

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.991 van 10 januari 2013
in de zaak A. 207.306/XII-7172**

In zake: de CVBA DELOITTE CONSULTING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kathleen De hornois
kantoor houdend te 1831 Diegem
Berkenlaan 8a
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA VLAAMS SELECTIECENTRUM VOOR HET
OVERHEIDSPERSONEEL (JOBPUNT VLAANDEREN)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 december 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[h]et besluit van de raad van bestuur van Jobpunt Vlaanderen, Vlaams Selectiecentrum voor het Overheidspersoneel CVBA, dd. 14 november 2012, waarbij besloten werd Deloitte Consulting te weren uit de gunningsprocedure voor de opdracht ‘Het uitvoeren van HR-consultancy opdrachten’”, en tot het opleggen van een dwangsom.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 januari 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kathleen De hernois en Mattias Van Schel, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat David D'Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het Vlaams Selectiecentrum voor het Overheidspersoneel cvba, ook Jobpunt Vlaanderen genoemd, schrijft een opdracht van diensten uit voor het uitvoeren van HR-consultancy opdrachten bij haar leden. De opdracht heeft betrekking op een vierjarige raamovereenkomst voor deze HR-dienstverlening.

3.2. De gekozen gunningsprocedure is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld, waarin betreffende verzoekende partij wordt vastgesteld:

“[...]

Deloitte Consulting

[...]

Aangezien het finale voorstel van Deloitte niet tegemoet komt aan de contractuele bepalingen zoals opgenomen in het bestek mbt het gunningscriterium prijs werd Deloitte alsnog uitgesloten”.

3.4. Met de bestreden beslissing van 14 november 2012 stemt de raad van bestuur van verwerende partij in met het gunningsverslag.

3.5. Bij brief van 27 november 2012 worden de inschrijvers van deze beslissing op de hoogte gebracht.

IV. Rechtsmacht

Exceptie van verwerende partij

4. Verwerende partij betwist in haar nota de rechtsmacht van de Raad van State. Zij wijst er op dat te dezen niet de Raad van State, maar de gewone rechter over de vordering uitspraak moet doen aangezien verwerende partij een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap is en niet als een administratieve overheid kan worden gekwalificeerd bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Wegens de private rechtsvorm volstaat het feit dat het niet over eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid beschikt, om tot die conclusie te komen.

Stelling van verzoekende partij

5. In antwoord op deze exceptie betoogt verzoekende partij ter terechtzitting dat verwerende partij krachtens artikel 3 van het decreet waarbij zij werd opgericht, instaat voor werving van personeelsleden, kandidatenlijsten

voordraagt en aldus grievende eindbeslissingen neemt ten overstaan van de kandidaten die niet worden voorgedragen. Zij zoekt voor die stelling ook steun in artikel 5.7., § 3, van het Vlaams Personeelsstatuut en in arrest nr. 203.065 van de Raad van State van 19 april 2010, inzake Van Sande.

Beoordeling

6. De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties die zijn rechtsmacht betreffen. Hij kan een dergelijke exceptie evenwel aannemen indien dat beperkt onderzoek uitwijst dat ze een hoge graad van ernst vertoont.

7. Artikel 65/24, eerste lid, 1°, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, ingevoegd bij wet van 23 december 2009, bepaalt dat voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 65/14 en 65/15, namelijk het verzoek tot vernietiging en het verzoek tot schorsing van de in de laatstgenoemde wetsartikelen bedoelde beslissingen, de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de verhaalinstantie is “wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State”.

Deze bepaling lijkt van toepassing op de voorliggende verdediging tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de verwerende partij van 14 november 2012 om de verzoekende partij uit te sluiten van de in het geding zijnde overheidsopdracht.

Overeenkomstig voormeld artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarnaar de voornoemde bepaling verwijst, mag de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State enkel kennis nemen van beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen van de

onderscheiden administratieve overheden en van de wetgevende vergaderingen of hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblées, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

8. Het Hof van Cassatie heeft onder meer in zijn arrest van 14 februari 1997 (C.96.0211) inzake nv Gimvindus geoordeeld dat instellingen opgericht of erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of wetgevende macht, in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden, maar dat het toevertrouwen aan een naamloze vennootschap van een taak van algemeen belang, ook al is zij opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan een verregaande controle van de overheid, deze haar privaatrechtelijk karakter niet doet verliezen, ingeval zij geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden.

In het arrest van 10 juni 2005 (C.04.0278) inzake de cvba Gewestelijke Maatschappij voor de Kleine Landeigendom stelt het Hof van Cassatie in dezelfde zin dat een vennootschap, die, ook al is zij opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan de controle van de overheid, geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, niet de aard heeft van een administratieve overheid en dat hiervoor niet terzake doet dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd.

9. Uit de subsidiaire rechtsmacht van de Raad van State – als administratief rechtscollege – en uit de voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie mag het vermoeden worden afgeleid dat de Raad van State niet over rechtsmacht beschikt indien de verwerende partij een private rechtspersoon is,

aangezien deze in principe niet over de bevoegdheid beschikt om eenzijdig bindende beslissingen te nemen. Dit is echter anders indien het tegenbewijs wordt geleverd en aangetoond wordt dat dergelijke beslissingsmacht wel tot de bevoegdheid van die rechtspersoon behoort en bovendien kan worden betrokken op de bestreden beslissing.

10. Te dezen betreft de bestreden beslissing een beslissing in het raam van de gunning van een overheidsopdracht genomen door de raad van bestuur van de cvba Jobpunt Vlaanderen met betrekking tot het verlenen van HR-Consultancy diensten aan Jobpunt Vlaanderen ten behoeve van haar vennoten.

Jobpunt Vlaanderen, verwerende partij, is een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap. Jobpunt Vlaanderen werd opgericht op grond van het decreet van 2 maart 1999 ‘tot machtiging van de Vlaamse regering om een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten voor de uitvoering van opdrachten met betrekking tot de werving en selectie van overheidspersoneel’.

Artikel 2 van dit decreet zoals het van kracht was op het ogenblik van de oprichting van Jobpunt Vlaanderen bepaalde:

“De Vlaamse regering wordt gemachtigd om namens de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest en desgevallend, samen met het Vlaams Parlement, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, een of meer provincies, een of meer gemeenten, een of meer OCMW's, een of meer intercommunales, een of meer instellingen, verenigingen of bedrijven die van deze instellingen afhangen of door hen gecontroleerd worden en de Vlaamse Vereniging voor Steden en Gemeenten, een vennootschap op te richten die de rechtsvorm heeft van een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid waaraan de uitvoering van de in artikel 3 vermelde taken worden toevertrouwd, overeenkomstig het bepaalde in artikel 4.

De in het eerste lid bedoelde overheden, instellingen, bedrijven en verenigingen die niet hebben deelgenomen aan de oprichting, kunnen hetzij op eigen verzoek hetzij op verzoek van de Vlaamse regering toetreden tot de in het eerste lid bedoelde vennootschap.

Het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap dienen steeds direct of

indirect te beschikken over ten minste de helft plus één van de aandelen in het kapitaal van de vennootschap.”

Conform voormeld artikel werd Jobpunt Vlaanderen opgericht onder de rechtsvorm – volgens artikel 2 van de statuten – van een “coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid van privaatrecht” bij notariële akte van 9 juli 1999 bij uittreksel gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 24 juli 1999.

Bij decreet van 7 mei 2004 wordt het voormelde decreet van 2 maart 1999 gewijzigd en wordt daarbij aan artikel 2 onder meer een paragraaf 2 toegevoegd:

“§ 2. De in artikel 2, § 1, vermelde coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap als bedoeld in artikel 29 van het Kaderdecreet.”

11. Artikel 3 van het voormeld decreet van 2 maart 1999 bepaalt de opdracht van Jobpunt Vlaanderen:

“§ 1. Het agentschap heeft de volgende taken:

- 1° het instaan voor de uitvoering van opdrachten inzake werving, selectie en bevordering van statutair en contractueel overheidspersoneel welke haar worden toevertrouwd door haar leden;
- 2° haar leden professioneel begeleiden bij de rekrutering en selectie van hun statutair en contractueel overheidspersoneel, alsook bij de realisatie van hun personeelsbeleid;
- 3° instaan voor de coördinatie en materiële uitvoering van de aan haar toevertrouwde aanwervingsexamens voor het statutair personeel van de Vlaamse ministeries;
- 4° de herplaatsing van contractuele en statutaire personeelsleden van de diensten van de Vlaamse overheid;
- 5° het beheer van de interfederale mobiliteit;
- 6° het beheer van de beleidsdomeinoverschrijdende mobiliteit van de diensten van de Vlaamse overheid;
- 7° het beheer van de reserves van aanwervingsexamens en van de beleidsdomeinoverschrijdende bevorderingsexamens voor de diensten van de Vlaamse overheid;
- 8° de organisatie van de vervangingspool voor de diensten van de

Vlaamse overheid en de SERV;

9° aanverwante diensten ontwikkelen en presteren zoals onder meer de ondersteuning bij evaluaties van personeelsleden, de organisatie van potentieelinschattingen, potentieelinschattingen door middel van de assessment center methode, evenals de organisatie van overgangs- en bevorderingsproeven en mobiliteitselecties;

10° alle activiteiten die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdragen tot de realisatie van haar doeleinden.

§ 2. Het agentschap is exclusief bevoegd voor de volgende taken:

1° de taken vermeld in artikel 3, § 1, 1°, die het agentschap uitoefent ten behoeve van de Vlaamse ministeries, wat betreft de statutaire personeelsleden;

2° de taken vermeld in artikel 3, § 1, 2°, die het agentschap uitoefent ten behoeve van de Vlaamse ministeries;

3° de taken vermeld in artikel 3, § 1, 3° tot 8°;

4° alle andere taken die haar krachtens een beslissing van de Vlaamse Regering exclusief worden toevertrouwd.

§ 3. Het agentschap is verplicht de door haar leden opgedragen taken uit te voeren.”

Uit de aldus aangehaalde bepaling waar verzoekende partij naar verwijst, kan niet meteen worden afgeleid dat verwerende partij over de bevoegdheid zou beschikken om beslissingen te nemen die derden kunnen binden.

12. Zulks blijkt *prima facie* evenmin uit artikel 5.7., § 3, van het besluit van de Vlaamse regering ‘houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid’, waarvan verzoekende partij gewag maakt.

Hierin wordt immers enkel zonder meer bepaald: “Jobpunt Vlaanderen stelt aan de opdrachtgever een lijst met geschikte kandidaten voor”.

13. Ten slotte kan ook uit het voormelde arrest van de Raad van State niet decisief worden afgeleid dat verwerende partij de bevoegdheid zou hebben om beslissingen te nemen die derden kunnen binden. Betreffende verwerende partij wordt in dat arrest enkel vastgesteld:

“6. Artikel V 7 van het besluit van de Vlaamse regering van 13 januari 2006 houdende vaststelling van de rechtspositie van het personeel van de diensten van de Vlaamse overheid (hierna: het Vlaams Personeelsstatuut), zoals van toepassing ten tijde van de bestreden beslissingen, luidde als volgt:

“§ 1. De kandidaten worden geselecteerd in functie van de criteria bepaald in de artikelen V 5 en V 6 door of met bemiddeling van het Vlaams agentschap voor Rekrutering en Selectie.

§ 2. Indien voor de toepassing van § 1 beroep gedaan wordt op een selectiebureau, legt de Vlaamse minister bevoegd voor de bestuurszaken het selectiebureau dat voorgedragen wordt door het Vlaamse agentschap voor Rekrutering en Selectie ter bekrachtiging voor aan de Vlaamse regering.

§ 3. Het Vlaams agentschap voor Rekrutering en Selectie stelt aan de opdrachtgever een lijst met geschikte kandidaten voor.”

Uit deze bepalingen blijkt dat de selectie van de kandidaten gebeurt door toedoen van het Vlaams agentschap voor Rekrutering en Selectie, thans Jobpunt Vlaanderen, hetzij doordat het zelf die selectie uitvoert, hetzij doordat het daarvoor beroep doet op een extern selectiebureau. In de beide gevallen wordt de lijst van geschikte kandidaten door Jobpunt Vlaanderen aan de opdrachtgever voorgelegd.

Deze verantwoordelijkheid van Jobpunt Vlaanderen voor de selectie wordt bevestigd door de stukken van het administratief dossier waaruit blijkt dat bij de selectie van leidinggevend externe selectiebureaus “worden ingehuurd op basis van een door Jobpunt Vlaanderen [...] gegunde raamovereenkomst”.

In de voorliggende zaak heeft Jobpunt Vlaanderen de selectie van de kandidaten gegund aan het selectiebureau De Witte & Morel. De beslissingen die in het kader van de selectie door het selectiebureau werden genomen, moeten aan Jobpunt Vlaanderen worden toegerekend, zo ook de beslissing dat “[verzoeksters] profiel in onvoldoende mate in overeenstemming [blijkt] te zijn met het gevraagde functieprofiel”, die door Jobpunt Vlaanderen met een brief van 20 juli 2006 aan de verzoekster werd meegedeeld. Het rapport dat de eindconclusie van de selectie bevat, namelijk dat de verzoekster niet geschikt is, omdat ze in onvoldoende mate beschikt over de vereiste competenties om de functie van adjunct-leidend ambtenaar op te nemen, vermeldt als hoofding overigens niet alleen de naam van het selectiebureau, maar evenzeer van Jobpunt Vlaanderen.

Weliswaar gebeurden de selectieverrichtingen van Jobpunt Vlaanderen te dezen in opdracht van de Vlaamse overheid, de tweede verwerende partij, maar dit neemt niet weg dat Jobpunt Vlaanderen best geplaatst is om het verweer omtrent de wettigheid van die verrichtingen te voeren, zodat het als verwerende partij in de zaak behouden moet blijven”.

14. Uit dit – in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid noodgedwongen – summier onderzoek, namelijk van de gegevens aangebracht

door de verzoekende partij, die ook voor een spoedeisend ambtshalve onderzoek redelijkerwijze als toetsingsgegevens lijken te volstaan, kan in onderhavige zaak niet *prima facie* worden afgeleid dat verwerende partij over een bevoegdheid beschikt om beslissingen te nemen die derden kunnen binden.

15. Vooral echter toont verzoekende partij niet aan dat, mocht verwerende partij toch over een dergelijke beslissingsbevoegdheid in een bepaalde materie zou beschikken, dat te dezen juist van deze bevoegdheid gebruik is gemaakt om de aangevochten beslissing te nemen. Op het eerste gezicht betreft hier de bestreden beslissing, genomen in het raam van de gunning van een overheidsopdracht, immers niet de voormelde bevoegdheden inzake personeelszaken.

16. De conclusie is bijgevolg dat de exceptie waarbij de rechtsmacht van de Raad van State wordt afgewezen, de vereiste hoge graad van ernst vertoont om te worden aangenomen. De vordering tot schorsing wordt dienvolgens verworpen.

V. Kosten

17. Indien de door artikel 65/24, eerste lid, van de voormelde wet van 24 december 1993 met rechtsmacht toebedeelde verhaalsinstantie, deze rechtsmacht afwijst, rijst een probleem dat niet lijkt geregeld door de wetgever, namelijk of de in artikel 65/11 van meer vermelde wet voorgeschreven wachttermijn nog geldt.

Te dezen is er in dat verband de bijzondere omstandigheid dat verwerende partij in haar kennisgeving van de bestreden beslissing de vordering bij de Raad van State heeft vermeld als beroepsmogelijkheid.

Het lijkt dat verwerende partij aldus in strijd met de zorgvuldigheidsplicht zou handelen, mocht zij de gunningsbeslissing aan de

gekozen inschrijver betekenen, en een contract tot stand doen komen, zonder te wachten op de uitkomst van een eventueel verhaal van verzoekende partij voor de gewone rechter. Het is ook wegens de voormelde bijzondere omstandigheid dat het passend is, verwerende partij in de kosten van de voorliggende vordering te verwijzen.

VI. Dwangsom

18. Er is geen reden om de gevraagde dwangsom op te leggen, aangezien deze overeenkomstig artikel 65/15 van de voormelde wet van 24 december 1993 enkel bij schorsing kan worden uitgesproken.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing en tot het opleggen van een dwangsom.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 januari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Bram Van Thillo, griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest