

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 209.793 van 16 december 2010

in de zaak A. 198.265/XII-6420

In zake:

1. Jozef PIRENNE
2. de BVBA VYVEY EN C° BEDRIJFSREVISOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

INFRABEL, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leopold Schellekens en Filip
Lahaye
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 november 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 27 oktober 2010 om de kandidatuur van de combinatie Pirenne / V[y]vey BVBA niet te weerhouden bij het aanwijzen van 2 bedrijfsrevisoren belast met een wettelijke opdracht van externe controle van de statutaire en geconsolideerde rekeningen van de NMBS-Groep (NMBS-Holding, NMBS en Infrabel)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 december 2010, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht van diensten uit voor het aanwijzen van twee bedrijfsrevisoren belast met de wettelijke opdracht van externe controle van de statutaire en de geconsolideerde rekeningen van de NMBS-Groep (NMBS-Holding, NMBS en Infrabel).

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 6.000.000 euro.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 13 september 2010 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 september 2010. Luidens de aankondiging betreft het een opdracht

onderworpen aan de wetgeving inzake de overheidsopdrachten in de nutssectoren en zal de opdracht worden gegund onder de vorm van een onderhandelings-procedure.

In de aankondiging wordt de opdracht als volgt omschreven:

“II.1.5) Korte beschrijving van de opdracht of de aankoop (aankopen) :

Aanwijzen van 2 bedrijfsrevisoren belast met een wettelijke opdracht van externe controle van de statutaire en de geconsolideerde rekeningen van NMBS-Groep (NMBS-Holding, NMBS en Infrabel) zoals beschreven in artikel 25 van de wet van 21 maart 1991 (IFRS-compliant).

De opdracht bestaat uit 6 loten die aan éénzelfde combinatie van kandidaten zal toegewezen worden.

De kandidaturen moeten ingediend worden per combinatie van twee revisoren.

Mogelijke combinaties:

a) 2 natuurlijke personen;

b) 2 rechtspersonen;

c) 1 natuurlijke en 1 rechtspersoon.

Een rechtspersoon wordt beschouwd als één revisor, zelfs indien hij wordt vertegenwoordigd door meerdere natuurlijke personen.

In de hypothese van een combinatie van twee natuurlijke personen mag de ene geen hiërarchische autoriteit uitoefenen over de andere. Bovendien mogen die twee natuurlijke personen niet aan de hiërarchische autoriteit van eenzelfde rechtspersoon onderworpen zijn.

In de hypothese dat het gaat om een combinatie van een rechtspersoon en een natuurlijke persoon, mag de natuurlijke persoon niet onderworpen zijn aan de hiërarchische autoriteit van de rechtspersoon in kwestie. Indien de kandidatuur ingediend wordt door twee rechtspersonen, mogen ze niet met elkaar verbonden zijn in de zin van het Wetboek van Vennootschappen.

De kandidaturen moeten gezamenlijk worden ingediend met inachtneming van deze regel, waarbij een van beide revisoren, voorgestelde natuurlijke persoon of vertegenwoordiger van de voorgestelde rechtspersoon Nederlandstalig moet zijn en de andere voorgestelde natuurlijke persoon of vertegenwoordiger van de voorgestelde rechtspersoon Franstalig moet zijn. Onderaanneming is niet toegelaten.

Opdracht voor een periode van drie jaar.

Mogelijkheid om de opdracht éénmaal te verlengen voor een periode van drie jaar.

Oproep kandidaat presteerders.”

Onder afdeling III “juridische, economische, financiële en technische inlichtingen” bepaalt de aankondiging onder meer het volgende:

“III.2) Voorwaarden voor deelneming.

[...]

III.2.2) Economische en financiële draagkracht. Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan :

- zijn omzet over de laatste drie jaar (in tabelvorm)
- zijn winst/verlies over de laatste drie jaar (in tabelvorm)
- het bewijs dat hij over een voldoende financiële draagkracht beschikt in het licht van de jaarlijkse waarde van de opdracht
- het laatste jaarverslag.

III.2.3) Vakbekwaamheid. Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan :

- Ervaring in de externe audit: de kandidaten moeten een erkende ervaring over de laatste 5 jaar in de externe audit kunnen aantonen bij ondernemingen of groepen van ondernemingen van privaat of publiek recht met minstens 5000 personen. Die referenties mogen niet ouder zijn dan 5 jaar.
- Overeenkomstig de wet moeten de kandidaten erkend zijn als bedrijfsrevisoren bij het Belgisch Instituut der Bedrijfsrevisoren.
- De kandidaten moeten de normen van het Instituut der Bedrijfsrevisoren respecteren met name in verband met de onafhankelijkheid van de commissarissen goedgekeurd door de Raad van het IBR op 30 augustus 2007 en in het bijzonder punt 5 en punt 6. Voor de toepassing van de bepalingen van punt 5 zal in aanmerking genomen worden dat de geraamde erelonen voor de helft worden verdeeld tussen de twee kandidaten-revisoren.
- De kandidaten moeten bewijzen dat ze zich niet bevinden in een van de gevallen van uitsluiting bedoeld in artikel 60 van het Koninklijk Besluit van 10.01.96.
- De kandidaten mogen geen beroep doen op onderaanneming.

Opmerking :

Het bestek zal eisen:

- in geval van natuurlijke persoon: dat deze het Nederlands en het Frans voldoende moet beheersen;
- ingeval van rechtspersoon: dat deze vertegenwoordigd wordt door een natuurlijke persoon die het Nederlands en het Frans voldoende beheerst.

III.3) Voorwaarden betreffende een opdracht voor dienstverlening.

III.3.1) Het verrichten van de dienst is aan een bepaalde beroepsgroep voorbehouden : ja. Verwijzing naar de toepasselijke wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling :
Bedrijfsrevisoren”.

3.3. Met een brief van 1 oktober 2010 stellen de verzoekende partijen zich kandidaat voor de opdracht.

De kandidatuurstelling gaat uit van:

- één rechtspersoon, zijnde de bvba Vyvey & Co Bedrijfsrevisor,
- één natuurlijke persoon, zijnde Jozef Pirenne.

Wat betreft de taalvereiste, vermeldt de kandidatuurstelling dat de overgang naar de Franse taalrol voor Jozef Pirenne werd aangevraagd op 16 september 2010 door middel van een schrijven dat als bijlage 15 bij de kandidatuurstelling werd gevoegd. De kandidatuurstelling vermeldt dat de aanvraag in orde zal zijn op het ogenblik van de uitvoering van de opdracht.

Naast de kandidatuur van de verzoekende partijen zijn er nog twee andere kandidaturen.

3.4. Er wordt een selectieverslag opgesteld waarin wordt geadviseerd om de verzoekende partijen niet te selecteren om drie redenen: de combinatie Pirenne / Vyvey bvba voldoet niet aan het criterium betreffende de taalrol van de revisoren, voldoet niet aan het criterium van financiële draagkracht en voldoet evenmin aan het criterium technische bekwaamheid/ervaring. Geadviseerd wordt om de overige twee kandidaturen wel te selecteren.

3.5. Na goedkeuring van het selectieverslag door de raad van bestuur van de verwerende partij, worden de verzoekende partijen met een aangetekend schrijven gedateerd op 27 oktober 2010 in kennis gesteld van de bestreden beslissing. Dit schrijven wordt aan de verzoekende partijen uitgereikt op 4 november 2010.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Ter terechtzitting werpt de verwerende partij een exceptie van laattijdigheid op.

Er bestaat geen noodzaak om over die exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig 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.

5.2. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing.

De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn

enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

5.3. Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste en enig middel roepen verzoekende partijen de schending in van “artikel 44 § 2 van de Richtlijn 2004/18/EG, artikel 65/5, 5° Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, artikel 68 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 Europese transparantievereiste, het proportionaliteitsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel [...] als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij acht deze rechtsnormen in essentie geschonden “doordat de bestreden beslissing de kandidatuur van verzoekende partijen afwijst op grond van overwegingen die inhouden dat de combinatie Pirenne / V[y]vey BVBA niet voldoet aan het criterium betreffende de taalrol van de revisoren, het criterium van

financiële draagkracht en het criterium technische bekwaamheid/ervaring”. De bestreden beslissing steunt op motieven die volgens verzoekende partijen “zowel in feite als in rechte niet aanvaardbaar zijn, en die haar in hoofde van verzoekende partijen ‘kennelijk onredelijk’ maken”.

De verzoekende partijen formuleren alsdan kritiek op deze drie beoordelingen van het selectieverslag, overgenomen in de bestreden beslissing.

Wat het eerste selectiecriterium betreft wijzen ze erop dat volgens de selectiecriteria de vereiste talenkennis nergens afhankelijk gesteld wordt van een “bewijs van inschrijving” op deze of gene taalrol. De publicatie van de selectiecriteria bepaalt verder enkel dat het bestek zal vereisen dat de kandidaten over “een voldoende beheersing” van het Nederlands en het Frans beschikken. Welnu, de verzoekende partijen beschikken over een “voldoende beheersing” van het Frans. Het is dan ook, zo vervolgen de verzoekende partijen, onredelijk hen uit te sluiten “om de enkele reden dat [Jozef Pirenne] op het moment van de kwalitatieve selectie nog niet beschikte over een document dat [zijn] wijziging van taalrol bewees”.

De verzoekende partijen merken ook nog op dat “[z]owel de wetgever als Uw Raad [...] van oordeel [lijken] dat de geschiktheidsvereiste van de taalrol pas te beoordelen is op het ogenblik van de uitvoering van de opdracht”; ze refereren hiervoor naar de geschiktheidsvereiste inzake de erkenning van aannemers.

Ten slotte wijzen de verzoekende partijen er nog op dat de verwerende partij geen opmerking vooraf heeft gegeven aan de verzoekende partijen. Ook dit maakt, aldus de verzoekende partijen, de beslissing onredelijk.

Beoordeling

7. In de eerste plaats wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen

in hun middel enkel verwijzen naar bepalingen die betrekking hebben op de klassieke sectoren, terwijl de opdracht werd aangekondigd als een opdracht inzake nutssectoren.

In het kader van de huidige vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid moet op het eerste gezicht worden aangenomen dat de opdracht betrekking heeft op de nutssectoren en dat de verzoekende partijen in hun middel aldus beoogden te verwijzen naar richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004 houdende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en artikel 59, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

8. Artikel 65/5, 5°, van de wet van 24 december 1993, waarvan de schending wordt ingeroepen, bepaalt dat de beslissing inzake de selectie van de kandidaten de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben, dient te bevatten.

Aan voormelde verplichting lijkt te zijn voldaan nu de verwerende partij in de bestreden beslissing drie redenen opgeeft waarom de offerte van de verzoekende partijen niet wordt geselecteerd:

“De combinatie Pirene / V[y]vey bvba voldoet niet aan het criterium betreffende de taalrol van de revisoren. Alleen al door deze reden kan de kandidatuur niet worden aanvaard,

Als versterkend element voldoen de verzoekende partijen eveneens niet aan het criterium van financiële draagkracht,

Bovendien voldoen zij ook niet aan het criterium technische bekwaamheid/ervaring.”

Deze motieven worden in het selectieverslag nog nader toegelicht.

Op het eerste gezicht lijken voormelde motieven, indien wettig aangevoerd, elk afzonderlijk van aard om de bestreden beslissing te kunnen schragen. Opdat het middel ernstig zou zijn, dienen de verzoekende partijen dus aan te tonen dat geen van voormelde motieven op geldige wijze zou mogen worden aangevoerd.

9.1. In een eerste middelonderdeel bekritisieren verzoekende partijen het eerste motief om hun kandidatuur te weigeren.

Met betrekking tot dit eerste motief wordt in het selectieverslag het volgende opgemerkt:

“1. De kandidaturen moeten ingediend worden door een combinatie van twee revisoren, natuurlijke of rechtspersonen. In de hypothese dat het gaat om 2 natuurlijke personen mag de ene geen hiërarchische autoriteit uitoefenen over de andere.

In de hypothese dat het gaat om een combinatie van een rechtspersoon en een natuurlijke persoon, mag de natuurlijke persoon niet onderworpen zijn aan de hiërarchische autoriteit van de rechtspersoon in kwestie.

Indien de kandidatuur ingediend wordt door twee rechtspersonen, mogen ze niet met elkaar "verbonden" zijn in de zin van het Wetboek van Vennootschappen.

Eén van de twee revisoren (of vertegenwoordigers van de rechtspersonen) moet Nederlandstalig zijn en de andere Franstalig.

Alle kandidaten voldoen aan de hoger vermelde voorwaarden, uitgezonderd de kandidatuur van Pirenne/ BVBA Vyvey & Co. Uit de gepubliceerde gegevens op de internet-site van het Instituut van Bedrijfsrevisoren evenals als uit de inlichtingen bij hun kandidatuurstelling blijkt dat zowel M. Steven Vyvey als M. J. Pirenne voor de Nederlandstalig taalrol gekozen hebben. M. Pirenne voegt een document bij om aan te tonen dat hij (uit noodzaak) een wijziging van taalrol aangevraagd heeft, maar geen enkel document toont aan dat deze wijziging effectief doorgevoerd is.

In een procedure waarin een voorafgaande fase van kandidatuurstelling voorzien is, moeten de kandidaten aan de deelnemings- en selectiecriteria voldoen, ten laatste op het ogenblik van de selectie van de kandidaten. Overigens wordt het bestek enkel verstuurd naar de geselecteerde kandidaten. Vermits de kandidatuurstelling van Pirenne BVBA Vyvey & co niet voldoet aan deze deelnemingscriterium moet ze uitgesloten worden”.

9.2. De aankondiging bevat de volgende bepaling:

“De kandidaturen moeten gezamenlijk worden ingediend met inachtneming van deze regel, waarbij een van beide revisoren, voorgestelde natuurlijke persoon of vertegenwoordiger van de voorgestelde rechtspersoon Nederlandstalig moet zijn en de andere voorgestelde natuurlijke persoon of vertegenwoordiger van de voorgestelde rechtspersoon Franstalig moet zijn”.

Verderop bevat de aankondiging nog de volgende bepaling:

“Opmerking :

Het bestek zal eisen:

- in geval van natuurlijke persoon: dat deze het Nederlands en het Frans voldoende moet beheersen;
- ingeval van rechtspersoon: dat deze vertegenwoordigd wordt door een natuurlijke persoon die het Nederlands en het Frans voldoende beheerst”.

9.3. Op het eerste gezicht impliceert een zinvolle samenlezing van deze beide bepalingen van de aankondiging dat met de eerste bepaling wordt beoogd te verwijzen naar de gekozen taalgroep als bedoeld in artikel 9, § 1, 1°, van het koninklijk besluit van 30 april 2007 betreffende de erkenning van bedrijfsrevisoren en het openbaar register, terwijl de tweede bepaling verwijst naar de taalbeheersing van de kandidaten.

9.4. Voorts geven de verzoekende partijen niet aan welke wettelijke of reglementaire bepaling de verwerende partij zou verbieden om, in geval van een

procedure in twee fasen, reeds op het ogenblik van de selectiebeslissing na te gaan of de kandidaten aan voormelde voorwaarde inzake gekozen taalgroep voldoen. De door verzoekende partijen ingeroepen rechtspraak omtrent de erkenning van de aannemers lijkt op het eerste gezicht niet relevant, nu in dat geval een uitdrukkelijke wettelijke regeling voorhanden is namelijk artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken. De verzoekende partijen tonen niet aan dat zij op datum van de bestreden beslissing voldeden aan voormelde voorwaarde inzake gekozen taalgroep. Het feit dat de verwerende partij hierover vooraf geen opmerking heeft gemaakt lijkt op het eerste gezicht de perken van de redelijkheid niet te buiten te gaan, nu zij zelf in het openbaar register kon nagaan of de verzoekende partijen aan deze vereiste voldeden, wat zij blijkbaar ook gedaan heeft.

9.5. De kritiek van verzoekende partijen op het eerste motief om hun kandidatuur te weigeren lijkt op het eerste gezicht dan ook niet te kunnen worden aanvaard.

10. Deze vaststelling volstaat om het middel te verwerpen, nu het eventueel ernstig bevinden van de andere middelonderdelen, die het tweede en derde motief betreffen, niet tot de schorsing van de bestreden beslissing kunnen leiden, aangezien, zelfs indien deze onderdelen ernstig zouden blijken, nog steeds het eerste motief om de kandidatuur van verzoekende partijen uit te sluiten onverlet zou blijven gelden en volstaat om de kandidatuur onregelmatig te verklaren.

Het eerste en enig middel dient dan ook in zijn geheel als niet ernstig te worden beschouwd.

VII. Besluit

11. Nu het eerste en enig middel niet ernstig werd bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden

verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partijen wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 december 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra