

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.545 van 29 november 2011
in de zaak A. 189.640/XII-5550**

In zake: BVBA ADVOCATENKANTOOR BERT BEELEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gaëtane Pelsmaekers
kantoor houdend te 3020 Herent
Arnoudt Rulenslaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

INTERCOMMUNAAL SAMENWERKINGSCOMITÉ VAN
WATERBEDRIJVEN CVBA naar publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Mertens en Andy Beelen
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

BVBA PAUWELS ADVOCATEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim De Cuyper
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 september 2008, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de raad van bestuur van 18 juni 2008 van de Coöperatieve Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid naar publiek recht ‘Intercommunaal Samenwerkingscomité van Waterbedrijven’ [...] strekkende tot ‘Gunning prijsvraag voor de invordering van openstaande facturen en uitstaande factuurbedragen’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De bvba Pauwels Advocaten heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 18 november 2008. Tussenkommende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 september 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Vanstipelen, die loco advocaat Gaëtane Pelsmaekers verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barbara Spapen, die loco advocaten Wim Mertens en Andy Beelen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Pieter Jan Staelens, die verschijnt voor de tussenkommende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een 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 raad van bestuur van verwerende partij beslist op 9 april 2008 het bijzonder bestek voor de opdracht van “invordering van openstaande,

uitstaande factuurbedragen in combinatie met een geautomatiseerd, webgebaseerd systeem van ingave en opvolging van deze facturen” goed te keuren.

3.2. Luidens het bestek geschiedt de prijsaanvraag volgens de gunningswijze van de onderhandelingsprocedure.

De gunningscriteria zijn:

- “1. Totaalconcept en opvatting van het technisch concept van de geautomatiseerde, webgebaseerde invordering: 20 punten
2. Prijs van de implementatie, onderhoud en hosting van de webgebaseerde invordering: 20 punten
3. Termijn nodig voor de volledige implementatie van de geautomatiseerde, webgebaseerde invordering: 10 punten
4. Kosten en ereloon van de tussenkomsten van de advocaten: 40 punten
5. Opgave referenties van soortgelijke invorderingsopdrachten: 10 punten”.

3.3. Met brieven van 22 april 2008 worden zes advocatenkantoren geraadpleegd om een offerte in te dienen tegen uiterlijk 26 mei 2008.

3.4. Op 22 mei 2008 dient verzoekende partij een offerte in.

3.5. In het gunningsverslag wordt vermeld:

“Aantal inschrijvers : 6

1, De Jonge, Sint Niklaas

2, Pauwels, Sint Niklaas

3, Beelen, Leuven

4, Gobert, Gent

5, Delforge, Sint Niklaas

6, Van Cutsem, Sint Pieters Leeuw

Bespreking inschrijvingen

[...]

Rangschikking

1 2, Pauwels, Sint Niklaas : 87/100

2 3, Beelen, Leuven:84/100

3 5, Delforge, Sint Niklaas 77/100

4 4, Gobert, Gent:70/100

5 6, Van Cutsem, Sint Pieters Leeuw 47/100

Aanpassing ISWa software

Uit een analyse van de programmeur van de ISWa software is gebleken dat er een aanpassing noodzakelijk [is] ten bedrage van 4.080 € conform zijn offerte 08000442 d.d. 12 juni 2008.

Waarbij na mondeling contact tussen de informatici van zowel de ISWa software als het advocatenbureau is gebleken dat de opgemaakte offerte geldig blijft voor de te gunnen firma.

Voorstel van gunning

1. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan Pauwels Advocaten BVBA, Apostelstraat 29, 9100 Sint-Niklaas, conform zijn ingediende offerte en het origineel lastenboek.”

3.6. Op 18 juni 2008 beslist de raad van bestuur van verwerende partij gelet op het gunningsverslag de opdracht te gunnen aan tussenkomende partij.

Met brief van 3 juli 2008 wordt aan verzoekende partij medegedeeld dat de opdracht is toevertrouwd aan tussenkomende partij.

Op 9 juli 2008 vraagt verzoekende partij het gunningsverslag en de gunningsbeslissing, die haar worden toegestuurd met brief van 10 juli 2008.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4. Verwerende partij, bijgevallen door tussenkomende partij, voert een exceptie van gebrek aan belang aan.

Zij wijst erop dat verzoekende partij voorafgaandelijk aan de gunningsprocedure reeds kennis had van het “probleem” dat zich bij verwerende partij stelde; zij had een vergadering bijgewoond en had schriftelijk concrete voorstellen tot oplossing van het probleem gedaan in samenwerking met een onderneming gespecialiseerd in informatica-consultancy, namelijk Curious. Dit

alles zou blijken uit een brief van verzoekende partij aan de stad Sint-Niklaas en uit e-mailverkeer.

Aldus heeft verzoekende partij een duidelijk voordeel ten aanzien van de andere inschrijvers wat een schending uitmaakt van de gelijkheid onder de inschrijvers vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Verzoekende partij wist immers eerder dan de anderen van het probleem, heeft over een oplossing vergaderd met verwerende partij, heeft alsdan een concreet en gedetailleerd voorstel van oplossing uitgewerkt “dat nagenoeg al de punten bevatte van de opdracht waarvoor later op 22.04.2008 pas de officiële uitnodigingen verstuurd werden”. “Die offertes moesten bovendien vóór 26.05.2008, d.i. nauwelijks 1 maand later, worden ingediend. Terwijl verzoekster in die periode van 1 maand haar eerder uitgewerkte offerte nóg verder kon perfectioneren moesten de andere inschrijvers eerst kennis nemen van het concrete probleem dat zich bij ISWa stelde. Concluderend kan dan ook niet worden ingezien hoe de opdracht in deze omstandigheden wettig gegund zou kunnen worden aan de verzoekende partij.”

Verzoekende partij toch de opdracht gunnen strijdt, aldus verwerende partij, met het gelijkheidsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel, en de artikelen 10 en/of 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Ten slotte merkt verwerende partij op dat het feit dat de offerte niet werd uitgesloten niet belet dat de wettigheid van het belang van verzoekende partij moet worden onderzocht en de onwettigheid ervan kan worden opgeworpen door verwerende partij.

5. Verzoekende partij wijst er in haar memorie van antwoord en haar laatste memorie op dat de exceptie betekent dat de beslissingen om verzoekende partij uit te nodigen tot het indienen van een offerte en om de offerte van verzoekende partij te rangschikken als tweede, nietig zijn. Deze redenering “tart alle verbeelding”. Op geen enkel ogenblik, aldus verzoekende partij, heeft verwerende partij tijdens de onderhandelingsprocedure ook maar enig

voorbehoud ten aanzien van verzoekende partij of een opmerking over haar belang gemaakt. Slechts in de procedure voor de Raad van State maakt verwerende partij die opmerking; verwerende partij en tussenkomende partij kunnen zich echter niet op de fout van verwerende partij beroepen.

Ten slotte merkt verzoekende partij op dat in de feiten ook niet aangetoond is dat zij bevoordeeld werd; de opdracht werd haar niet toegewezen; het bestek week ook op essentiële punten af van het voorstel dat verzoekende partij op 11 januari 2008 had gedaan.

Beoordeling

6. Uit het administratief dossier kunnen volgende gebeurtenissen worden afgeleid.

Op 8 januari 2008 heeft een vergadering plaatsgevonden “omtrent de invordering van de facturen van het stedelijk waterbedrijf” waarbij B. B. en Th. B. (leden van het advocatenkantoor Bert Beelen), C. C. van Curious, en de schepen van financiën, de stadsontvanger en het diensthoofd van het waterbedrijf van de stad Sint-Niklaas aanwezig waren; de problematiek van de onbetaalde facturen van het waterbedrijf werd er besproken.

Op 11 januari 2008 dient verzoekende partij per brief een offerte in voor de invordering van de facturen van het stedelijk waterbedrijf.

Er grijpt e-mailverkeer plaats tussen K. V.B. van het stedelijk waterbedrijf en Th. B., waarna er tussen beide een telefoongesprek heeft plaatsgevonden omtrent het voorstel. Th. B. heeft met e-mail van 25 januari 2008 een aangepast “voorstel” ingediend.

Voorts is er e-mailverkeer van C.C. van Curious naar K. V.B. met afschrift aan Th. B. met in bijlage gevoegd een offerte van webapplicatie invorderingen voor het waterbedrijf, gezonden “rekening houdend met alle eisen en noden volgens gesprekken die [wij] in het verleden hebben gevoerd” en

waarin uitgegaan wordt “van een samenwerking met Beelen Advocaten Leuven voor de invordering via het platform”.

De voorstellen van verzoekende partij en Curious leiden blijkbaar niet tot een overeenkomst.

Uit dit alles valt af te leiden dat verzoekende partij voorafgaand aan de gunningsprocedure direct betrokken is geweest bij besprekingen over een overeenkomst met een gelijkaardig voorwerp als de huidige de opdracht.

7. Te dezen moet worden vastgesteld dat noch in het gunningsverslag, noch in de gunningsbeslissing enige aandacht wordt besteed aan een eventuele onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij, laat staan nog dat zou blijken dat aan verzoekende partij gedurende de gunningsprocedure in dit verband om uitleg of verantwoording is gevraagd. De problematiek wordt voor het eerst als een exceptie van gebrek aan wettig belang in de procedure voor de Raad van State aangevoerd. Aangezien de kandidatuur van verzoekende partij zonder voorbehoud aan de hand van de gunningscriteria werd beoordeeld door verwerende partij is alvast zichzelf slecht geplaatst om thans de besproken exceptie op te werpen.

8. Voorts wordt de exceptie geponeerd, zonder voldoende concreet aan te geven hoe verzoekende partij dan wel bevoordeeld is geweest. Nochtans stelt ze een problematiek aan de orde die ruimte voor appreciatie laat, en vertoont de exceptie geen evident karakter. Het feit dat verzoekende partij een zekere voorkennis van de problematiek en van de wensen van verwerende partij had, houdt niet automatisch een bevoordeling in, temeer gezien de gevolgde gunningswijze van de onderhandelingsprocedure. Het door verwerende partij bijgebrachte e-mailverkeer tussen verzoekende partij en haar met betrekking tot de gewraakte zogenaamde eerdere procedure laat niet toe te concluderen tot een bevoordeling van verzoekende partij, die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen. Verwerende partij brengt aldus geen stukken bij zoals een bestek of een verlanglijstje die zij verzoekende partij had voorgelegd en waar die laatste een offerte op zou hebben gebaseerd. Zo ook laat een vergelijking tussen de offerte die verzoekende partij eerst indiende met die ingediend tijdens de

procedure die leidde tot de bestreden beslissing, substantiële verschillen zien onder andere naar kosten ereloon van de tussenkomsten van de advocaten.

9. In die omstandigheden is niet voldoende aangetoond dat in geval van gunning van de opdracht aan verzoekende partij het gelijkheidsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel, en de artikelen 10 of 11 van de wet van 24 december 1993, zouden zijn geschonden. De exceptie dient dan ook te worden verworpen.

10. Daar het auditoraatsverslag beperkt is tot deze problematiek worden de debatten heropend voor het verder onderzoek van de zaak.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent de debatten.

2. De Raad van State belast het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat met een aanvullend onderzoek van de zaak.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 november 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest