

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 77.153 van 24 november 1998
in de zaak A. 80.991/XII-1686.**

In zake : de c.v.b.a. ANDERSEN CONSULTING,
die woonplaats kiest bij
Advocaten S. DE KEYSER en R. MARTENS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Wildewoudstraat 16-17

tegen :

de Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd
door de Vlaamse regering,
die woonplaats kiest bij
Advocaat D. D'HOOGE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de
c.v.b.a. ANDERSEN CONSULTING op 6 november 1998 heeft
ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de
schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "het
besluit houdende uitsluiting van verzoekende partij uit
de aanbestedingsprocedure voor de overheidsopdracht
inzake procesimplementatie en personeelsplanning zoals
aan haar betekend bij schrijven van 23 oktober 1998";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 10 november 1998
waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 november
1998 om 10.30 uur, op welke datum de zaak in
voortzetting wordt uitgesteld tot de terechtzitting van
19 november 1998 om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaten S. DE KEYSER en R. MARTENS, die verschijnen voor de verzoekende partij, van Advocaat D. D'HOOOGHE, en van Advocaat B. SCHUTYSER, die loco Advocaat D. D'HOOOGHE, verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur J. STEVENS;

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;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij verklaart, en verzoekster ontkent niet dat de litigieuze opdracht werd uitgeschreven in het kader van het sedert 1993 binnen het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap gestarte project H.O.O.P. (Homogene Organisatie en Ontwikkelingsplannen). Dit project gaat ervan uit dat de organisatie, namelijk het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, in grote mate functie is of moet zijn van de processen die in de schoot van die organisatie moeten gebeuren. Door een beschrijving van de processen die door de organisatie moeten worden verwerkt, kan ook worden gekomen tot een betere organisatie zelf.

In het kader van dat project werd meerdere malen een beroep gedaan op een externe consultant, zijnde ANDERSEN CONSULTING. Daartoe werden -onderhands- een aantal contracten gesloten, te weten, met het oog op een studieopdracht ter begeleiding van het opstellen van de organisatie-, ontwikkelings- en informatiestuurplannen van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap van 27 mei 1993, het opmaken van een Implementatieplan (aangeven hoe stapsgewijs kan worden overgegaan van de "huidige situatie" naar de

"toekomstige situatie", zowel op het vlak van strategie en visie, als op het vlak van processen, technologie en personeel), en een overeenkomst inzake de studieopdracht ter begeleiding van de implementatie van de homogene organisatie-ontwikkelingsplannen (HOOP) van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap van 30 november 1995. De laatste van deze overeenkomsten liep af op 30 november 1996. Er werd voorzien in een maximale verlenging met drie maanden.

1.2. Op 25 juli 1997 hecht de Vlaamse regering haar goedkeuring aan het uitschrijven van een bestek met betrekking tot het inschakelen van een externe deskundige voor het begeleiden van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap bij de verdere implementatie van de procesprojecten (PIP) en het opstellen en de implementatie van de personeelsplannen (PEP).

Op 22 juli 1998 wordt deze beslissing op een aantal punten gewijzigd, inzonderheid wat betreft de wijze van gunnen (onderhandelingsprocedure met naleving van de bekendmakingsregels in plaats van offerte-aanvraag) en de rapportering.

Met betrekking tot het punt "5. Onverenigbaarheden" vermeldt de nota aan de Vlaamse regering voorafgaand aan de beslissing van 22 juli 1998 :

"Met betrekking tot zowel procesimplementatie als personeelsplanning werd in het verleden reeds een grootschalige opdracht uitbesteed aan een externe ondersteuner. Zo werden in het kader van HOOP-1 in de verschillende departementen procesplannen opgemaakt. Hierbij werden op basis van interviews een aantal processen in kaart gebracht. In de meeste gevallen ging het om hoofdprocessen en ondersteunende processen die aan de hand van flow-charts in kaart werden gebracht. De nadruk lag vooral op het aanpassen van bestaande processen.

Gelet op het feit dat voorliggende opdracht nauw aansluit bij de opdracht die in het verleden is uitgevoerd, kan worden gesteld dat de voorafgaande opdracht betreffende procesprojecten (PIP) als een stuk voorbereiding dient te worden beschouwd voor het

finaliseren van de PIP's, waaraan vervolgens een personeelsplan (PEP) wordt gekoppeld. Hieruit volgt dat de bepalingen inzake onverenigbaarheden van toepassing zijn ten opzichte van het extern bureau waaraan de voorgaande opdracht reeds werd uitbesteed."

1.3. Op 14 augustus 1998 start het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Departement Algemene Zaken en Financiën, administratie personeelontwikkeling, een aanbestedingsprocedure voor de toewijzing van de overheidsopdracht inzake het adviseren en begeleiden van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap bij procesimplementatie en personeelsplanning. De gevolgde procedure is een onderhandelingsprocedure.

1.4. Op de uiterste datum van 8 september 1998 dient verzoekster haar kandidatuur in om ter zake een offerte te kunnen opmaken.

1.5. In het "Beoordelingsverslag van de kandidaturen voor het project inzake de implementatie van de procesprojecten en personeelsplannen" wordt ten aanzien van de kandidatuur van ANDERSEN CONSULTING het volgende overwogen :

"De beoordelingscommissie meent dat de kandidatuur van de firma Andersen Consulting moet worden uitgesloten van verdere deelneming aan de gunningsprocedure, niet omdat deze firma niet geschikt is, maar wel omdat aangenomen moet worden dat de huidige opdracht minstens ten dele is ontworpen, bestudeerd en voorbereid door Andersen Consulting.

Artikel 78, § 1, K.B. van 8 januari 1996 luidt als volgt : 'Iedere persoon die belast is met prestaties inzake ingenieurskunst, bouwkunst, studies of andere gelijkaardige prestaties, mag niet deelnemen aan de procedures voor de gunning van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, van leveringen of van diensten die deze persoon zelf ontworpen, bestudeerd of voorbereid heeft'.

De beoordelingscommissie is van oordeel dat dit artikel voor deze opdracht van toepassing is op de firma Andersen Consulting vermits zij in het verleden opdrachten hebben uitgevoerd die zeer nauw aansluiten

en samenhangen met de huidige opdracht. Dit wordt hierna verder toegelicht.

De opdracht die in het verleden door Andersen Consulting werd uitgevoerd betrof eveneens een opdracht van procesimplementatie en personeelsplanning. Zo heeft deze firma in het kader van HOOP-1 (Homogene organisatie Ontwikkelingsplannen) in de verschillende departementen procesplannen opgemaakt. Hierbij werden op basis van interviews een aantal processen in kaart gebracht. In de meeste gevallen ging het om hoofdprocessen en ondersteunende processen die aan de hand van flowcharts in kaart werden gebracht. De nadruk lag vooral op het aanpassen van bestaande processen. De tweede fase van HOOP omvatte de verdere uitwerking van procesplannen, de opmaak van informatiestructuurplannen en de opmaak van een methodologie voor de personeelsplanning van het volledige ministerie van de Vlaamse Gemeenschap. Tijdens HOOP fase 3 werden per departement een aantal procesplannen geïmplementeerd.

De huidige opdracht wil de opgedane ervaring en de geboekte resultaten met betrekking tot procesplanning en procesimplementatie verder laten renderen en veralgemenen in alle administraties en afdelingen. Dit kan bereikt worden door een verdere implementatie van reeds gemaakte procesplannen en door een analyse en implementatie van nieuwe kritische processen.

Een ander luik van de opdracht bestaat in het starten met de systematiek van het bepalen en het invullen van de personeelsconsequenties voor die domeinen waarvoor reeds procesplannen zijn opgesteld en geïmplementeerd. Concreet zal er gestart worden met de processen, die deel uitmaakten van HOOP fase 3 of die in vroegere fasen reeds grote veranderingen doormaakten op voorwaarde dat die veranderde processen een voldoende percentage van hun respectievelijke organisatorische entiteit afdekken.

Algemeen kan gesteld worden dat de huidige opdracht dezelfde finaliteit heeft als de vorige opdracht en eigenlijk alleen maar wil verder bouwen op hetgeen waar de vorige opdracht gestopt is. Tot de huidige opdracht behoren een aantal deelaspecten die reeds expliciet tot de vorige behoorden, zoals

- het finaliseren van reeds gestarte maar nog niet afgewerkte procesimplementatieprojecten;
- het implementeren van reeds gemaakte procesplannen;
- het bepalen en invullen van personeelsconsequenties voor die domeinen waarvoor reeds procesplannen zijn opgesteld en geïmplementeerd.

Al deze deelaspecten van deze opdracht zijn dermate verbonden met de vorige opdracht, waarop het een vervolg is, dat moet worden aangenomen dat de huidige opdracht minstens ten dele is ontworpen,

bestudeerd of voorbereid door Andersen Consulting (in het kader van een voorheen door haar uitgevoerde opdracht. In die omstandigheden moet de beoordelingscommissie besluiten dat er voor de firma Andersen Consulting) een onverenigbaarheid geldt".

1.6. Bij brief aan ANDERSEN CONSULTING van 23 oktober 1998 wordt deze ervan op de hoogte gesteld dat zij wegens onverenigbaarheden van verdere deelneming aan de gunningsprocedure werd uitgesloten, vermits zij de huidige opdracht minstens ten dele heeft ontworpen, bestudeerd en voorbereid.

1.7. Bij brief van 3 november 1998 verzoekt verzoekster tot een dringende heroverweging van de uitsluiting over te gaan en vervolgens haar opnieuw toe te laten tot de lopende aanbestedingsprocedure. Dit verzoek wordt ondersteund door argumenten die in het kader van de huidige procedure ook als annulatiemiddelen worden aangevoerd.

1.8. Op 6 november 1998 stelt de verzoekende partij de onderhavige vordering tot schorsing in.

2. Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.1.1. Overwegende dat de verzoekster in haar eerste onderdeel van een eerste middel de schending aanvoert 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; dat zij ter staving van

dat middel betoogt dat de feitelijke grondslag om haar op grond van die bepaling te weren niet aanwezig is, nu het daarin vervatte voorschrift dat de persoon die belast is met prestaties inzake ingenieurskunst, bouwkunst, studies of andere gelijkaardige prestaties niet mag deelnemen aan de procedures voor de gunning van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten die deze persoon zelf heeft ontworpen, bestudeerd of voorbereid, enkel van toepassing is op de bedoelde overheidsopdrachten die gericht zijn op of verband houden met ingenieurskunst of andere gelijkaardige prestaties, en niet op het adviseren en begeleiden van de administratie bij procesimplementatie en bij personeelsplanning; dat verzoekster een vergelijking maakt met artikel 50 van het vroegere koninklijk besluit van 22 april 1977, ten opzichte waarvan de nieuwe regeling het verbod wel heeft uitgebreid tot de opdrachten voor leveringen en diensten, doch het toepassingsgebied (ingenieurskunst, bouwkunst, studies of andere gelijkaardige prestaties) zelf niet heeft verruimd;

2.1.1.1. Overwegende dat artikel 78, § 1, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 als volgt luidt:

"Iedere persoon die belast is met prestaties inzake ingenieurskunst, bouwkunst, studies of andere gelijkaardige prestaties, mag niet deelnemen aan de procedures voor de gunning van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, van leveringen of van diensten die deze persoon zelf ontworpen, bestudeerd of voorbereid heeft.";

2.1.1.2. Overwegende dat die bepaling is overgenomen uit artikel 50, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, met dien verstande dat het verbod thans ook geldt met betrekking tot opdrachten van leveringen en diensten, wat niet het

geval was in het vroegere besluit; dat ook in de vroegere tekst reeds sprake was van "studies of andere gelijkaardige prestaties", waarvan niet zo maar kan worden vermoed dat deze enkel bedoeld waren als prestaties aanvullend bij ingenieurskunst en bouwkunst, ook al zal dat in de praktijk veelal het geval zijn geweest; dat in de logica ligt dat, wijl de nieuwe tekst nu ook van toepassing is op leveringen en diensten, "studies" daarbij niet louter slaat op prestaties welke vooral met werken hebben te maken en, als dat wel het geval was, hij in die zin zou zijn verduidelijkt;

2.1.2. Overwegende dat verzoekster in een tweede onderdeel van het middel aanvoert dat voornoemd artikel 78, § 1, alleszins beperkend moet worden geïnterpreteerd, in die zin namelijk dat de uitsluiting louter geldt voor de personen die deel genomen hebben aan het ontwerpen, bestuderen en voorbereiden van de procedure voor de gunning van de overheidsopdracht zelf, zoals opstellen van de aanbestedingsvoorwaarden, het bestek en andere onderdelen van de procedure, doch niet voor degenen die ooit diensten hebben geleverd aan de overheid, welke niet in dat begrip kunnen worden ingepast;

2.1.2.1. Overwegende dat uit de tekst zelf van de betrokken bepaling, en inzonderheid uit een vergelijking met de Franse versie ervan, kan worden afgeleid dat de woorden "ontworpen, bestudeerd of voorbereid" niet enkel slaan op "procedures", maar op de "opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten" zelf;

2.1.3. Overwegende dat verzoekster in een derde onderdeel van haar eerste middel, subsidiair aanvoert dat de sanctie van de uitsluiting enkel kan worden toegepast wanneer er belangenvermenging is doordat de ontwerper geneigd zal zijn het ontwerp op eigen maat uit te werken, en tevens de effectieve mededinging daardoor

aangetast wordt, doordat de gegadigde die de opdracht heeft voorbereid over voorkennis beschikt en aldus bevoordeeld is ten opzichte van de andere gegadigden;

2.1.3.1. Overwegende dat die twee cumulatieve voorwaarden geenszins blijken uit de tekst van artikel 78, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; dat zij voor een deel overigens in het verlengde liggen van het in het tweede onderdeel aangebrachte standpunt dat die bepaling enkel geldt voor zij die betrokken zijn geweest bij de gunningsprocedure; dat, in tegenstelling met paragraaf 2 van hetzelfde artikel, waar de tweede door verzoekster aangevoerde voorwaarde wel uitdrukkelijk is gesteld, veeleer ervan blijkt te zijn uitgegaan dat wie de opdracht heeft ontworpen, bestudeerd of voorbereid, moet worden vermoed een voordeel te genieten, dermate dat geen mededinging op voet van gelijkheid meer mogelijk is;

2.1.4. Overwegende dat verzoekster in een vierde onderdeel van haar eerste middel de schending van het redelijkheidsbeginsel aanvoert, doordat de sanctie van de uitsluiting werd toegepast zonder verzoekster daarvan vooraf in kennis te stellen;

2.1.4.1. Overwegende dat artikel 78, § 1, van het voornoemde koninklijk besluit niet voorziet in de kennisgeving van een voorgenomen uitsluiting; dat, weerom in tegenstelling met artikel 78, § 2, waar in de mogelijkheid wordt voorzien om rechtvaardigingen te leveren teneinde het niet bestaan of niet determinerend zijn te kunnen aantonen van bindingen met belanghebbende ondernemingen, er blijkbaar van wordt uitgegaan dat het beantwoorden aan de in artikel 78, § 1, gestelde toepassingsvoorwaarden volstaat om te vermoeden dat de betrokkene een ontoelaatbaar voordeel geniet; dat het beginsel van behoorlijk bestuur krachtens welk ieder die bedreigd wordt met een ernstige maatregel vooraf de

gelegenheid moet krijgen om zijn standpunt uiteen te zetten, ter zake geen belang vertoont voor verzoekster, daar zij vooraf een willig beroep heeft ingesteld waarvan de verwerende partij kennis heeft kunnen nemen;

2.1.5. Overwegende derhalve dat geen der onderdelen van het eerste middel als ernstig kan worden beschouwd;

2.2. Overwegende dat verzoekster in een tweede middel de schending van het beginsel van de niet-retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen aanvoert, doordat de uitsluiting van artikel 78, § 1, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat in werking is getreden op 1 mei 1997, werd toegepast op feiten welke plaats hebben gehad voor die inwerkingtreding, meer bepaald op een overeenkomst van 30 november 1995;

2.2.1. Overwegende dat ter zake voornoemd artikel 78, § 1, toegepast werd op een aanbestedingsprocedure welke werd aangekondigd in 1998; dat in beginsel nieuwe regelingen onmiddellijk van toepassing zijn op de toekomstige gevolgen van in het verleden tot stand gekomen rechtssituaties, zonder dat zulks een schending van het verbod van retroactiviteit inhoudt; dat de verbintenissen voortspruitende uit contracten met verzoekster gesloten voor 1 mei 1997 zulke rechtssituaties uitmaken, waarop vanaf die datum het verbod van artikel 78, § 1, van toepassing dient te worden verklaard; dat het middel niet ernstig is;

2.3. Overwegende dat verzoekster in ondergeschikte orde een derde middel aanvoert, waarin zij de schending van artikel 78, § 3, 1°, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van het vertrouwensbeginsel aanvoert; dat zij ter staving van dat middel erop wijst dat enerzijds volgens de ingeroepen bepaling de uitsluitingsregel van artikel 78,

§ 1, niet van toepassing is indien de overheidsopdracht tegelijkertijd betrekking heeft op het opmaken van het ontwerp en zijn uitvoering, en dat anderzijds in die mogelijkheid expliciet was voorzien door artikel 2.2.3. van de overeenkomst van 30 november 1995; dat zij dan betoogt dat ofwel de huidige opdracht een verdere implementatie vormt van de opdracht welke haar bij voornoemde overeenkomst was toevertrouwd en zij dan op grond van het vertrouwensbeginsel en het beginsel van de gewekte verwachtingen er moest kunnen op rekenen daar verder mee te worden belast, ofwel er helemaal geen verband tussen de twee opdrachten bestaat, en zij dan ook niet kon worden uitgesloten op grond van artikel 78, § 1;

2.3.1. Overwegende dat voor zover de Raad van State bevoegd zou zijn om het vertrouwensbeginsel toe te passen op grond van de bedingen van een overeenkomst, hij vaststelt dat de overeenkomst waarnaar verzoekster verwijst afliep op 30 november 1996 en de ingeroepen bedingen het louter over de mogelijkheid hebben om procesplannen verder te detailleren en te implementeren binnen die overeenkomst; dat van die mogelijkheid geen gebruik werd gemaakt voor 30 november 1996; dat het thans dus gaat om een nieuwe opdracht, waarop artikel 78, § 1, van toepassing is, en bij welke toepassing vroegere opdrachten verleend aan verzoekster, zoals die welke het voorwerp vormde van de overeenkomst van 30 november 1995, betrokken kunnen worden; dat het middel niet ernstig is;

2.4. Overwegende dat de verwerende partij in haar nota suggereert dat de Raad van State artikel 78, § 1, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 wegens onwettigheid onverbindend zou verklaren, inzonderheid omdat de Koning de opdracht welke hem is verleend door artikel 1, § 1, tweede lid, van de wet van 24 december 1993, betreffende de overheidsopdrachten en

sommige opdrachten voor aanneming van werken, levering en diensten, zou hebben overschreden en de vraag rijst of het artikel niet strijdig is met Europese richtlijnen of met het evenredigheidsbeginsel;

2.4.1. Overwegende, daargelaten de vraag of het hoe dan ook de Raad van State toekomt in het kader van een procedure van kort geding, dan nog bij uiterst dringende omstandigheden, verordeningen onverbindend te verklaren, zulks in die omstandigheden enkel denkbaar is wanneer de onwettigheid ervan evident is, zoals bijvoorbeeld wegens het niet vervuld zijn van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten of indien die onwettigheid voordien reeds in andere rechterlijke uitspraken werd vastgesteld; dat ter zake zulk een vaststelling naar weten van de Raad nog nooit werd gedaan, ook niet met betrekking tot artikel 50, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, ten aanzien waarvan de vroegere wet aan de Koning geen ruimere opdracht had verleend dan de wet van 24 december 1993; dat ook geen andere evidente oorzaak van onwettigheid kan worden ontwaard; dat op de suggestie van de verwerende partij niet kan worden ingegaan;

3. Overwegende dat, nu uit het bovenstaande blijkt dat aan een der voorwaarden van artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet is voldaan, de vordering toe schorsing moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing,
bepaald op zeventuizend frank, komen ten laste van de
verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op vierentwintig november
1900 achtennegentig, door :

de H. J. DE BRABANDERE, kamervoorzitter,
Mevr. S. DOMS, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.