

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.262 van 27 november 2008
in de zaak A. 189.899/XII-5573.**

In zake : de NV ZEEBRUGSE VISVEILING,
die woonplaats kiest bij
advocaat F. Tuytschaever,
kantoor houdende te Zaventem,
Belgicastraat 1, bus 1

tegen :

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF VISMIJN OOSTENDE
(AGVO),
dat woonplaats kiest bij
advocaat L. Swartenbroux,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Brederodestraat 13.

tussenkomen de partij :

de BV VISAFSLAG URK,
die woonplaats kiest bij
advocaat T. Roelans,
kantoor houdende te Antwerpen,
Brusselstraat 59.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Zeebrugse Visveiling op
6 oktober 2008 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van :

- “1. De beslissing s.d. van het Autonoom Gemeentebedrijf Vismijn Oostende (AGVO) waarbij een andere kandidaat dan de Zeebrugse Visveiling nv voor de opdracht ‘aanduiding strategische partner - 2008/S108 - 145114’ weerhouden wordt
2. De beslissing van dezelfde datum waarbij de kandidatuur van de Zeebrugse Visveiling nv niet weerhouden wordt”.

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 14 november 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 november 2008;

Gezien het op 22 oktober 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de BV Visafslag Urk vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Tuytschaever, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat L. Swartenbroux, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat C. Borstlap, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De verwerende partij werd door de gemeenteraad van de Stad Oostende opgericht bij beslissing van 23 november 2001; ze heeft als doel het uitoefenen van het bestuur, de ontwikkeling en de exploitatie van de Vismijn en Vissershaven van Oostende en aanhorigheden evenals het ontwikkelen van alle activiteiten die hiermee rechtstreeks en onrechtstreeks verband houden.

2. De verwerende partij maakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 en 18 juni 2008 een oproep bekend voor een opdracht waarvan de korte beschrijving luidt :

“AGVO wenst een operationele partner aan te trekken voor de exploitatie van de vismijn in Oostende. Van de partner wordt verwacht dat hij een financiële inbreng doet in een nieuwe vennootschap die de operationele activiteiten overneemt van de vismijn”.

Als type procedure wordt de onderhandeling vermeld.

Een “selectiedocument” wordt aan de gegadigden gezonden waarin onder meer wordt vermeld :

“Het autonoom Gemeentebedrijf Vismijn Oostende (AGVO) wenst een operationele partner aan te trekken voor de exploitatie van de Oostendse Vismijn. Van de partner wordt verwacht dat hij een financiële inbreng doet in een nieuwe vennootschap die de operationele activiteiten van de vismijn zal overnemen en de uitbating zal verzorgen. Geïnteresseerde partijen worden verzocht hun interesse kenbaar te maken en aan te tonen dat ze voldoen aan een aantal criteria betreffende de financiële draagkracht, de operationele ervaring en bepaalde juridische aspecten.

Het autonoom Gemeentebedrijf Vismijn Oostende heeft Fortis belast met een mandaat om haar te begeleiden bij de aanduiding van de nieuwe partner.
[...]

De procedure tot aanduiding van een nieuwe partner voor de Vismijn van Oostende betreft geen overheidsopdracht. De partner moet immers noch een werk, levering of dienst uitvoeren onder bezwarende titel ten behoeve van AGVO zodat deze opdracht niet valt onder de definitie van een overheidsopdracht zoals bepaald in artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet.

AGVO wil echter de algemene gunningscriteria respecteren zoals die zijn afgeleid uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie [...]

AGVO beoogt om minstens 3 en ten hoogste 5 kandidaten te selecteren op basis van criteria die vermeld staan in het volgende hoofdstuk. AGVO kan van dit aantal op gemotiveerde wijze afwijken.

De geselecteerde inschrijvers zullen vervolgens het Informatie Memorandum ontvangen dat het verder verloop van de procedure zal beschrijven”.

De voornoemde selectiecriteria worden in het selectiedocument als volgt bepaald :

“1 Uitsluitingscriteria

De inschrijvers mogen zich niet bevinden in één van de uitsluitingscriteria zoals bepaald in artikel 45 van de Richtlijn 2004/18/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, welke naar analogie zullen worden toegepast.

De inschrijver dient hiertoe een verklaring op eer toe te voegen.

2. Financiële en economische draagkracht

[...]

De solvabiliteit, rentabiliteit en liquiditeit zullen geëvalueerd worden op basis van de hierna volgende elementen :

- de omzet; er wordt van de kandidaat of leden van een consortium gevraagd om een verklaring bij te voegen betreffende de evolutie van de totale omzet, die door de onderneming of leden van een consortium in de loop van de drie laatste boekjaren werd verwezenlijkt; er wordt van de kandidaat of leden van een consortium verwacht dat zij gedurende de 3 laatste boekjaren tenminste een gemiddelde omzet hadden van 60 miljoen euro.
- De evolutie en de hoogte van het operationeel resultaat (resultaat voor interesten en belastingen, ook wel EBIT genoemd);
[...].”

3. De verzoekende partij krijgt bij mailbericht van 19 juni 2008 vanwege Fortis het selectiedocument.

4. Met een mailbericht van 24 juni 2008 wijst de verzoekende partij er een aangestelde van de verwerende partij op dat het selectiedocument vermeldt dat er een omzet verwacht wordt van 60 miljoen euro en dat haar omzet om en bij de 50 miljoen euro is.

Hierop antwoordt de aangestelde van de verwerende partij met een mail van 24 juni 2008 aan de verzoekende partij :

“Elk bod en aan elke gestelde kandidatuur wordt in overweging genomen, deadline ingesteld officieel op 7 juli 2008”.

Op 30 juni 2008 stuurt de verzoekende partij een mail met volgende inhoud aan Fortis:

“Wij hebben het selectiedocument met aandacht doorgenomen en wensen ons kandidaat te stellen, nadat wij van U een antwoord ontvangen i.v.m. deze vraag : Eén van de belangrijkste criteria is het voorleggen van de gemiddelde omzet van 60 miljoen Euro.
De Zeebrugse Visveiling kan een gemiddelde omzet aantonen van 50 miljoen Euro.
Uit een persoonlijk gesprek met schepen Miroir leer ik echter dat deze voorwaarde van ondergeschikt belang is in de zoektocht naar een geschikte partner.
Daarom deze vraag :
Kan de voorwaarde i.v.m. de 60 miljoen omzet uit de selectie geschrapt worden ?”.

Op 3 juli 2008 stuurt Fortis een mail naar verzoekende partij met volgende inhoud :

“Eerst en vooral onze excuses voor het uitblijven van een reactie op uw mail van 30/6. Ik was de voorbije dagen buitenshuis, en heb uw boodschap niet tijdig gezien.

Aansluitend op ons telefoongesprek van daarnet, kan ik u het volgende bevestigen i.v.m. de selectiecriteria.

De selectie van de kandidaten, zal gebeuren op basis van meerdere criteria, waarvan de omzet slechts één aspect is.

Er zal geen partij a priori uitgesloten worden omwille van één bepaald criterium. Bovendien is het niet zinvol om net voor de deadline de selectiecriteria te wijzigen.

Ons voorstel is dat de Zeebrugse Visveiling haar kandidatuur indient, waarna alle kandidaten op gelijke voet geëvalueerd zullen worden”.

5. De verzoekende partij dient haar kandidatuur in met een brief van 4 juli 2008.

6. Met een brief van 7 augustus 2008 stelt Fortis de verzoekende partij in kennis van de beslissing van de verwerende partij van 14 juli 2008, die onder andere vermeldt hetgeen volgt :

- “- dat de volgende kandidaturen werden ingediend :
- 1) UFA (United Fish Auctions)
 - 2) Visafslag Urk BV
 - 3) Zeebrugse Visveiling NV
- dat alle drie de kandidaten zijn beoordeeld aan de hand van de selectiecriteria vermeld in het selectiedocument en hiervan een tabel werd opgesteld welke wordt gevoegd in bijlage en deel uitmaakt van deze beslissing;
- dat alle drie de kandidaten zich niet bevinden in één van de situaties van de uitsluitingscriteria;
- dat enkel Visafslag Urk BV voldoet aan de criteria met betrekking tot de financiële en economische draagkracht aangezien enkel Visafslag Urk BV de gevraagde gemiddelde minimum omzet van 60 miljoen Euro per jaar realiseert;
- dat bovendien het operationeel resultaat van Visafslag Urk BV gevoelig hoger ligt dan bij de twee andere inschrijvers.

Overwegende,

- dat AGVO er duidelijk voor heeft geopteerd om een financieel en economische draagkrachtige kandidaat te selecteren met een voldoende grote omzet aangezien een voldoende hogere omzet schaalvoordelen biedt naar afzet enerzijds en kostenstructuur anderzijds;
- dat bovendien het operationele resultaat van UFA en de Zeebrugse Visveiling onvoldoende wordt geacht, gegeven dat AGVO heeft geopteerd om een financieel en economische draagkrachtige kandidaat te selecteren die de continuïteit kan garanderen van de Oostendse Vismijn;
- dat de Visafslag Urk BV duidelijker een sterke financiële partij betreft dan de twee andere inschrijvers;
- dat de sterke financiële positie Visafslag Urk BV in staat zal stellen de nodige investeringen te laten uitvoeren in de vismijn van Oostende;
- dat enkel Urk BV voldoet aan de financiële en economische criteria van het selectiedocument;
- dat om die reden wordt afgeweken van de intentie om minstens drie en maximaal vijf kandidaten te selecteren;
- dat er op dit moment geen enkele reden bestaat om de financiële en economische criteria te versoepelen aangezien deze criteria bekend waren in het selectiedocument en een valabele kandidaat hieraan heeft voldaan;
- dat de drie kandidaten voldoen aan het criterium van de vakbekwaamheid aangezien het alle drie vismijnen betreffen met een operationele activiteit;
- dat Visafslag Urk BV echter een voorkeur geniet omdat zij op hetzelfde netwerk zijn aangesloten (EFICE) als de Vismijn van Oostende.

Wordt beslist

Dat de volgende kandidaat wordt geselecteerd voor de toewijzingsfase :
Visafslag Urk BV

De volgende kandidaten worden niet geselecteerd voor de toewijzingsfase :
UFA (United Fish Auctions)

Zeebrugse Visveiling NV
De niet-geselecteerde kandidaten worden van deze beslissing op de hoogte gebracht”.

7. Met een brief van 17 september 2008 richt de verzoekende partij zich tot Fortis en deelt haar verwondering mee betreffende het feit dat ze “niet weerhouden” werd op basis van de omzet en dit na voormelde mails, van het niet voldoen aan de economische criteria en van een onvoldoende operationeel resultaat. Ze wijst op haar sterke financiële prestaties en op het feit dat de Visveiling van Urk onder het uitsluitingscriterium van artikel 45 van de Richtlijn 2004/18/EU viel en dus uitgesloten had moeten worden.

Hierop antwoordt Fortis met een brief van 23 september 2008 en besluit dat er geen redenen zijn om de selectieprocedure te heropenen.

De exceptie

8. De verwerende partij betwist in een exceptie de ontvankelijkheid van de vordering. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over die exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

9. Krachtens artikel 17,§2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde 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.

Wat de eerste voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij twee middelen aan.

Eerste middel

10. De verzoekende partij steunt een eerste middel op de schending van “het algemene gelijkheids- en mededingingsprincipe, het onpartijdigheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het transparantiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en de motiveringsplicht”.

Zij betoogt daartoe in de eerste plaats, betreffende het gevraagde omzetcijfer, hetgeen volgt :

- zij wordt volgens de bestreden beslissing niet geselecteerd omdat zij gedurende drie jaar niet de in het selectiedocument gevraagde gemiddelde omzet van 60 miljoen euro per jaar realiseerde en omdat het operationele resultaat niet voldoende geacht wordt;
- het omzetvereiste behoort weliswaar tot de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij doch, rekening houdend met de aard en het voorwerp van de overeenkomst, is het buiten alle proportie; er is immers klaarblijkelijk maar één kandidaat die eraan voldoet en zelfs de verzoekende partij, die de grootste visafslagorganisatie van België is en tot de top 5 van de Benelux behoort, voldoet er niet aan; het gestelde niveau mag niet van die aard zijn dat de vrije mededinging beperkt wordt; te dezen is er geen afdoende motivering waarom enkel bedrijven van 60 miljoen euro voldoende draagkrachtig zouden zijn om het operationele partnerschap van de vismijn te kunnen realiseren;
- deze motivering is des te meer vereist nu er een gering verschil is tussen het omzetvereiste van 60 miljoen euro en de omzet van de verzoekende partij; voorts heeft een schepen verklaard dat de twee vismijnen samen een omzet zouden moeten hebben van 100 miljoen en samen behalen Oostende en Zeebrugge omzeggens deze omzet; de verwerende partij weet trouwens heel goed dat de recente terugval in omzet bij de verzoekende partij te wijten is aan de illegale staatssteun die Oostende geeft aan de verwerende partij;
- ten slotte is duidelijk dat niet de omzet de enige relevante parameter is voor het bepalen van de financieel-economische draagkracht van een onderneming, maar wel de solvabiliteits- en liquiditeitsratio, waarmee klaarblijkelijk geen rekening werd gehouden.

Voorts merkt de verzoekende partij op, wat het operationele resultaat betreft :

- in de bestreden beslissing staat dat het operationeel resultaat van de verzoekende partij onvoldoende wordt geacht; in het selectiedocument staat echter geen enkel

geschiktheidsniveau inzake het operationele resultaat; er werd enkel gevraagd de evolutie en de hoogte van het operationeel resultaat op te geven; er wordt ook niet gemotiveerd waarom het operationeel niveau van de verzoekende partij onvoldoende zou zijn;

- ze beschikt over een voldoende financieel-economische draagkracht en de verwerende partij heeft geen rekening gehouden met alle elementen die in het selectiedocument waren opgenomen om die draagkracht te bepalen.

Vervolgens merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij van de selectiecriteria gebruik maakt om slechts één kandidaat te selecteren en niet verscheidene zoals mededinging nochtans veronderstelt.

Ten slotte stelt de verzoekende partij dat ze ervan overtuigd is dat de verwerende partij bewust haar eisen zo heeft gesteld dat verzoekende partij niet kon voldoen; er is de kwestie van de illegale staatssteun aan de verwerende partij; de verzoekende partij is daarvan de meest benadeelde partij; zo is er een soort hetze ontstaan tussen de verzoekende partij en de verwerende partij; aldus is het vereiste omzetniveau geplaatst net boven de omzet van de verzoekende partij.

11. De verwerende partij merkt betreffende het omzetcriterium op dat een voldoende hoge omzet schaalvoordelen biedt naar afzet en kostenstructuur; een omzetcriterium is een veel gebruikt selectiecriteria voor het bepalen van de financieel-economische draagkracht; een minimum niveau geeft een zicht op het feit of een kandidaat voldoende draagkracht heeft om het project tot een goed einde te brengen; een gezamenlijke omzet van minstens 100 miljoen euro moest te dezen ervoor zorgen dat er een minimale kritische massa zou zijn; ook diende de partner groter te zijn dan de verwerende partij om de nodige buffer voor een sterke veiling te realiseren; omdat de verwerende partij slechts 40 miljoen euro omzet haalt is er een partner van minimum 60 miljoen euro nodig; de verwerende partij had zelf een beperkte marktstudie gedaan en een shortlist opgesteld (zowel visveilingen als visproductie- en visdistributiebedrijven) van mogelijke kandidaten wat haar toeliet de drempel te bepalen; er waren op de Europese markt verschillende spelers die zich met goed gevolg kandidaat konden stellen; het is dus onjuist te stellen zoals de verzoekende partij doet dat er slechts één speler aan dit niveau kon voldoen; de optiek van de verwerende partij was niet de Benelux maar de Europese Economische Ruimte; het verschil tussen de omzet van de verzoekende partij en 60 miljoen euro belooft toch omzeggens 10%, wat ernstige gevolgen voor de resultaten lijkt met zich mee te brengen; de verzoekende partij kon zich trouwens in een consortium laten

opnemen om aan het omzetvereiste te voldoen; partijdigheid wordt door de verwerende partij ten stelligste ontkend; voorts was in het selectiedocument het omzetvereiste niet de enige parameter voor het bepalen van de financieel-economische draagkracht; dit neemt echter niet weg dat, aangezien de verzoekende partij niet voldeed aan het omzetvereiste, de overige parameters voor dit criterium zelfs niet meer dienden te worden beoordeeld.

Wat het operationele resultaat betreft doet de verwerende partij gelden dat aangezien de verzoekende partij niet voldeed aan het omzetvereiste de andere parameters eigenlijk niet meer dienden te worden beoordeeld; in het selectiedocument waren er verschillende elementen om de solvabiliteit, rentabiliteit en liquiditeit te beoordelen: de omzet (minimum 60 miljoen euro), operationeel resultaat, netto schuld en eigen vermogen, operationele leverage en liquiditeit; er waren twee minimale eisen: de 60 miljoen euro omzet en de eis dat de inschrijver aantoont over een voldoende financiële draagkracht te beschikken om de transactie tot een goed einde te brengen en de continuïteit te garanderen van de Oostendse Vismijn; de inschrijving van de verzoekende partij is op die parameters onderzocht; de omzet was onvoldoende; voorts was het bedrijfsresultaat van de verzoekende partij een laag resultaat wat een probleem kan vormen voor de continuïteit; dat er slechts één kandidaat voldeed aan de selectiecriteria ligt niet aan de verwerende partij doch wel aan het feit dat er te weinig inschrijvers waren niettegenstaande er genoeg potentiële kandidaten waren.

12. De tussenkomende partij doet gelden dat de verzoekende partij te laat komt met haar kritiek op het selectiedocument, onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen.

Beoordeling van het middel

13. Er bestaat in de huidige stand van het geding geen noodzaak om over de exceptie van de tussenkomende partij bij het middel uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat het middel ernstig is, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

14.1. Onder het tweede zogenoemde selectie criterium “Financiële en economische draagkracht” wordt gesteld dat de kandidaat een voldoende dergelijke draagkracht dient aan te tonen. Deze draagkracht zal worden beoordeeld op grond

van de criteria van solvabiliteit en kredietwaardigheid. De solvabiliteit, rentabiliteit en liquiditeit zullen worden geëvalueerd op grond van een reeks elementen, waaronder de omzet. Bij dat laatste gegeven wordt vermeld : “er wordt van de kandidaat of leden van een consortium verwacht dat zij gedurende de 3 laatste boekjaren tenminste een gemiddelde omzet hadden van 60 miljoen euro”. Onbetwist is dat de verzoekende partij deze omzet niet haalt.

Het bepalen van het voormelde omzetcijfer als criterium behoort tot de beleidsvrijheid van de verwerende partij. Uit de substantiële uiteenzetting die de verwerende partij daaromtrent geeft in haar nota, zoals hiervoor samengevat onder randnummer 11, lijkt te moeten worden afgeleid onder meer dat de hoogte van die gevraagde omzet betrekking heeft op de grootte van haar eigen omzet, de gewenste schaal gerelateerd tot andere Europese markspelers en een effect op resultaten kan hebben. Die gegeven motieven lijken er de Raad van State niet toe te moeten leiden aan te nemen dat door het bepalen van de norm op 60 miljoen euro de verwerende partij de perken van een redelijk oordeel te buiten is gegaan, willekeurig zou hebben gehandeld of zelfs hebben bedoeld om de verzoekende partij de deelname onmogelijk te maken.

Het lijkt voorts niet dat de verwerende partij, ook al zijn volgens de verzoekende partij de verschillen in omzetcijfers “gering”, mocht afwijken van hetgeen zijzelf duidelijk als een selectievereiste had gesteld en over verschillen van ongeveer 10 % had mogen heengaan, nu de verzoekende partij gewag maakt van omzetcijfers voor de betrokken jaren van 53 710 981, 55 029 224 en 53 026 916 euro.

Ten slotte lijkt het feit dat er nog andere parameters bij het criterium van de financiële en economische draagkracht in rekening moeten worden gebracht, er niet toe te moeten leiden dat aan het onvoldoende omzetcijfer mocht worden voorbijgegaan.

De grieven betreffende het omzetcijfer worden niet als ernstig beschouwd, en de beslissing daaromtrent lijkt geen van de in het middel geschonden geachte beginselen te schenden.

14.2. Wat betreft de grief van de verzoekende partij inzake het operationele resultaat, lijkt zij geen belang meer te vertonen bij dit middelonderdeel. Er is immers niet aangetoond dat het niet in aanmerking nemen van de kandidatuur van de verzoekende partij op grond van een beoordeling van het omzetcijfer onrechtmatig was. Aldus blijft de verzoekende partij niet geselecteerd ook al zou

worden geschorst op grond van het voorliggende middelonderdeel, en lijkt het middelonderdeel niet ontvankelijk.

14.3. Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

Tweede middel

15. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van “het eigen selectiedocument en het beginsel patere legem quam ipse fecisti”, van “de motiveringsplicht” en van het “gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel”.

Zij betoogt daartoe :

- eerste onderdeel: er wordt geen rekening gehouden met alle in het selectiedocument vermelde selectiecriteria, minstens niet in gelijke mate; uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij zich bij de beoordeling van de kandidaten voornamelijk, en zelfs enkel gebaseerd heeft op één van de zes selectiecriteria, meer bepaald de financieel-economische draagkracht; inzake het criterium vakbekwaamheid beperkt de beoordeling zich tot de zinsnede: “aangezien het alle drie vismijnen betreffen met een operationele activiteit”; het is niet omdat het vismijnen betreft dat er vakbekwaamheid is; op de drie criteria strategische visie, behoud van activiteiten en tewerkstelling in Oostende en mededinging wordt helemaal niet ingegaan in de bestreden beslissing; er moet nochtans met alle selectiecriteria rekening gehouden worden en bij gebrek aan expliciete weging hebben ze alle eenzelfde gewicht;
- tweede onderdeel: er wordt rekening gehouden met criteria die niet in het selectiedocument werden vermeld; in de bestreden beslissing staat dat de tussenkomende partij een voorkeur geniet omdat zij op hetzelfde netwerk is aangesloten als de Oostendse Vismijn; dit criterium staat nergens in het selectiedocument;
- derde onderdeel: de uitsluitingscriteria werden niet correct toegepast; in het selectiedocument staat : “De inschrijvers mogen zich niet bevinden in één van de uitsluitingscriteria zoals bepaald in artikel 45 van de Richtlijn 2004/18/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, welke naar analogie zullen worden toegepast”; in de bestreden beslissing staat dat “alle drie de kandidaten zich niet bevinden in één van de situaties van de uitsluitingscriteria”; de tussenkomende partij, evenals haar

zaakvoerders en personeelsleden, werden in 2007 veroordeeld wegens fraude; dit zijn twee uitsluitingsgronden vervat in artikel 45 van voormelde richtlijn namelijk een veroordeling en een ernstige fout in de uitoefening van het beroep; mocht de tussenkomende partij geen melding gemaakt hebben van die veroordeling dan is er zelfs sprake van een derde uitsluitingsgrond met name valsheid in geschrifte.

Beoordeling van het middel

16.1. Te dezen betreft de vordering een procedure in fasen met het oog op het vinden van een operationele partner voor de exploitatie; de fase selectie en daarin de zogenaamde selectiecriteria lijken dus bedoeld om tot een rangschikking te komen in die zin dat er zich uiteindelijk drie tot vijf gegadigden bovenaan die rangschikking zouden bevinden die dan vervolgens in de gunningsfase zouden mededingen. De verzoekende partij toont niet aan volgens welke rechtsbepaling, beginsel of besteksbe­paling in deze specifieke context op de verwerende partij de absolute verplichting zou hebben berust om “rekening” te houden met “alle” in het selectiedocument vermelde selectiecriteria, en zulks zelfs in gelijke mate, ten overstaan van kandidaten die al niet selecteerbaar bleken op grond van één concreet te toetsen vereiste. Zulks lijkt te dezen niet te kunnen worden afgeleid uit het bestek, noch uit het motiveringsbeginsel, noch uit het gelijkheidsbeginsel. De verzoekende partij en de derde inschrijver NV United Fish Auctions (niet de tussenkomende partij) lijken terecht te zijn uitgesloten van de rangschikking, op grond van een toetsing aan één gegeven uit een selectie­criterium, namelijk hun omzetcijfer; dit gebeurde door toepassing van een mathematische besteksbe­paling, die, zoals hiervoor is vastgesteld, niet onrechtmatig leek, en nadat alle drie de kandidaten op dezelfde wijze op hun omzetcijfers zijn afgerekend.

Wel lijkt het dat, in de mate dat zou worden vastgesteld dat niet alle selectiecriteria ten aanzien van de tussenkomende partij zijn onderzocht, de verzoekende partij belang bij dit middel zou kunnen hebben: namelijk in zoverre ook de tussenkomende partij eventueel niet voldoet aan een bepaald selectie­criterium en dus op haar beurt, zoals de verzoekende partij, niet mocht worden geselecteerd.

De verzoekende partij verwijst in dit verband naar de criteria strategische visie, behoud van activiteiten en tewerkstelling in Oostende en mededinging. Uit het administratief dossier -vertrouwelijk stuk 19 waarop de Raad van State acht heeft geslagen - lijkt te mogen worden afgeleid dat wel degelijk de

kandidatuur van de tussenkomende partij aan die selectiecriteria is getoetst en op eerste gezicht niet op ondeugdelijk gemotiveerde wijze.

Uit wat voorafgaat volgt dat het onderdeel niet ernstig is.

16.2. De overweging in de bestreden beslissing dat er aansluiting is op eenzelfde netwerk is een overvloedige reden.

Het middelonderdeel is niet ernstig.

16.3. Wat betreft artikel 45 van de Richtlijn 2004/18/EU van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, worden onder lid 1 van dat artikel een aantal gevallen van veroordeling voor bepaalde feiten vermeld “bij een onherroepelijk vonnis” die, indien voorhanden, verplicht aanleiding geven tot uitsluiting van deelneming aan een overheidsopdracht; blijkbaar is er te dezen geen “onherroepelijk” vonnis - stuk 2 van de tussenkomende partij vermeldt het instellen van hoger beroep.

Voorts worden onder lid 2 van dit artikel 45 een aantal gevallen vermeld die, indien van toepassing op de inschrijver, aanleiding kunnen geven tot uitsluiting; zo vermeldt littera c: “jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels” en littera d: “die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken”. Omdat er hoger beroep is ingesteld, lijkt er noch een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde noch een -bewezen- ernstige beroepsfout aanwezig.

Ook dit middelonderdeel faalt en dienvolgens is het hele middel niet ernstig.

17. Geen der middelen is ernstig zodat aan de eerste van de door artikel 17 gestelde voorwaarden niet is voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de BV Visafslag Urk in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zevenentwintig november 2008, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.