

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 157.579 van 13 april 2006
in de zaak A. 171.688/XII-4696.**

In zake : de NV ISS,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Sociale Zaken en Volksgezondheid,
die woonplaats kiest bij
advocaten F. Vandendriessche, D. D'hooghe en T. Van Cauter,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV ISS op 3 april 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing onbekende datum, door de verwerende partij aan verzoekende partij meegedeeld bij aangetekend schrijven dd. 24 maart 2006 en door verzoekende partij ontvangen op 27 maart 2006, om verzoekende partij niet te selecteren in het kader van de algemene offerteaanvraag-lastenboek nr. A.O.A./P.B./05-05, alsmede de door verwerende partij genomen gunningsbeslissing van onbekende datum met het oog op de toewijzing van voormelde opdracht”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 4 april 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 april 2006, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaten F. Vandendriessche en T. Van Cauter, die verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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;

De gegevens van de zaak

Overwegende dat de in het geding zijnde opdracht een aanneming van diensten betreft met als voorwerp het reinigen van kantoorruimten en ramen die volgens het bestek (bladzijde 1) dient te worden gegund met de procedure van de algemene offerteaanvraag; dat de opdracht in de ambtelijke nota aan de inspectie van Financiën- als stuk 4 neergelegd door de verwerende partij - met datumstempel 22-03-2006 - wordt geraamd op 916.532,21 euro, BTW inbegrepen; dat in de aankondiging van de opdracht onder een afdeling III (“juridische, economische, financiële en technische informatie” is vermeld :

“III.2.1) Inlichtingen betreffende de eigen situatie van de aannemers/leveranciers/dienstverleners en inlichtingen en formaliteiten die nodig zijn voor de beoordeling van de minimaal vereiste economische, financiële en technische capaciteit :

Bijdragen RSZ

Niet-faling

Betaling van belastingen en BTW

Financiële draagkracht”;

dat in het bestek (bladzijde 10, rubriek 12.1.2) betreffende de “selectiecriteria inzake de financiële draagkracht van de inschrijver” de volgende vereiste wordt verwoord :

“De inschrijver dient tevens over voldoende financiële slagkracht te beschikken. Deze financiële slagkracht zal worden beoordeeld op basis van de goedgekeurde jaarrekeningen van de laatste drie boekjaren [...]”;

Overwegende dat bij de offerte van de verzoekende partij een toelichting is gevoegd betreffende de analyse van haar liquiditeitsratios, solvabiliteitsratios en rendabiliteitsratios als informatie “om de waarde aan te tonen van onze resultaten en de gunstige evolutie van deze resultaten tijdens de laatste jaren”; dat hierbij wordt gewezen op het feit dat de verzoekende partij kan rekenen

op de financiële “ondersteuning van de Deense moedervereniging ISS A/S” waarbij ze zou beschikken bij die maatschappij over een “kredietlijn” ten belope van 75 miljoen euro waarvan 2,5 miljoen zijn aangewend” en “over een zeer uitgebreide kredietlijn bij KBC en Fortis Bank”;

Overwegende dat in een brief van 24 maart 2006 door de FOD Sociale Zekerheid de eerste bestreden beslissing aan de verzoekende partij wordt medegedeeld namelijk “dat de aanbestedende overheid beslist heeft om [haar] offerte niet voor de gunning van de opdracht te weerhouden” en gebleken is dat zij “niet kon worden geselecteerd” omdat uit de analyse van de neergelegde jaarrekeningen een aantal financiële ratios blijken die onder bepaalde richtwaarden liggen zodat wordt geconcludeerd dat de verzoekende partij “over onvoldoende financiële slagkracht beschikt”; dat daaraan nog wordt toegevoegd dat de verzoekende partij “ook geen beroep [doet] op een bekwaamheid die van elders komt”;

De grondvoorwaarden voor schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

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;

1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 16, eerste lid, artikel 17 en 18 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”, van “het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*” en van “de bepalingen van de omzendbrief dd. 10 februari 1998 betreffende de kwalitatieve selectie van aannemers, leveranciers en dienstverleners”;

1.1. Overwegende dat de verzoekende partij daartoe in een eerste onderdeel betoogt dat ze alle vereiste documenten heeft voorgelegd en dienvolgens de verwerende partij niet tot het besluit mocht komen dat zij over onvoldoende financiële draagkracht beschikt, dat immers in de aankondiging en in het bestek geen concrete minimumeisen inzake financiële draagkracht zijn opgegeven en in de geschonden geachte omzendbrief vermeld wordt dat in de aankondiging van de opdracht de niveaus dienen te worden opgenomen die de ondernemingen moeten bereiken om in aanmerking te worden genomen voor de selectie maar dat pas “in het kader van de bestreden beslissing” - wellicht wordt de eerste bestreden beslissing bedoeld - minimumvoorwaarden werden vastgelegd;

Overwegende dat de verzoekende partij niet kan worden bijgevalen waar zij lijkt te betogen dat het nagaan van de financiële draagkracht beperkt zou moeten worden tot de vaststelling dat de vereiste documenten overgelegd zijn zonder dat deze in een evaluatie mogen worden betrokken; dat immers de aangehaalde voorschriften uit de aankondiging en uit het bestek uitdrukkelijk de finaliteit van die overlegging lijken te vermelden; dat immers zowel in de aankondiging als in het bestek sprake is van de financiële slagkracht die “zal worden beoordeeld”; dat het bestek niet geschonden lijkt; dat de beperking waarvan de verzoekende partij uitgaat, ook niet lijkt te kunnen worden afgeleid uit de door haar geschonden geachte artikelen 16, 17 en 18 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aangezien deze niet van toepassing zijn op de voorliggende opdracht voor aanneming van diensten; dat er voorts inderdaad geen minimumniveaus bepaald zijn in het bestek doch de verzoekende partij niet aangeeft welke op de opdracht toepasselijke bepaling uit de regelgeving van de overheidsopdrachten daartoe zou verplichten; dat het daarbij niet lijkt te volstaan naar een omzendbrief te verwijzen, nu de verzoekende partij niet aantoon op welke wijze te dezen op de schending van een omzendbrief een middel zou kunnen worden opgebouwd op grond waarvan de Raad van State een nietigverklaring zou kunnen uitspreken;

1.2. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede onderdeel van haar eerste middel betoogt dat de verwerende partij zelfs geen rekening heeft gehouden met de bijkomende verklaringen die verzoekende partij deed bij haar offerte waarin ze meer bepaald heeft toegelicht “waarom bepaalde rendabiliteits-, solvabiliteits - en liquiditeitsratios prima facie als laag konden worden ervaren” en waarin ze verwees naar het feit dat ze, deel uitmakend van een grote internationale groep, steeds een beroep kon doen op de steun van haar moederverenootschap ISS

A/S, en dat het bijgevolg kennelijk onjuist is zoals in de bestreden beslissing staat, dat de verzoekende partij geen beroep doet op de financiële bekwaamheid van elders, dat zij hier dan ook kan verwijzen naar de arresten C-5/97 en C-176/98 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen waaruit blijkt dat bij het beoordelen van de financiële draagkracht rekening dient te worden gehouden met de “referenties van de vennootschappen die tot de betreffende groep behoren” en dat haar bedrijfsrevisor trouwens bij haar jaarrekeningen uitdrukkelijk een “verklaring zonder voorbehoud” heeft afgegeven precies op grond van het feit dat de verzoekende partij op de financiële steun van haar aandeelhouders kon rekenen;

Overwegende dat volgens de door de verzoekende partij ingeroepen rechtspraak van het Hof van Justitie een onderneming die de werken niet zelf uitvoert “moet bewijzen dat zij werkelijk kan beschikken” over de middelen van - in casu - haar dochterondernemingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdrachten (C-5/97 van 18 december 1997 inzake Ballast Nedam Groep NV) en dat een dienstverlener ten bewijze dat hij aan de economische, financiële en technische voorwaarden voor deelneming voldoet, mag beroepen op de bekwaamheden van andere entiteiten ongeacht de juridische aard van de met hen bestaande banden, “voor zover hij kan aantonen, dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn” (C-176/98 van 2 december 1999 inzake Holst Italia SpA);

Overwegende dat te dezen de verzoekende partij de gehanteerde ratios nergens betwist of willekeurig noemt; dat zij zelf haar problematisch scoren voor financiële draagkracht lijkt te hebben ingezien aangezien zij uit eigen beweging een verklaring betreffende de daartoe relevante ratios bij haar offerte voegde; dat zij daarin, wat liquiditeitsratios betreft, verwijst naar kredietlijnen en wat solvabiliteitsratios betreft, naar de ondersteuning van haar moedermaatschappij; dat deze affirmaties die louter uitgaan van de verzoekende partij op zichzelf echter niet lijken aan te tonen dat zij werkelijk over middelen van ISS A/S kan beschikken en dat ISS A/S daaromtrent concrete verbintenissen op zich heeft genomen; dat evenmin betreffende de beschikbare kredietlijnen concrete informatie wordt verschaft; dat het voorts in het kader van een uiterst dringende procedure niet van de Raad van State mag worden gevraagd te beoordelen of de voornoemde “verklaring zonder voorbehoud” van de bedrijfsrevisor die verbintenissen meteen aantoonde en of de verwerende partij daaruit die verbintenissen had moeten afleiden; dat die verklaring daaromtrent alvast slechts stelt dat “de jaarrekening [is] opgesteld in de

veronderstelling van verderzetting van de activiteiten van de onderneming. Deze veronderstelling is slechts verantwoord in de mate dat de vennootschap verder op de financiële steun van haar aandeelhouders kan rekenen of beroep kan doen op andere financieringsbronnen”; dat in de huidige stand van de procedure moet worden vastgesteld dat aldus de zinsnede “U doet ook geen beroep op een bekwaamheid die van elders komt” weliswaar onzuiver overkomt maar in elk geval de verzoekende partij geen belang lijkt te hebben om zulks in te roepen aangezien zij toch die bekwaamheid niet genoegzaam lijkt te hebben aangetoond; dat aldus het tweede onderdeel van het middel niet ernstig is;

2. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de onrechtmatigheid van bepaalde besteksvoorschriften inroept om de beslissing waarmee de in het geding zijnde opdracht zou zijn toegewezen te bestrijden; dat echter het eerste middel, waarmee de verzoekende partij de beslissing aanvocht om haar te weren wegens het niet voldoen aan het selectie criterium van de financiële draagkracht, niet ernstig werd bevonden; dat aldus de verzoekende partij als een terecht niet-geselecteerde inschrijver lijkt te moeten worden beschouwd; dat zij dienvolgens geen belang lijkt te hebben bij de aanvechting van de uiteindelijke gunningsbeslissing - die overigens door geen van de partijen kan worden voorgelegd - en dus bij het tweede middel dat zich daartegen richt; dat het dienvolgens niet ernstig is;

3. Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat dienvolgens niet is voldaan aan de tweede van de door artikel 17 gestelde voorwaarden die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen,

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 dertien april 2006, door :

de HH. D. VERBIEST,
F. BONTINCK,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.