

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.726 van 21 maart 2017

in de zaak A. 221.525/XII-8317

In zake: de BVBA NEXUS INTEGRITY CONSULTING
gevestigd te 9200 Dendermonde
Weggevoerdenstraat 58
waar woonplaats wordt gekozen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jaak Haentjens
kantoor houdend te 9160 Lokeren
H. Hartlaan 56

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Antwerpse Steenweg 47
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit tot gunning [...], op 31 januari 2017 en verstuurd op 3 februari 2017, genomen door het bestuur van OCMW Gent waarbij de raamovereenkomst voor consultancy van integriteitsbeleid – besteknummer FM/2016/113 – werd gegund aan Governance & Integrity Belgium”.

De verzoekende partij vraagt tevens om een dwangsom op te leggen van 840 euro per dag.

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 maart 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederik Haentjens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire 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 voor diensten uit, met als voorwerp “raamovereenkomst voor consultancy van integriteitsbeleid”. De opdracht met een looptijd van 12 maanden is drie maal verlengbaar met telkens 12 maanden, en heeft een geraamde waarde over vier jaar van 42.975,21 euro, btw niet inbegrepen.

De gekozen gunningswijze is de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en het bestek FM/2016/113 is van toepassing.

3.2. Blijkens artikel 3 van het bestek treedt de verwerende partij op als opdrachtcentrale in de zin van artikel 2, 4°, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), onder meer voor de stad Gent.

Artikel 11 omschrijft de gunningscriteria als volgt:

“De beoordeling van de offertes gebeurt aan de hand van volgende criteria in afnemende mate van belang:

- 1) Prijs (op basis van de in de inventaris opgegeven indicatieve hoeveelheden en de door de inschrijver in te vullen eenheidsprijzen).
- 2) Service en kwaliteit van de dienstverlening:
[...]
- 3) Partnerschap en klantgerichtheid:
[...].”

3.3. De verwerende partij nodigt bij e-mailbericht van 21 november 2016 de volgende zes ondernemingen uit om een offerte in te dienen tegen uiterlijk 12 december 2016 om 10 uur: Governance & Integrity België, de bvba Diversity, de bvba Nexus Integrity Consulting – dit is de verzoekende partij, de cvba I-Force, de vzw SD Worx en de vof Essentie.

3.4. Governance & Integrity België, de bvba Diversity, de verzoekende partij en de cvba I-Force dienen een offerte in.

De prijzen zijn de volgende:

Nr.	Naam	Prijs incl. btw
1	Governance & Integrity België	€ 55.902,00
2	bvba Diversity	€ 54.692,00
3	bvba Nexus Integrity Consulting	€ 45.012,00
4	cvba I-Force	€ 52.030,00

3.5. Volgens de nota kregen alle inschrijvers de mogelijkheid een verbeteringsvoorstel in te dienen. Governance & Integrity België, de verzoekende partij en de cvba I-Force dienen een verbeterde offerte in.

3.6. Met e-mailberichten van 20 december 2016 worden de inschrijvers uitgenodigd hun offerte mondeling toe te lichten op 16 januari 2017.

Met e-mailberichten van 23 december 2016 en 9 januari 2017 verstrekt de verwerende partij meer toelichting bij de bijeenkomst van 16 januari 2017 en de elementen die zij verduidelijkt wenst te zien.

3.7. Volgens de nota werden de inschrijvers in navolging van deze toelichtingen verzocht een BAFO in te dienen tegen uiterlijk 17 januari 2017 om 12 uur.

Governance & Integrity België, de verzoekende partij en de bvba Diversity dienen vervolgens een BAFO in.

3.8. In een verslag van nazicht van 17 januari 2017 worden alle inschrijvers die een offerte indienden, geselecteerd en worden de offertes regelmatig bevonden. Tevens wordt aangegeven dat alle inschrijvers de kans kregen om nieuwe prijzen te formuleren op grond van de bestaande inventarissen. De prijzen na onderhandelingen zijn de volgende:

Nr.	Naam	Prijs incl. btw*
1	Governance & Integrity België	€ 39.930,00
3	bvba Nexus Integrity Consulting	€ 40.656,00
4	cvba I-Force	€ 49.852,00
2	bvba Diversity	€ 52.030,00

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria. Dit leidt tot de volgende conclusie:

“Aangezien de verschillende inschrijvers naar service en kwaliteit van de dienstverlening, alsook naar partnerschap en klantgerichtheid, gelijkwaardig zijn aan elkaar, baseren we ons op de prijs van deze dienstverlening om Governance & Integrity België te weerhouden.”

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan Governance & Integrity België.

3.9. Op 30 januari 2017 keurt het bijzonder comité Personeel en Organisatie van de verwerende partij het verslag van nazicht goed en gunt de opdracht aan Governance & Integrity België voor een bedrag van 33.000 euro, btw niet inbegrepen, of 39.930 euro, btw inbegrepen.

3.10. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief met daarop een stempel “verstuurd op 03 feb 2017 OCMW Gent”, wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat het bijzonder comité Personeel en Organisatie op 30 januari 2017 de opdracht heeft gegund aan Governance & Integrity België. De gemotiveerde gunningsbeslissing zou zijn bijgevoegd. Wat de verzoekende partij als stuk 1 bij haar verzoekschrift voegt is het gunningsverslag.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt in haar nota onder meer een exceptie *obscuri libelli* op. Het verzoekschrift geeft volgens haar op geen enkele wijze aan welke rechtsbepaling of welk rechtsbeginsel de verwerende partij zou hebben geschonden met de bestreden beslissing, zodat een uiteenzetting van middelen ontbreekt.

Beoordeling

5. Het “eensluidend verklaard afschrift” van het verzoekschrift, zoals op 20 februari 2017, ter griffie neergelegd, luidt:

“Raad van State – Verzoekschrift tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het voorstel tot gunning wegens uiterst dringende noodzakelijkheid. (Art. 17 R.v.St. - Wet - Art. 2 en 8 Procedurereglement R.v.St.)
[...]

Dat verzoeker overeenkomstig artikel 14 §1 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State, met een afzonderlijk verzoekschrift de nietigverklaring zal vorderen, wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen of overschrij[d]ing of afwending van macht van het besluit tot gunning (nummer), op 31 januari 2017 en verstuurd op 3 februari 2017, genomen door het bestuur van OCMW Gent, waarbij de raamovereenkomst voor consultancy van integriteitsbeleid – besteknummer FM/2016/113 – werd gegund aan Governance & Integrity Belgium.

Dat hij met dit verzoekschrift wegens de uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging van voormeld besluit vordert op de hierna vermelde feitelijke en juridische gronden;

I. De feiten

Dat de feitelijke omstandigheden die tot deze procedure aanleiding hebben gegeven, kunnen worden samengevat als volgt:

De gunningsprocedure van OCMW Gent voor de raamovereenkomst voor consultancy van integriteitsbeleid niet verliep volgende juiste procedure en het gunningsverslag minstens de schijn van beoordeling van één dienstverlener weergeeft.

II. Feiten en gegevens die het bevelen van de voorlopige schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid verantwoorden.

Dat de uiterst dringende noodzakelijkheid waarom dit verzoek tot schorsing wordt ingediend, te vinden is in het feit dat

1. het gunningsverslag enkel de prijs en niet de beoordeling van de kwaliteit van de verschillende dienstverleners weergeeft
2. de kwaliteit bij alle dienstverleners gelijk was en toch niet werd gekozen voor het beste prijsvoorstel dat de eerste maal binnen de raming viel.
3. dat de uiteindelijke gegunde dienstverlener, nl. Governance & Integrity Belgium, een definitieve prijs kan voorstellen die dertig procent lager ligt dan hun oorspronkelijke prijsvoorstel, net onder de prijs van de verzoekende partij en zonder dat daarbij een onderzoek naar belangenvermenging plaats vond.

III. Feiten die het bevelen van de schorsing verantwoorden

Dat de onmiddellijk tenuitvoerlegging van de bestreden akte een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel kan berokkenen; dat immers de raamovereenkomst het advies en de screening van het integriteitsbeleid in de verschillende diensten van de Stad en OCMW betreft, waaronder ook de screening van de aankoopprocedures en interne controle deel uitmaken van de opdracht. Als dit mogelijk is voor deze gunning lopen ook andere dienstverleners gevaar dat voorafgaandelijk afspraken gemaakt worden met favoriete dienstverleners en zijn er ernstige gevolgen

- voor de juiste interpretatie van de Wet op de Overheidsopdrachten
- voor het imago van overheidsinstanties
- voor een eerlijke concurrentie en fair play ten opzichte van andere partijen in gunningsprocedures.
- voor een goede start van het integriteitsbeleid van Stad en OCMW Gent.

IV. De ernstige middelen tot nietigverklaring

Dat verzoeker in zijn beroep tot nietigverklaring onder meer de navolgende ernstige middelen zal aanvoeren:

- Belangenvermenging aan zijde van de overheid (cf. art 8 Wet Overheidsopdrachten en art.22 KB Plaatsing)
- Geheimhouding (artikel, eerste lid Wet Overheidsopdrachten)
- Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (Onderzoek naar belangenvermenging en geheimhouding)

Dat verzoeker ten bewijze van de gestelde feiten de genummerde en gebundelde stukken voorlegt, waarvan hieronder de inventaris wordt opgegeven;

V. Dwangsom

Dat het opleggen van een dwangsom met toepassing van art 17, § 5, van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State zich opdringt, daar Nexus IC de opdracht heeft mislopen door mogelijk favoritisme in de toekenning aan een partij die gekend was door aanbestedende overheid.

Redenen waarom hij de Raad van State verzoekt:

het bovenstaand verzoek ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienovereenkomstig recht doende, de bestreden beslissing in haar onmiddellijke tenuitvoerlegging te schorsen bij wege van uiterst dringende noodzakelijkheid, onder verbeurte van een dwangsom van 840 euro per dag.
[...].”

Het “origineel”, maar in feite opnieuw een “voor eensluidend verklaard” op 21 februari 2017 aangetekend verzonden verzoekschrift is identiek behoudens dat in punt IV, tweede streepje, tussen “artikel” en “eerste lid” handgeschreven is toegevoegd “11 §”.

6. Luidens artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bevat het verzoekschrift tot nietigverklaring “het voorwerp van de eis, aanvraag of beroep en een uiteenzetting van de feiten en de middelen”. Artikel 16 van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’, bepaalt in zijn eerste paragraaf dat, als de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering tot schorsing, onder meer de vermelding bevat “5° indien het beroep tot nietigverklaring nog niet is ingediend, een uiteenzetting van de feiten en middelen die de nietigverklaring van de akte of het reglement kunnen rechtvaardigen”.

Onder “middel” in de zin van deze bepalingen moet worden verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel en van de wijze waarop die regel naar het oordeel van een verzoekende partij door de bestreden handeling wordt geschonden. “Voldoende duidelijk” betekent dat geen veronderstellingen moeten worden gemaakt over de juiste bedoelingen van de verzoekende partij, waardoor in werkelijkheid de verwerende partij, en nadien de Raad van State ertoe worden gebracht in de plaats van de verzoekende partij het verzoekschrift te redigeren.

Een middel dat met een schorsingsvordering wordt aangebracht dient voorts, om als ernstig te kunnen worden aangemerkt, dermate duidelijk te zijn dat het bij de eerste lezing meteen aannemelijk is dat op grond van dit middel

een nietigverklaring kan worden uitgesproken, zonder dat een doorgedreven onderzoek van het middel noodzakelijk is. In een schorsingsprocedure die zoals de huidige, dan nog is ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is zulks des te meer het geval, omdat het onderzoek van de Raad van State in die procedure uiterst snel moet kunnen verlopen.

7. De vraag of een voldoende duidelijk middel is aangevoerd, wordt hierna onderzocht samen met de vraag of een grief, indien ontvankelijk, een “ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid” aantoonst zoals vereist door artikel 15, eerste lid, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 17 juni 2013), bepaling die via artikel 31 ook van toepassing is op opdrachten die de Europese drempels niet bereiken. Ook de verwerende partij besluit in de nota trouwens dat het verzoekschrift niet ontvankelijk is, “minstens niet ernstig”.

8. Samen genomen met de begeleidende brief bij het verzoekschrift zoals op 20 februari 2017 ter griffie neergelegd, lijkt de uiteenzetting onder punt II in het verzoekschrift niet zozeer bedoeld om de uiterst dringende noodzakelijkheid aan te tonen, maar veeleer de ingeroepen grieven te bevatten.

In de eerste plaats stelt de verzoekende partij dat “het gunningsverslag enkel de prijs en niet de beoordeling van de kwaliteit van de verschillende dienstverleners weergeeft”. De verzoekende partij verduidelijkt hierbij geenszins welke onrechtmatigheid zij aldus aanklaagt, meer bepaald welke rechtsbepaling of rechtsbeginsel zij door die feitelijkheid geschonden acht.

Bijgevolg lijkt dit betoog van de verzoekende partij niet te mogen worden aangemerkt als een ontvankelijk middel. Dit geldt des te meer nu de feitelijke grief, zo lijkt, in verband zou kunnen worden gebracht met diverse rechtsbepalingen en rechtsbeginselen, hetgeen te verwachten is in het uitvoerig gereguleerde domein van de overheidsopdrachten.

In ieder geval lijkt de verzoekende partij in deze grief voorbij te gaan aan de beoordeling van de kwaliteit in het verslag van nazicht waarop de bestreden beslissing steunt zodat de grief minstens feitelijke grondslag mist.

9. Voorts betoogt de verzoekende partij in voormeld punt II dat “de kwaliteit bij alle dienstverleners gelijk was en toch niet werd gekozen voor het beste prijsvoorstel dat de eerste maal binnen de raming viel”. Ook hier wijst zij geen enkele rechtsbepaling of rechtsbeginsel aan waaruit zou moeten blijken dat de verwerende partij in het kader van een onderhandelingsprocedure niet meer zou mogen onderhandelen van zodra zij een voorstel ontvangt dat binnen de raming valt. Ook voor de verzoekende partij zelf werd trouwens rekening gehouden met een verbeterd prijsvoorstel.

10. Ten slotte doet de verzoekende partij in voormeld punt II nog gelden “dat de uiteindelijke gegunde dienstverlener, nl. Governance & Integrity Belgium, een definitieve prijs kan voorstellen die dertig procent lager ligt dan hun oorspronkelijke prijsvoorstel, net onder de prijs van de verzoekende partij en zonder dat daarbij een onderzoek naar belangenvermenging plaats vond”.

De verzoekende partij verwijst opnieuw niet uitdrukkelijk naar een specifieke rechtsbepaling of rechtsbeginsel die de verwerende partij zou hebben geschonden, en gaat voorbij aan het feit dat het te dezen een onderhandelingsprocedure betreft, dat ook daadwerkelijk werd onderhandeld en dat het eigene aan een dergelijke procedure is dat een inschrijver die misschien initieel wel het beste voorstel indiende, dit voordeel kan zijn verloren na het voeren van onderhandelingen.

Zelfs indien aangenomen zou worden dat via de verwijzing naar “belangenvermenging”, of samen genomen met de verwijzingen onder punt IV van het verzoekschrift, het voldoende duidelijk is dat verwezen wordt naar artikel 8 van de wet van 15 juni 2006 of artikel 22 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatting), wordt geenszins concreet onderbouwd waarom het feit dat een definitieve prijs wordt voorgesteld die lager ligt dan het oorspronkelijke prijsvoorstel belangenvermenging in de zin van dat artikel 8 zou aantonen.

Het is voorts niet voldoende duidelijk dat in wezen de schending van de geheimhoudingsplicht bedoeld zou zijn.

In ieder geval wordt niet concreet aangetoond dat en op welke wijze de verwerende partij die bepaling of de “geheimhouding” zou hebben geschonden. Elke inschrijver kreeg de kans een verbeteringsvoorstel en BAFO in te dienen en zowel de gekozen inschrijver, de verzoekende partij als de bvba Diversity verbeterden in hun BAFO hun prijsvoorstel.

11. Wat de bepalingen opgesomd onder punt IV van het verzoekschrift betreffen, kan met de verwerende partij, zeker in een letterlijke lezing, worden opgemerkt dat deze niet lijken te zijn ingeroepen in de huidige schorsingsprocedure nu het, volgens het verzoekschrift zelf, gaat om middelen die de verzoekende partij, in haar “beroep tot nietigverklaring” “zal” inroepen.

Indien, welwillend, bij lectuur van het verzoekschrift in zijn geheel ook in de voorliggende procedure met deze opsomming rekening wordt gehouden, wordt herhaald dat de verwijzing naar artikel 8 van de wet van 15 juni 2006 en artikel 22 van het koninklijk besluit Plaatsing, de grief inzake het gebrek aan onderzoek naar belangenvermenging hiervoor besproken niet ernstig maakt om de reeds besproken redenen. Dit geldt ook voor de verwijzing naar “Geheimhouding” en “artikel, eerste lid Wet Overheidsopdrachten”, ook indien aangenomen wordt dat hiermee ook reeds in de versie van het verzoekschrift zoals ingediend op 20 februari 2017, voldoende duidelijk artikel 11 wordt bedoeld.

12. Onder punt V “Dwangsom” van het verzoekschrift is nog sprake van het mislopen van de opdracht “door mogelijk favoritisme in de toekenning aan een partij die gekend was door aanbestedende overheid”.

Er blijkt niet, minstens niet voldoende, duidelijk dat deze opmerking bedoeld is als middel en niet veeleer als reden waarom een dwangsom nodig wordt geacht. Indien bedoeld als een middel, lijkt alleen al deze formulering van de grief – “mogelijk favoritsme” – een reden om te besluiten dat hij niet

ontvankelijk is, of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

In ieder geval wordt opnieuw niet verduidelijkt welke rechtsregel of welk beginsel geschonden wordt geacht en ontbreekt elk bewijs of zelfs begin van bewijs van dit “favoritisme”.

13. Bijgevolg moet de exceptie *obscuri libelli* betreffende de uiteenzetting van de middelen in de huidige stand van het geding worden aanvaard en het verzoekschrift tot schorsing als niet-ontvankelijk worden verworpen. Minstens toont de uiteenzetting geen ernstig middel aan zodat niet voldaan is aan de schorsingsvoorwaarde van artikel 15, eerste lid, van de wet van 17 juni 2013.

V. Dwangsom

14. *In fine* van het verzoekschrift vraagt de verzoekende partij de vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en “dienovereenkomstig recht doende, de bestreden beslissing in haar onmiddellijke tenuitvoerlegging te schorsen bij wege van uiterst dringende noodzakelijkheid, onder verbeurte van een dwangsom van 840 euro per dag”.

Zij meent dat het opleggen van een dwangsom met toepassing van artikel “17, § 5”, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 (hierna: gecoördineerde wetten op de Raad van State) zich opdringt, daar zij “de opdracht heeft mislopen door mogelijk favoritisme in de toekenning aan een partij die gekend was door aanbestedende overheid”.

Beoordeling

15. Het ingeroepen artikel 17, § 5, is vreemd aan de vordering een dwangsom op te leggen en zoals de verwerende partij terecht vermoedt, wordt duidelijk artikel 17, § 8, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoeld:

“Het arrest dat de schorsing, de voorlopige schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of een reglement of voorlopige maatregelen

beveelt, kan op vordering van de verzoekende partij een dwangsom opleggen aan de betrokken overheid. In dat geval is artikel 36, §§ 2 tot 5, van toepassing.”

16. Nu de gevraagde schorsing niet wordt bevolen, is er in ieder geval geen reden om het verzoek tot het opleggen van een dwangsom in te willigen.

VI. Besluit en kosten

17. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is niet ontvankelijk.

18. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ aan de verwerende partij het gevorderde basisbedrag van 700 euro rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid en tot het opleggen van een dwangsom.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 maart 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,

kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest