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om die excepties te onderzoeken en er uitspraak over te doen; een onderzoek van en uitspraak over die excepties zou slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden

voor het toewijzen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vervuld zijn, hetgeen zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

9. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

10. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een eerste middel de schending aan van artikel 78, § 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, van het gelijkheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid het beginsel patere legem en het zorgvuldigheidsbeginsel en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Zij betoogt daartoe dat het voornoemde artikel 78, § 1, de aanvraag tot deelneming of de offerte voor een opdracht verbiedt, ingediend door de persoon die belast werd met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van de werken, leveringen en diensten voorwerp van de opdracht indien die persoon wegens die verrichting een voordeel geniet dat van die aard is dat de normale spelregels van de mededinging vervalst. Te dezen heeft de tussenkomende partij een voorbereidende analyse tot de opdracht gemaakt. Nergens blijkt uit dat er een verantwoording is inzake die onverenigbaarheid noch een voldoende verantwoording. In elk geval geniet de tussenkomende partij door die voorstudie een voordeel dat de andere inschrijvers niet hebben, meer, de andere inschrijvers hebben niet alle informatie die de tussenkomende partij heeft opgebracht in de voorstudie, gekregen - de voorstudie is immers veel omvattender dan kon worden vermoed op grond van het bestek. Zelfs mocht de verzoekende partij alle elementen van de voorstudie hebben gekregen dan nog heeft de verzoekende partij veel minder tijd gekregen dan de tussenkomende partij voor haar offerte.

De verzoekende partij vergelijkt alsdan zeer uitgebreid de integrale voorstudie met het document dat ze bij het bestek gekregen heeft en poogt aan te tonen dat substantiële informatie uit de integrale voorstudie haar onthouden werd, alsook

dat de tussenkomen de partij hoe dan ook door de voorstudie te hebben kunnen uitvoeren, een niet toelaatbaar voordeel heeft gehad met weerslag op de evaluatie. Zij bespreekt aldus onder meer de behoeftenstudie, het onderzoek naar de bronsystemen, de theoretische “stermodellen”, de “proof of concept” en de implementatie van het “cognos-model”.

11. De verwerende partij en de tussenkomen de partij merken op dat de tussenkomen de partij in haar aanvraag tot deelneming het vermoeden van artikel 78, § 1, weerlegt. Zij betogen onder meer dat “elke partij gespecialiseerd in business intelligence in staat [is] om het resultaat van [de] voorbereidende analyse te interpreteren”. De verwerende partij heeft die uitleg aanvaard; de voorstudie die de tussenkomen de partij -overigens in onderaanneming- heeft gevoerd, had een beperkte draagwijdte namelijk behoeftenonderzoek; de opdracht impliceerde niet het opstellen van het bestek, dat door externen is opgesteld, los van de tussenkomen de partij, en dat bestek heeft een zeer algemeen karakter. Juist is dat niet de volledige voorstudie aan de inschrijvers werd bezorgd; de verzoekende partij heeft echter voldoende tijd gehad, namelijk enkele maanden, om haar offerte op te stellen; voorts hield het deel van de voorstudie dat niet aan de inschrijvers werd overgemaakt, geen voordeel in voor de tussenkomen de partij, en kreeg VOF CSC en niet de tussenkomen de partij in de eerste ronde de hoogste quotering.

12. De ernst van de grieven, aangebracht door de verzoekende partij kan slechts worden beoordeeld indien de inhoud van de voorstudie kan worden vergeleken met de opdracht zelf.

De dienstverlening die hier voorwerp is van het geschil is echter wegens het technisch karakter ervan niet volledig duidelijk voor de Raad van State. Aldus is de Raad van State zonder deskundige ondersteuning niet bij machte de inhoud van de voorstudie dermate te begrijpen dat het effect ervan op de inhoud van de opdracht kan worden bepaald -zelfs voorlopig zoals dat het geval is met beoordelingen in een schorsingsprocedure. De aanwijzing van een deskundige is echter niet in te passen in de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Het middel kan derhalve niet als ernstig worden aangemerkt omdat het zich niet leent tot de snelle toetsing, vereist in de onderhavige procedure.

13. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 17, § 3, 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 de materiële motiveringsplicht en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Zij doet daartoe gelden dat de onderhandelingsprocedure een uitzonderingsprocedure is en de mogelijkheid tot het gebruik dus strikt dient te worden geïnterpreteerd; het gebruik ervan moet uitdrukkelijk worden gemotiveerd; in het bestek is er geen sprake van een motivering of van het opgeven van de wettelijke grond voor die procedure; er zou er trouwens geen kunnen worden gegeven onder meer gelet op de uitgevoerde voorstudie die belet dat de verwerende partij zich beroept op een uitzondering als dat de dienstenopdracht vanuit haar aard of haar onzekere omstandigheden verhindert op voorhand een globale prijs vast te stellen.

Uit haar nadeelsbeschrijving blijkt dat de verzoekende partij met de voorliggende vordering uiteindelijk beoogt zelf de opdracht uit te voeren. Het tweede middel lijkt daarom niet dienstig om, indien het ernstig en gegrond zou worden bevonden, het betrokken nadeel te weren: het strekt er immers toe de onderhandelings-procedure zelf teniet te doen wat zich moeilijk laat verenigen met het streven van die partij om de opdracht zelf uit te voeren. Overigens is het nadeel, in zoverre het voortvloeit uit het volgen van de in het middel bekritiseerde procedure, voor de verzoekende partij een geaccepteerd risico, dat zij door eigen toedoen ondergaat en dus niet als het rechtens vereist ernstig nadeel mag worden aangemerkt: zij nam deel aan de procedure en blijkbaar zonder daarbij enige kritiek te uiten op de keuze van de betrokken procedure.

Het tweede middel mist aldus het vereiste ernstig karakter en het daarop te betrekken nadeel is niet het in rechte vereiste nadeel.

14. In een derde middel voert de verzoekende partij aan dat er een schending is van “het gelijkheidsbeginsel (de artikelen 10 en 11 van de Grondwet)”, van artikel 68, vijfde lid, 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 de materiële motiveringsplicht, van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, van artikel 1.8.2. van het bestek, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen.

In de eerste plaats betoogt de verzoekende partij daartoe dat er na de eerste ronde een rangschikking werd opgesteld waarbij zij derde werd geklasseerd; bij de commentaar in het gunningsverslag wordt vermeld dat de verzoekende partij niet naar de tweede ronde gaat, enerzijds wegens de afwijking van essentiële besteksvoorwaarden -boeteclausules-, anderzijds wegens het te grote puntenverschil tussen de verzoekende partij en de tweede gerangschikte.

Deze handelwijze strijdt met artikel 68, vijfde lid, voornoemd dat stelt dat minstens drie inschrijvers tot de onderhandelingsfase dienen te worden toegelaten; hoe dan ook zijn de redenen die opgegeven worden om verzoekende partij niet tot de onderhandelingsprocedure toe te laten in feite en in rechte niet aanvaardbaar.

Wat de eerste reden betreft is het zo dat de verzoekende partij nooit “duidelijk” gemaakt heeft dat ze niet kon of wou voldoen aan de gestelde minimale besteksvereisten -de bewering van de verwerende partij mist hier feitelijke grondslag. Wat de tweede reden betreft is het puntenverschil geen reden om de verzoekende partij niet toe te laten; er was geen ruim verschil tussen de verzoekende partij en de tweede, wel tussen de verzoekende partij en de vierde gerangschikte.

De verzoekende partij voegt er nog aan toe dat de tussenkomende partij, niettegenstaande ze niet had geboden voor bepaalde onontbeerlijke aspecten van het aan te bieden softwareproduct -de zogenoemde must-have punten-, toch tot de tweede en de derde ronde werd toegelaten.

Ten tweede wijst de verzoekende partij er nog eens op dat de tussenkomende partij een voorkennis had waardoor ze beter kon worden geëvalueerd.

Ten derde stelt de verzoekende partij dat het door haar aangeboden alternatief MS SQL-server ten onrechte niet bij de beoordeling werd betrokken. Na verdediging van haar offerte heeft de verzoekende partij op vraag van de verwerende partij een alternatief voorstel ingediend betreffende de architectuur van het ganse

DEL-FI-systeem namelijk één met de recente MS SQL- server 2005. Dit alternatief werd niet door de verwerende partij in de beoordeling betrokken.

Ten vierde wijst de verzoekende partij er op dat er geen toepassing is gemaakt van de subcriteria bij het derde gunningscriterium architectuur. Het bestek vermeldt dat het gunningscriterium architectuur wordt beoordeeld in functie van :

- zijn doorgroeipad
- zijn beheersbaarheid
- snelheid van updating
- andere componenten die de architectuur sterk kunnen beïnvloeden.

In het gunningsverslag wordt slechts één score toegekend zonder opdeling naar de subcriteria.

15. De verwerende partij antwoordt dat de onderhandelingsprocedure startte met de eerste ronde en dat er vijf inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, werden toegelaten. Wel bepaalt het bestek dat na de eerste ronde de drie best geklasseerde inschrijvers tot de tweede ronde worden toegelaten “tenzij de resultaten van de beoordeling in de eerste ronde een kleiner of groter aantal wettigt”. Dan herhaalt de verwerende partij haar stelling dat de verzoekende partij afweek van de essentiële besteksbepalingen op het vlak van de boeteclausules betreffende het SLA, en zulks uit haar offerte en presentatie bleek. De zogenaamde essentiële tekortkoming van de tussenkomen de partij qua “must-have” is van een andere orde nu de tussenkomen de partij tijdens de toelichting bij de eerste ronde had aangegeven dat ze de vereiste technische mogelijkheden kon bieden, zij het optioneel.

De voorkennis van de tussenkomen de partij door de voorstudie zegt de verwerende partij te hebben weerlegd bij haar verweer op het eerste middel.

Wat de MS SQL- server betreft stelt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middelonderdeel nu het een marginaal prijsverschil en een marginaal effect op het gunningscriterium architectuur geeft.

De zogenaamde subcriteria zijn geen werkelijke subcriteria bij het gunningscriterium architectuur; trouwens uit het gunningsverslag blijkt dat met die elementen, ten onrechte door verzoekende partij als subcriteria beschouwd, rekening werd gehouden.

16.1. De verzoekende partij lijkt door haar eerste grief - niet aan de tweede ronde te mogen deelnemen - enkel één bepaling van de specifieke regelgeving betreffende de overheidsopdrachten geschonden te achten, namelijk artikel 68, vijfde lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Die bepaling lijkt te dezen toepasselijk en zij houdt in dat het aantal gegadigden dat tot de onderhandelingen wordt toegelaten niet kleiner mag zijn dan drie, voor zover er voldoende geschikte gegadigden zijn.

De vraag rijst op welk ogenblik in de in het geding zijnde procedure “onderhandelingen” zijn aangevat. Het hiervoor aangehaalde bestek maakt bij de beschrijving van de eerste ronde enkel gewag maakt van de mogelijkheid om daarin de inschrijvers uit te nodigen om één of meer “toelichtingen” te geven, hetgeen niet op onderhandelingsmarge lijkt te wijzen. De verzoekende partij lijkt echter zelf aan te geven dat de toevoeging van de MS SQL-server op vraag van de verwerende partij is gebeurd. Zulks lijkt te betekenen dat er de eerste ronde reeds wezenlijk - en hier in het voordeel van de verzoekende partij - werd onderhandeld, hetgeen ook het standpunt van de verwerende partij is.

Niet betwist lijkt dat de verzoekende partij samen met vier andere inschrijvers tot de eerste ronde werd toegelaten zodat, rekening houdend met het reële verloop van de eerste ronde, de verzoekende partij geen manifeste schending van artikel 68, vijfde lid, lijkt aan te tonen, en nog minder dat, indien die schending zou worden aangenomen, op welke wijze ze de belangen van de verzoekende partij heeft geschaad.

16.2. De verzoekende partij uit voorts kritiek op de motieven om haar niet naar de tweede ronde te laten doorgaan. Zij besteedt echter geen aandacht aan een voorafgaande vraag die daarbij rijst, namelijk of, gelet op de aard van de betrokken procedure, die onderhandelingen mogelijk maakte, en de concrete besteksbepalingen betreffende de “rondes”, de verwerende partij het recht of zelfs de plicht had om, indien ze vaststelde na de eerste ronde dat een inschrijver aan een essentiële besteksbepaling niet voldeed, deze inschrijver uit te sluiten van verdere onderhandelingen en van de tweede ronde, zonder deze toe te staan zijn offerte op dat punt nog te wijzigen. De hiervoor reeds besproken schending van artikel 68, vijfde lid, kan niet op deze vraag worden betrokken.

De vraag klemmt des te meer, nu de verzoekende partij impliciet lijkt te erkennen -hetgeen prima facie ook blijkt uit haar offerte en presentatie- dat ze in haar offerte afweek van een als substantieel te beschouwen besteksbeperking: in haar verzoekschrift stelt ze daarbij wel:

“In de eerste plaats betwist verzoekende partij formeel dat zij op enig ogenblik ‘duidelijk’ zou hebben te kennen [gegeven] dat zij niet kon en of/wou voldoen aan de gestelde minimale vereisten (boeteclausule) in het kader van de SLA. Deze bewering mist dus feitelijke grondslag”.

Het is niet aan de Raad van State, zeker niet in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, om deze bewering meer waarde te geven dan deze van de verwerende partij, en zeker niet om in de plaats van de verzoekende partij op dit gegeven een middel op te bouwen. De kritiek die de verzoekende partij zelf in haar middel aanbrengt, lijkt niet ver genoeg te reiken omdat zij de voormelde voorafgaande vraag uit de weg gaat over de mogelijkheid om haar als inschrijver uit te sluiten zoals het te dezen is gebeurd - mogelijkheid die zij overigens niet lijkt te betwisten.

16.3. Aangezien de verzoekende partij voorts de stelling van de verwerende partij betreffende haar onregelmatigheid niet op een in de huidige stand van de procedure aanvaardbare wijze weerlegt, lijkt haar kritiek op de motieven van haar uitsluiting, namelijk betreffende het puntenverschil, het niet in rekening brengen van haar alternatief met de MS SQL-server, de onvolkomenheid in de offerte van de tussenkomende partij en het hanteren van de subcriteria bij rubriek 1.8.2. van het bestek, niet dienstig. Zij lijkt immers als een onregelmatige inschrijver te moeten worden aangemerkt, zonder belang bij zijn vordering.

Weliswaar stelt zij dat de tussenkomende partij eveneens niet regelmatig inschreef: zij lijkt echter te vergeten dat ook de VOF CSC tot de tweede ronde werd toegelaten en zij op die inschrijver geen kritiek richt zodat een schorsing enkel op die grief betreffende de tussenkomende partij gesteund, niet aan haarzelf, maar aan die inschrijver voordeel zou bieden.

16.4. Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

17. Aldus blijkt niet voldaan aan de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die alle moeten zijn vervuld om de schorsing toe te wijzen. De vordering dient te worden verworpen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Hallemeesch & Coutuer in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt 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 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenendertig januari 2008, door :

de HH. D. VERBIEST,
F. BONTINCK,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.