

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 144.082 van 3 mei 2005
in de zaak A. 161.655/XII-4429.**

In zake : de NV MEWAF,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Ambtenarenzaken, Maatschappelijke Integratie, Gelijke Kansen en
Grootstedenbeleid,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Thiel en V. Dor,
kantoor houdende te 1170 Brussel,
Terhulpesteenweg 178.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Mewaf op 11 april 2005 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de Federale Overheidsdienst Personeel en Organisatie [...] dd. 31 maart 2005 waarbij verzoekende partij niet werd geselecteerd om verder deel te nemen aan de gunning voor de overheidsopdracht tot levering en plaatsing van een compleet gamma van ergonomisch kantoormeubilair bestemd voor de overheidsdiensten in het hele land, gekend onder Algemene Offerteaanvraag nr. FORCMS/MM/019, zijnde de bestreden beslissing”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 13 april 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 april 2005, om 11.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten B. Martens en W. Vandenberghe, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaten P. Thiel en V. Dor, die verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

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. De gegevens van de zaak.

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

De in het geding zijnde procedure betreft een algemene offerte-aanvraag.

Met de bestreden beslissing van 31 maart 2005 wordt de verzoekende partij niet geselecteerd op grond van de volgende motivering :

“Om te worden geselecteerd, dient de inschrijver te voldoen aan de voorwaarden zoals vermeld onder punt 6.1 van het bestek, namelijk :

[...]

C. Technische selectiecriteria

[...]

- de financiële toestand van de inschrijver moet gezond zijn volgens de 3 laatst neergelegde jaarrekeningen.

[...]

Selectieonderzoek :

[...]

- Mewaf NV

Na onderzoek van de bij de offerte gevoegde documenten en de financiële analyse van de balansen blijkt dat de financiële toestand van de inschrijver onvoldoende is en dat de firma dus niet voldoet aan de selectiecriteria.

[...]”.

Daarbij wordt een “financiële analyse” aan de verzoekende partij medegedeeld die luidt als volgt :

“Financiële analyse Mewaf nv.

De financiële draagkracht van de onderneming Mewaf NV werd onderzocht op basis van de drie recentst goedgekeurde jaarrekeningen (2001, 2002 en 2003).

Uit deze analyse blijkt dat de financiële situatie van Mewaf reeds enkele jaren niet gezond is. Zo maakte Mewaf reeds 3 opeenvolgende jaren verlies, is de

cash flow 2 jaar op rij negatief, en daalde de solvabiliteit van de onderneming op 3 jaar van 18% naar 3,7%.

Volgende gegevens tonen de gedetailleerde situatie in 2003 :

a. Solvabiliteit

Door overgedragen verliezen is het eigen vermogen zo verminderd dat de solvabiliteitsratio (Eigen Vermogen/Passief balans) slechts 3,7% bedraagt, terwijl we 14% als een normale ratio mogen beschouwen.

$(671.724,05/17.689.964,9)$

Daarenboven zijn de kortlopende en langlopende schulden ten overstaan van financiële instellingen zo hoog, dat het op zijn minst als een zorgwekkende situatie kan beschouwd worden.

b. Gemiddelde termijn voor het innen van de facturen van klanten

$365 \times 6.396.406,07/18.244.455,69 = 127,9$

Deze termijn bedraagt 127 dagen, wat meer is dan de gebruikelijke maximumtermijn van 90 dagen. Dit is echter geen bezwaar voor zover deze tragere ontvangst van liquide middelen geen nefaste invloed heeft op de betalingen van de facturen van de leveranciers.

c. Gemiddelde termijn voor het betalen van de facturen van de leveranciers

$365 \times 3.282.365,71/13.104.673 = 91,42$

Deze gemiddelde termijn bedraagt 91 dagen, wat ongeveer gelijk is aan de gebruikelijke termijn van 90 dagen.

d. Kunnen de langlopende en kortlopende schulden ten overstaan van financiële instellingen gefinancierd worden met de cash flow ?

$CF = 291.864,59 - 1.142.766,01 = - 850.901,5$

Deze cash flow is door het geboekte verlies negatief en dus kan de onderneming de korte termijnschulden voor een bedrag van 8.197.943,5 helemaal niet dekken met de cash flow. Zelfs indien de onderneming al haar activa zou ten gelde maken, wat niet realistisch is, dan nog kunnen de schulden maar net betaald worden.

e. Liquiditeit

De liquidatieratio toont ons de onmiddellijke beschikbare liquide middelen, die negatief is en -3.372,462 bedraagt.

Conclusie :

Bijgevolg mag worden gesteld dat de financiële toestand van deze onderneming zeer slecht is en onvoldoende om een selectie voor dit criterium te verantwoorden”;

2. De grondvoorwaarden tot schorsing.

2.0. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan 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;

2.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een enig middel als volgt verwoordt :

“Het enig middel werd genomen uit de schending van artikel 17 van de Wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale staat, alsmede uit de schending artikel 51, § 1 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken, de artikelen 2 en 3 van de Wet Motivering Bestuurshandelingen dd. 29 juli 1991, alsook uit de schending van de formele motiveringsplicht uit de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Doordat, de bestreden beslissing verzoekende partij uitsluit van verder deelname aan de gunningsprocedure voor de overheidsopdracht op basis van een foutieve bewering van financiële ongezondheid in hoofde van verzoekende partij en aldus een onjuiste motivering bevat,

En doordat, de bestreden beslissing met betrekking tot financiële toestand van verzoekende partij geen rekening heeft gehouden met alle informatie en aldus een gebrekkige en niet afdoende motivering bevat,

Terwijl, in hoofde van een aanbestedende overheid, zoals in casu verwerende partij, de verplichting bestaat tot een juiste en afdoende motivering van beslissingen inzake overheidsopdrachten, teneinde waarborgen te kunnen bieden voor een correcte toepassing van de verplichting voor de aanbestedende overheid om in het kader van de algemene offerteaanvraag de bekwaamheid van de inschrijvers om de opdracht tot een goed einde te brengen te beoordelen,

Zodat, de bestreden beslissing de in het enig middel aangehaalde rechtsbepalingen schendt”;

dat de verzoekende partij in de toelichting bij dit middel nader betoogt :

“Bij de financiële analyse van de onderneming diende verwerende partij uitgegaan van de financiële gegevens van de jaarrekening zoals die gepubliceerd zijn bij de balanscentrale van de Nationale Bank.

Immers stelde verwerende partij in het Bestek dat : ‘(...) voor Belgische ondernemingen zal de laatste goedgekeurde jaarrekening neergelegd bij de Nationale Bank van België onderzocht worden”.

Echter heeft verwerende partij geen rekening gehouden met de toelichting bij de jaarrekening van verzoekende partij.

Nochtans stelt artikel 17 van de Wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale staat dat de jaarrekening bestaat uit :

- ‘1° de balans;
- 2° de resultatenrekening, bevattende alle kosten en opbrengsten;
- 3° de samenvattende rekening van de begrotingsverrichtingen, overeenkomstig de economische classificatie;
- 4° de toelichting”.

Deze toelichting werd tevens neergelegd bij de Nationale Bank van België en maakt integraal deel uit van de jaarrekening van verzoekende partij (stuk 6).

Welnu, de toelichting is zeer duidelijk en stelt onder punt ‘XVIII. Betrekkingen met verbonden ondernemingen en met ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat’ (zie vol 20 bij de jaarrekening 2003, stuk 6) dat er wel degelijk rekening moet worden gehouden met de verbonden ondernemingen, zoniet dan moet XVIII niet worden ingevuld.

Bij de financiële analyse heeft verwerende partij echter geen rekening gehouden met de betrekkingen die verzoekende partij heeft met verbonden ondernemingen en met ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat en welke in de toelichtingen bij de jaarrekening opgenomen zijn (zie vol 20 bij de Jaarrekening 2003, stuk 6).

Uit vol 2 IV Financiële vaste activa blijkt dat verzoekende partij voor 7.518.330,39 Eur aandelen heeft in de verbonden ondernemingen. Deze verbondenheid tussen verzoekende partij en de verbonden ondernemingen verstevigt de solvabiliteit en liquiditeit van verzoekende partij. Daarnaast heeft zij voor 203.674,62 Eur vordering en borgtochten in contanten (stuk 6). Met dit alles heeft verwerende partij geen rekening gehouden.

Hierdoor miskent verwerende partij het belang van verbonden ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat en het feit dat verzoekende partij deel uitmaakt van een groep.

Indien verwerende partij bij de financiële analyse van verzoekende partij en de beoordeling van haar financiële toestand rekening hebben gehouden met deze verbondenheid dan had verwerende partij vastgesteld dat de financiële toestand van de verzoekende partij gezond is.

Verwerende partij heeft echter verscheidene boekhoudkundige flatters gemaakt bij de financiële beoordeling van verzoekende partij. Dit wordt ook bevestigd in de uitvoerige nota van een erkende boekhouder BIBF (stuk 7) en verder toegelicht in excel sheets (stuk 8).

Hierna wordt aangetoond dat de financiële analyse van verwerende partij -dat als basis dient om verzoekende partij niet te selecteren- tal van gebreken vertoont.

Voor alle duidelijkheid wordt hierna dezelfde volgorde aangenomen zoals in de financiële analyse van de bestreden beslissing.

a. Solvabiliteit

In de bestreden beslissing besloot verwerende partij dat het solvabiliteitsratio van verzoekende partij 3,8% is, terwijl een gezond criterium aldus verwerende partij 14,0% is.

De solvabiliteitsratio stijgt echter van 3,8% tot 65,3% wanneer de schulden jegens verbonden ondernemingen en ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat, worden geherkwalificeerd als ter beschikkingstelling van eigen vermogen door verbonden ondernemingen en ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat (stuk 7).

Verzoekende partij wijst verder met klem naar de kwaliteitsverhoging ten belope van 1.004.866,58 eur die zij in 2004 heeft doorgevoerd (stuk 9).

[...]

d. De langlopende en kortlopende schulden ten overstaat van financiële instellingen kunnen worden gefinancierd met de cash flow.

De schulden aan groepsmaatschappijen op minder dan 1 jaar bedraagt 9.150.357 eur (code 937 - vol. 20, stuk 6) en bestaat voor 1.916.717 eur uit handelsschulden, 6.645.000 eur uit schulden aan financiële instellingen en €. 588.640 aan overige schulden.

Wordt er bij het bepalen van de gemiddelde termijn voor het betalen van de facturen van de leveranciers hiermee rekening gehouden met de handelsschulden aan verbonden ondernemingen of ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat dan daalt deze gemiddelde termijn tot 38,0 dagen (stuk 7).

Bij het bepalen van de cash-flow gaat verwerende partij verder uit van de cash-flow van het laatste jaar welke negatief is ten belope van -850.901 eur.

Voor het bepalen of de langlopende en kortlopende schulden ten overstaan van financiële instellingen kan worden gefinancierd met de cash-flow, moet men niet alleen vertrekken van de boekhoudkundige cash-flow die bekomen wordt door het optellen van de winst na belasting (code 68/70 of 70/68) met de afschrijvingen (code 630) maar dient er rekening te worden gehouden met de

vrije cash flow (free cashflow) baserend op de werkkapitaalbewegingen en de gemaakte investeringen of desinvesteringen.

Verwerende partij besluit aangaande de cash flow deze door het geboekte verlies negatief is en dus dat de onderneming de korte termijnschulden voor een bedrag van 8.197.943,5 eur niet kan dekken met de cash flow. Zelfs indien de onderneming al haar activa zou ten gelde maken, wat niet realistisch is, dan nog kunnen de schulden maar net betaald worden -aldus verwerende partij.

- Vooreerst dient de cash flow niet om de korte termijnschulden te dekken. Geen enkel bedrijf in deze sector -en evenmin de geselecteerde inschrijvers- zou met de cash flow haar korte termijnschulden kunnen dekken. Om aan dit criterium te kunnen beantwoorden zou de cash flow van verwerende partij 8.197.943,5 eur moeten bedragen, dit zou neerkomen op 50% van zijn omzet.
- De vrije cash flow dient om te beoordelen of deze volstaat om op termijn de korte en lange termijnschulden terug te kunnen betalen en wordt uitgedrukt in een pay-back capaciteit van de onderneming ten opzichte van deze korte en lange termijnschulden.
- Verder is de totale activa (code 20/58 - vol.2, stuk 6) ten belope van 17.689.364,90 eur ruim twee maal groter dan de aangehaalde korte termijnschuld. De stelling van de verwerende partij houdt dan ook eens te meer geen steek.

e. Liquiditeit

Verwerende partij spreekt ten onrechte over een liquiditeitsratio, terwijl het in casu een liquiditeitspositie betreft.

Indien verwerende partij rekening had gehouden met de schulden en vorderingen op verbonden ondernemingen en ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bij het bepalen van deze liquiditeitspositie dan had ze moeten besluiten tot een positieve liquiditeitspositie ten belope van 2.682.643 eur (stuk 7). Van een negatieve liquiditeitspositie waartoe verwerende partij besluit in de bestreden beslissing is dan ook hoegenaamd geen sprake”;

2.2. Overwegende dat de verzoekende partij er in het middel in essentie van uitgaat dat de financiële analyse op grond waarvan zij is beoordeeld, niet deugdelijk is; dat zij daartoe, samengevat, betoogt dat inzake solvabiliteit, cash-flow en liquiditeit geen rekening is gehouden met “de betrekkingen die verzoekende partij heeft met verbonden ondernemingen en met ondernemingen waarmee een deelnemingsverhouding bestaat en welke in de toelichtingen bij de jaarrekening opgenomen zijn”; dat de verzoekende partij daarbij de verwerende partij lijkt te verwijten dat zij zich enkel op haar balansen heeft gesteund en niet mede op de toelichtingen;

2.3. Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt dat de verzoekende partij bij haar offerte geen enkel document heeft voorgelegd waaruit had moeten blijken “dat ze financiële capaciteiten van de aan haar gebonden vennootschappen wou inroepen” en niet heeft aangetoond dat zij werkelijk kon beschikken over de middelen die aan derden behoren zoals bijvoorbeeld waarborgen

of verbintenissen van deze vennootschappen en dat in geval van faillissement van de verzoekende partij, de verwerende partij zich niet zou kunnen keren tegen de vennootschappen op de financiële draagkracht waarvan verzoekende partij zich beroept;

2.4. Overwegende dat in het toepasselijke bestek (blz. 12) onder “technische selectiecriteria” wordt voorgeschreven :

“3. De financiële toestand van de inschrijver moet gezond zijn volgens de 3 laatst neergelegde jaarrekeningen”;

dat het bestek (blz. 9) voorts onder “attesten en andere bij te voegen documenten” vermeldt :

“d) Jaarrekening/Financiële toestand

De inschrijver moet beschikken over een voldoende financiële capaciteit.

Daartoe

- voor Belgische ondernemingen zal de laatste goedgekeurde jaarrekening neergelegd bij de Nationale Bank van België onderzocht worden. Indien de onderneming nog geen jaarrekening heeft gepubliceerd, moet een tussentijdse balans voor echt verklaard door de accountant IDAC, door de bedrijfsrevisor of door de bedrijfsleider bij de offerte gevoegd worden”;

dat het offerteformulier (blz. 2) ten slotte melding maakt van stukken, bij de offerte te voegen en wel als volgt :

“voor de selectie (zie punten 6 en 8.1. van het bestek)

[...]

- de drie laatst goedgekeurde jaarrekeningen;

[...]”;

dat niet betwist lijkt dat de verzoekende partij enkel de balansen en resultatenrekeningen en niet de toelichtingen van de betrokken jaarrekeningen 2001, 2002 en 2003 met haar offerte heeft medegedeeld;

Overwegende dat de eventuele beslissing dat de verwerende partij te dezen bij het onderzoek van de financiële toestand van de verzoekende partij foutief heeft gehandeld waardoor de financiële analyse geen deugdelijk motief meer zou zijn waarop de bestreden beslissing mocht steunen, de Raad van State verplicht tot een antwoord op voorafgaandelijke vragen;

Overwegende dat een eerste vraag is of de verwerende partij de voornoemde analyse mocht verrichten louter op grond van de balansen en of dit reeds een foutief handelen was; dat het antwoord op die vraag dan weer lijkt af te hangen van het antwoord op een andere vraag, namelijk of balansgegevens betreffende verbonden ondernemingen op zichzelf nuttig kunnen worden beoordeeld zonder kennisname van de toelichting; dat de verwerende partij daarvan lijkt uit te gaan, nu ze een dergelijke analyse heeft verricht; dat ze daarbij steun zocht in een bijzondere omstandigheid van de zaak, namelijk dat de verzoekende partij zelf die toelichting niet bijvoegde en zich ook niet formeel bij het indienen van de offerte beriep op de bijzondere draagwijdte van haar balansgegevens betreffende verbonden ondernemingen;

Overwegende dat voorts, wat de financiële analyse zelf betreft, deze dienstig was om de inschrijvers al dan niet als financieel “gezond” aan te merken; dat daartoe, wat de verzoekende partij betreft, de “solvabiliteit”, de “cash-flow” en de “liquiditeit” negatief werden beoordeeld; dat de verzoekende partij de daarbij gevolgde werkwijzen in haar middel aan kritiek onderwerpt en steun zoekt in een nota van een door haar aangezochte boekhouder; dat die concrete kritiek, verwoord in de toelichting bij het middel, hiervoor is aangehaald; dat in die kritiek en ook in de nota van de boekhouder enkel in het algemeen over boekhoudkundige begrippen wordt geargumenteed maar daarbij geen gewag wordt gemaakt van daarbij eventueel toepasselijke rechtsbepalingen; dat het enig middel daarbij evenmin verder gaat dan op gebied van boekhoudrecht, artikel 17 van de voornoemde wet van 22 mei 2003 geschonden te achten, een wetsbepaling die in wezen slechts een opsomming bevat van de elementen die geacht worden tot de “jaarrekening” te behoren;

Overwegende dat aldus het beoordelen van het ernstig karakter van het middel het beantwoorden van de voornoemde vragen veronderstelt, hetgeen interpretatie en invulling vereist van diverse begrippen uit de boekhoudkundige sfeer, waaromtrent partijen in het algemeen -vooralsnog vooral op economische gronden- redetwisten, zonder of nauwelijks met argumenten die steunen op het boekhoudrecht; dat in die omstandigheden niet mag worden verwacht van de Raad van State dat hij de stellingen van de ene of andere partij op eigen gezag zou onderschrijven, zonder ondersteuning door het advies van een onafhankelijk deskundige inzake balansanalyse waarvan de aanstelling in de huidige procedure zou ingaan tegen haar uiterst dringend karakter; dat de Raad mogelijks anders zou kunnen beslissen, indien de

verzoekende partij nog andere rechtsbepalingen uit het boekhoudrecht had aangebracht om de door de verwerende partij in haar financiële analyse gehanteerde begrippen zoals “gezonde” financiële toestand, “solvabiliteit”, “cash-flow”, “liquiditeit” aan kritiek te onderwerpen wat hun invulling betreft maar dit nu eenmaal niet heeft gedaan; dat zij voorts een risico lijkt te hebben genomen door niet alle onderdelen van haar jaarrekeningen bij haar offerte te hebben gevoegd, in weerwil van hetgeen in het offerteformulier was vermeld; dat dienvolgens de verzoekende partij het ernstig karakter van het middel niet voldoende heeft aangetoond om er de gevraagde schorsing op te steunen;

Overwegende dat dienvolgens het enig middel niet ernstig is; dat derhalve niet is voldaan aan de tweede van de door het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarde die vervuld moet zijn wil de schorsing worden toegewezen,

B E S L U I T :

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 de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drie mei 2005, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.