RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 224.584 van 10 september 2013
in de zaak A. 209.684/XII-7431

In zake: de BVBA TOTAL CONCEPT EXPO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEP-ORGANISATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 augustus 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (VRT) van 22 juli 2013 om de overheidsopdracht Media1217, Standenbouw, niet te gunnen aan [de bvba Total Concept Expo], maar wel aan de bvba Trimex".

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 september 2013, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Coen, verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Verwerende partij schrijft een beperkte offerteaanvraag voor leveringen uit met als voorwerp "Media 1217 – Standenbouw".

3.2. Op 21 januari 2013 wordt de aankondiging van de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 25 januari 2013 in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Zes ondernemingen dienen een kandidatuur in onder wie de bvba Total Concept Expo en de bvba Trimex.

Drie kandidaten worden geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen op grond van het bestek: bvba Fast Forward Events, bvba Total Concept Expo en bvba Trimex.

3.4. Op 18 april 2013 vindt de opening van de offertes plaats.

Bij het beoordelen van het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’ heeft verwerende partij een simulatie gemaakt op grond van een inschatting van wat zij nodig achtte aan diensten of materialen op jaarbasis.

Na de eerste beoordeling blijkt het verschil tussen de offertes van de eerste gerangschikte, de bvba Trimex, en de tweede gerangschikte, de bvba Total Concept Expo, miniem te zijn: 0,35 punten. Verwerende partij beroept zich op artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ en vraagt aan de beide kandidaten om een verbeterde offerte in te dienen, wat zij doen.

3.5. Na ontvangst van de verbeterde offertes behaalt de bvba Trimex een score van 80,50 en de bvba Total Concept Expo een score van 74,05. De bvba Trimex wordt als de inschrijver met de meest voordelige regelmatige offerte beschouwd en zij verkrijgt de opdracht.

3.6. De bvba Total Concept Expo wordt hiervan op de hoogte gebracht bij aangetekende brief van 17 mei 2013.

3.7. Bij arrest nr. 224.136 van 26 juni 2013 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de voormelde beslissing van 17 mei 2013 van de VRT om de opdracht ‘Media 1217 Standenbouw’ te gunnen aan de bvba Trimex. De Raad van State oordeelt onder meer :

> “7.1. […]
> Een doorslaggevend aspect bij de beoordeling van het criterium ‘tarieven en volumekorting’ is de simulatie op basis van een inschatting gemaakt door verwerende partij van het jaarlijks benodigde volume van de verschillende opgegeven posten. In het gunningsverslag worden geen nadere gegevens opgenomen omtrent de samenstelling van deze korf die leidde tot de basis voor de prijsvergelijking. In het bestek, noch in andere stukken die aan verzoekende partij zijn meegedeeld, wordt uitleg hieromtrent verschaft. Bij het bepalen van deze simulatie heeft verwerende partij, zo lijkt, onmiskenbaar een beoordelingsvrijheid die op het eerste gezicht een stuk ruimer is dan het louter toepassen van een mathematische

formule. De gemaakte schatting van het benodigde volume op jaarbasis lijkt ook een belangrijke weerslag te hebben op de beoordeling van de aangeboden volumekortingen. Voorts blijkt dat de data uit de door de inschrijvers ingevulde prijsmatrices weliswaar het uitgangspunt vormen voor de simulatie maar ook niet meer dan dat; verwerende partij oordeelde zelf om de prijzen en de frequentie ervan in de simulatie mee te nemen; zo werden bepaalde prijzen niet verrekend (frequentie = 0).
Deze simulatie is bepalend bij de beoordeling van dit gunningscriterium. Om de punten gegeven op dit criterium te begrijpen, en om te kunnen nagaan of deze puntentoekenning rechtmatig is verlopen, diende het gunningsverslag bij gebreke aan relevante besteksbepalingen bijkomende uitleg over deze simulatie te bevatten. Op basis van de voorliggende motivering kan verzoekende partij op het eerste gezicht immers zelfs haar eigen score niet begrijpen.
[…]
Het tweede onderdeel van het eerste middel is ernstig".

3.8. De gunningsbeslissing van 17 mei 2013 wordt door verwerende partij ingetrokken. Hiervan worden de geselecteerde kandidaten bij aangetekende brief van 2 juli 2013 op de hoogte gebracht.

3.9. Met een nieuw verslag van nazicht van de offertes van 22 juli 2013 wordt opnieuw beslist om de opdracht te gunnen aan de bvba Trimex, maar ditmaal wordt als bijlage een detail van de simulatie gevoegd.

3.10 Bij aangetekende brief van 22 juli 2013 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van de nieuwe gunningsbeslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig 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.

4.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Vierde middel

Standpunt van de partijen

5. In een vierde middel voert verzoekende partij de schending aan van “art. 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, de “materiële motiveringsverplichting als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”, “art. 42 e.v. (o.a. artikel 43bis) hetzij art. 68 e.v. (o.a. artikel 69 bis) KB van 8 januari 1996

betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken", "art. 110, § 2 KB 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken", en het "zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur", "voormelde bepalingen in combinatie met art. 159 Grondwet".

Verzoekende partij doet daartoe onder meer gelden dat verwerende partij bij de selectie een onderzoeksplicht had, temeer gelet op het ontbreken van documenten zoals een recente bankverklaring, voorgeschreven in de oproep tot kandidaatsstelling, en dat zij daarbij als zorgvuldige aanbestedende overheid had moeten vaststellen dat de bvba Trimex virtueel failliet is gelet op de neergelegde jaarrekeningen. Het is in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel niet te verantwoorden dat verwerende partij de bvba Trimex niet heeft uitgesloten op grond van onvoldoende economische en financiële draagkracht. Het was dus manifest onzorgvuldig om geen bijkomende aandacht te schenken aan de financiële en economische draagkracht –of het gebrek eraan– van de bvba Trimex. Deze inschrijver willens en wetens toch opnieuw uitkiezen zonder nader onderzoek valt niet te rijmen met de handelwijze van een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid en schept onnodige risico's met betrekking tot de uitvoering van de opdrachten.

6. Verwerende partij doet van haar kant gelden, wat betreft het ontbreken van een bankverklaring bij de kandidaatstelling van de bvba Trimex, dat artikel 44 van het meer vermeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 dit document niet voorschrijft op straffe van uitsluiting. Dergelijke verklaringen bevatten doorgaans overigens geen "harde verbintenissen". In het licht hiervan kan bezwaarlijk worden beweerd dat het ontbreken van een dergelijk attest zou moeten leiden tot de uitsluiting van de betrokken kandidaat. Door het attest van 15 januari 2013 waarin wordt bevestigd dat de gekozen inschrijver voldaan heeft aan zijn verplichtingen inzake betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid overeenkomstig de Belgische wetgeving en het attest van 14 januari 2013 waarin

wordt bevestigd dat de gekozen inschrijver voldaan heeft aan de verplichtingen inzake betaling van zijn belastingen overeenkomstig de Belgische wetgeving, alsook door het uittreksel van het KBO waaruit blijkt dat de bvba Trimex zich niet in staat van faillissement, gerechtelijk akkoord of vereffening bevond, werd de financiële en economische draagkracht van de bvba Trimex voldoende aangetoond. Het feit dat er in 2011 en 2012 beslagberichten zouden zijn teruggevonden, is niet van aard om hier anders over te oordelen. Dergelijke beslagberichten zijn niet van aard om te moeten leiden tot de uitsluiting van de betrokken kandidaat. Ook het feit dat uit de jaarrekeningen een precaire toestand zou blijken, vormt geen grond tot uitsluiting. Enkel wanneer een kandidaat zich in staat van faillissement, gerechtelijk akkoord of vereffening zou bevinden, kan hij volgens artikel 43, § 2, 1°, en 2°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 worden uitgesloten. Dit is bovendien slechts een relatieve uitsluitingsgrond. Op grond van de neergelegde documenten van de bvba Trimex mocht verwerende partij wel degelijk overgaan tot haar selectie, nu er, op grond van de bij de kandidaatstelling gevoegde documenten, geen reden was om te twijfelen aan de financiële en economische draagkracht van de bvba Trimex, en de uitsluitingsgronden waarnaar verzoekende partij verwijst niet verplicht dienen te leiden tot de uitsluiting van de betrokken kandidaat (het zijn integendeel relatieve uitsluitingsgronden). Bijgevolg heeft verwerende partij terecht besloten dat de bvba Trimex voldeed aan de vereiste kwalificaties. Zij heeft dan ook terecht de bvba Trimex geselecteerd. Een meer uitvoerige motivering van de selectiebeslissing op dit punt was ook niet vereist.

Beoordeling

7. Verzoekende partij argumenteert terecht dat in de aankondiging werd gevraagd naar een “recente bankverklaring” om de economische en financiële draagkracht aan te tonen. Artikel 44 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt in dat verband:

> "De financiële en economische draagkracht van de leverancier kan, over het algemeen, aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties:
> 1° door passende bankverklaringen;
> […]".

De gekozen inschrijver had op het moment van de selectiebeslissing geen bankverklaring bezorgd, wat door verwerende partij wordt bevestigd. Op het eerste gezicht werd aldus ten onrechte in het selectieverslag met een "OK" vermeld dat de gekozen inschrijver aan de betrokken voorwaarde voldeed, minstens werd geen uitleg gegeven waarom in het geval van de gekozen inschrijver aan die voorwaarde mocht worden voorbijgegaan, hetgeen het motief van de selectiebeslissing ondeugdelijk maakt en evenzeer de daaropvolgende en te dezen bestreden gunningsbeslissing vitieert.

8. De bvba Trimex heeft weliswaar op vraag van de verwerende partij van 2 juli 2013 een bankverklaring voorgelegd, maar pas bij brief van 7 juli 2013. Daarin wordt dan nog vermeld dat de financiële relaties die de bank met de bvba Trimex onderhoudt "meestal beantwoord[en] aan [de] verwachtingen". Dergelijke formulering sluit niet uit dat op het ogenblik de kandidaatstellingen dienden te zijn ingediend, zijnde op 19 februari 2013, de financiële relaties niet beantwoordden aan de verwachtingen zodat verwerende partij door die verklaring aan te nemen, aldus het selectiecriterium, zoals opgenomen in de aankondiging, *a posteriori* lijkt te hebben versoepeld.

9. Het verweer dat artikel 44 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een bankverklaring niet noodzakelijk acht en dergelijke verklaringen doorgaans geen harde verbintenissen bevatten, kan op het eerste gezicht niet worden aangenomen.

Artikel 44, eerste lid, 1°, verplicht inderdaad niet om een bankverklaring voor te leggen. Het komt overeenkomstig artikel 44, vierde lid, aan de aanbestedende overheid toe om in de aankondiging van een opdracht of in de

uitnodiging tot indiening van een offerte, aan te geven welke van de in artikel 44, eerste lid, aangegeven referenties dient te worden voorgelegd.

Eenmaal de aanbestedende overheid heeft beslist dat een gegadigde een bankverklaring moet voorleggen, lijkt dit stuk te moeten worden voorgelegd. De opmerking dat dergelijke verklaringen doorgaans geen "harde verbintenissen" bevatten, neemt niet weg dat deze stukken met het oog op de selectie moeten worden bezorgd. Dit is niet gebeurd, minstens wordt niet gemotiveerd waarom aan deze verplichting kan worden voorbijgegaan.

10. Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

11. In de huidige stand van het geding en in het licht van de voorgaande *prima facie* vastgestelde onrechtmatigheid is er ten slotte geen reden om tevens reeds te besluiten tot uitdrukkelijke schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij. Zij toont immers niet aan op welke wijze daarmee haar belang meer zou zijn gediend dan met de schorsing van de tenuitvoerlegging van enkel de gunningsbeslissing.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (VRT) van 22 juli 2013 om de overheidsopdracht "Media 1217 - Standenbouw" te gunnen aan de bvba Trimex.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Johan Pas,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Johan Pas	**Dierk Verbiest**