RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 192.937 van 4 mei 2009
in de zaak A. 192.141//XII-5784.

In zake : Jozef PIRENNE,
die woonplaats kiest bij
advocaat F. Judo,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3

tegen :

de NV INFRABEL,
die woonplaats kiezen bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Jozef Pirenne op 8 april 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van "de beslissing van onbekende datum de kandidatuur van verzoekende partij niet te weerhouden bij het aanwijzen van commissarissen belast met een wettelijke opdracht van externe controle van geconsolideerde rekeningen (onder IFRS) in het kader van de NMBS groep (consortium BMBS (lees : NMBS) Holding en Infrabel)";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 9 april 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 april 2009, om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad P. Barra;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Judo, die verschijnt voor verzoeker, en van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit, met als gunningswijze de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, voor het aanwijzen van commissarissen belast met een wettelijke opdracht van externe controle van de geconsolideerde rekeningen (onder IFRS) in het kader van de NMBS Groep (consortium NMBS-Holding en Infrabel). Het betreft een opdracht van drie jaar, de boekjaren 2009, 2010 en 2011, eenmaal verlengbaar voor een periode van drie jaar. De opdracht wordt geraamd op 3.000.000 euro voor 6 jaar.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen op 28 februari 2009 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 maart 2009.

De aankondiging vermeldt dat de kwalitatieve selectie van de kandidaten zal gebeuren op basis van hun economische, financiële en technische capaciteiten. Specifiek inzake de vereiste economische en financiële draagkracht bevat de aankondiging de volgende bepaling :

> "De kandidaat dient ons te laten geworden :
> - Zijn zakencijfer van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)
> - Zijn winst- of verliescijfers van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)
> Geen jaarverslagen bijvoegen."

2. Vier kandidaten, waaronder de verzoekende partij, dienen tijdig een kandidaatstelling in.

De kandidatuur van verzoekende partij vermeldt het zakencijfer voor 2007 (697.044,37 euro); voorts worden er zakencijfers voor de jaren 2005 en 2006 opgegeven waarvan verzoekende partij zelf verklaart dat ze niet representatief zijn.

3. Op 20 maart 2009 wordt een selectieverslag opgesteld. In dit verslag wordt voorgesteld om de kandidatuur van de verzoekende partij niet te aanvaarden wegens “te klein zakencijfer i.v.m. de grootte en belangrijkheid van de opdracht”.

4. Op 24 maart 2009 keurt het directiecomité van Infrabel dit voorstel van beslissing goed. Het zakencijfer van verzoekende partij wordt te laag bevonden in vergelijking met het zakencijfer van het te controleren consortium.

Dit lijkt de bestreden beslissing.

5. Bij brief van 25 maart 2009 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar kandidatuur niet geselecteerd werd voor het vervolg van de procedure omdat haar zakencijfer onvoldoende zou zijn in vergelijking met de geraamde waarde van het project.

De grond van de zaak

6. Krachtens 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.

7. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert verzoekende partij in een enig middel aan dat er een schending is van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en van 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.

Verzoekende partij stelt dat in de bestreden beslissing haar kandidatuur wordt afgewezen op grond van de overweging dat haar zakencijfer onvoldoende is in vergelijking met de geraamde waarde van het project, terwijl enerzijds van een dergelijk selectiecriterium hoegenaamd geen sprake zou zijn in de bekendmaking vanwege de verwerende partij en, anderzijds, dergelijk vaag criterium als “voldoende zakencijfer” uit zijn aard hoe dan ook onwettig zou zijn.

Bovendien stelt verzoekende partij dat het haar op basis van de bestreden beslissing een volkomen raadsel blijft waarom en in welke mate haar zakencijfer onvoldoende is in vergelijking met de geraamde waarde van het project zodat evenmin aan de formele motiveringsverplichting zou zijn voldaan. Nochtans zou, aldus verzoekende partij, op de aanbestedende overheid een bijzondere motiveringsplicht rusten in geval van verwerping van een kandidatuur op basis van onvoldoende financiële en economische draagkracht.

8. Het middel is niet ernstig om de volgende redenen.

8.1. 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 bepaalt dat bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking de aanbestedende overheid de kandidaten dient te selecteren “in overeenstemming met de door haar bepaalde objectieve criteria en voorschriften die ter beschikking zijn van de belangstellende dienstverleners”; het lijkt dus dat bij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking het volstaat dat de selectiecriteria ter beschikking worden gesteld van belangstellende ondernemingen.

In casu vermeldt de aankondiging dat de kwalitatieve selectie van de kandidaten zal gebeuren op basis van hun economische, financiële en technische capaciteiten. Specifiek inzake de vereiste economische en financiële draagkracht bevat de aankondiging de volgende bepaling :

> “III.2.2. Economische en financiële draagkracht :
> Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan :
> De kandidaat dient ons te laten geworden :
> - Zijn zakencijfer van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)
> - Zijn winst- of verliescijfers van de laatste 3 jaren (in de vorm van een tabel)
> Geen jaarverslagen bijvoegen.”

Prima facie lijkt aangenomen te moeten worden dat het voor de kandidaten op basis van voormelde aankondiging reeds duidelijk was aan de hand van welke criteria de economische en financiële draagkracht zou worden beoordeeld. In elk geval toont verzoekende partij niet aan dat zij gevraagd zou hebben dat de selectiecriteria haar werden ter beschikking gesteld omdat de aankondiging voor haar op dit punt niet duidelijk zou zijn.

8.2. Het lijkt een objectief en pertinent criterium het omzetcijfer van de laatste drie jaar te hanteren.

8.3. De vraag of de aanbestedende overheid er toe gehouden was om op voorhand het vereiste niveau of de afwegingsregels vast te stellen voor deze selectiecriteria en deze ook vooraf mee te delen, lijkt negatief te moeten worden beantwoord.

Artikel 59, § 2 voornoemd lijkt enkel de verplichting in te houden om voorafgaand objectieve selectiecriteria te bepalen, doch niet om voorafgaand ook het vereiste niveau mee te delen. Zo is in dit artikel geen sprake van de beoordeling van minimumeisen wat wel het geval is in 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 verwijzing door verzoekende partij naar het arrest sprl ARCHI + I, nr. 159.657 van 7 juni 2006 ter adstructie van haar middel lijkt dan ook ondoelmatig nu dit arrest specifiek betrekking heeft op de artikelen 68 en 70 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Zo ook lijkt de verwijzing door verzoekende partij naar het arrest Universale-Bau AG, nr. C-470/99 van 12 december 2002 van het Hof van Justitie zonder nadere verduidelijking van gebeurlijk geschonden rechtsregels of -beginselen, evenmin in de huidige stand van het geding verzoekende partij tot voordeel te strekken. In dit arrest (overwegingen 85 en 86) wordt trouwens uitdrukkelijk gesteld dat de vraag of een aanbestedende overheid verplicht is om voorafgaand afwegingsregels voor de selectiecriteria vast te stellen, niet wordt beantwoord.

8.4. Wat de aangevoerde schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen betreft dient opgemerkt te worden dat verzoekende partij de bestreden beslissing van 24 maart 2009 als voorwerp van haar beroep aanmerkt en niet de kennisgeving ervan bij brief van 25 maart 2009. De bestreden beslissing keurt uitdrukkelijk het selectieverslag van 20 maart 2009 goed waarin onder meer de omzetcijfers van alle kandidaten worden weergegeven, evenals de raming van de opdracht en vervolgens besloten wordt dat de offerte van verzoekende partij niet voldoet aan de

selectiecriteria wegens “te klein zakencijfer i.v.m. de grootte en belangrijkheid van de opdracht”. Uit dit document blijkt ook dat verzoekende partij uitsluitend voor het jaar 2007 over een jaaromzet van 697.044 euro beschikte, terwijl de opdracht zelf reeds een geraamde waarde heeft van 3.000.000 euro voor zes jaar. Op het eerste zicht lijkt dan ook aan de vereisten van wet van 29 juli 1991 te zijn voldaan.

Zelfs indien enkel rekening zou mogen gehouden worden met de motivering vervat in de kennisgeving van 25 maart 2009, zoals verzoekende partij voorhoudt, lijkt verzoekende partij op het eerste zicht in staat geweest te zijn om zich op basis daarvan een oordeel te vormen of het al dan niet zin had om de beslissing aan te vechten zodat het voornaamste doel van de uitdrukkelijke motiveringsplicht lijkt bereikt.

9. Het middel is niet ernstig. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vier mei 2009, door :

de H.	P. BARRA,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **P. BARRA.**