

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 206.853 van 29 juli 2010
in de zaak A. 197.033/XII-6253**

In zake : de NV MEDIATRADER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dominique Blommaert en Jan Ghysels
kantoor houdend te Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de GEMEENTE SCHAARBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean Bourtembourg
kantoor houdend te Brussel
Zwitserlandstraat 24

Tussenkomende partij :

de NV CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Pierre De Bandt, Peter Teerlinck en Muriel Vanderhelst
kantoor houdend te Brussel
Clovislaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 juli 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek van 27 april 2010 waarbij beslist werd dat de verzoekende partij niet geselecteerd werd voor (de) algemene offerteaanvraag uitgeschreven voor de plaatsing en het onderhoud van informatiedragers op het grondgebied van de gemeente Schaarbeek en de offerte wordt toegewezen aan een andere, niet meegedeelde inschrijver”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 juli 2010, om 14.00 uur.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan Ghysels, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Frank Vandevoorde, die loco advocaat Jean Bourtembourg verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Muriel Vanderhelst en Michel Flamme, die loco advocaten Pierre de Bandt en Peter Teerlinck verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Voorliggende betwisting handelt over een algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking die de gemeente Schaarbeek heeft uitgeschreven voor “Stadsmeubilair. Plaatsing en onderhoud van informatiedragers op het grondgebied van Schaarbeek”.

3.2. Op deze opdracht is het bijzonder bestek SCHA/EQUIP/2009/027 van toepassing.

Artikel 1 van het bijzonder bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

“De opdracht is een overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp de levering, de installatie en het onderhoud van stadsmeubilair, voornamelijk planimeters, bestemd als informatiedragers met een gemeentelijk, sociaal, cultureel en toeristisch karakter volgens het bijgevoegde lokalisatieplan. (...)”

Artikel 3 van het bijzonder bestek bepaalt onder “duur van de opdracht”:

“De opdracht wordt afgesloten voor een periode van 10 jaar, beginnende op de datum van de aflevering van de eerste stedenbouwkundige vergunning en ten vroegste op 1 december 2009 en van rechtswege eindigend na verloop van de 10 jaar zonder stilzwijgende verlenging.

De opdrachtnemer blijft eigenaar van het basis- en bijkomend stadsmeubilair tijdens de volledige looptijd van het contract.

Wat betreft het eventueel bijkomend meubilair, de verplichtingen inzake de levering, de installatie, het onderhoud, de herstelling en in voorkomend geval de vernieuwing, beëindigen eveneens van rechtswege na verloop van de 10 jaar bepaald in het basiscontract.

Aan het einde van het contract zal de opdrachtnemer het basis- en bijkomend stadsmeubilair demonteren en verwijderen.”

3.3. De aankondiging van de opdracht wordt op 30 juli 2009 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.4. Zowel het bijzonder bestek als de aankondiging bevatten dezelfde voorwaarden voor deelneming. Deze worden in artikel 6 van het bijzonder bestek als volgt omschreven onder “kwalitatieve selectiecriteria”:

“Het Bestuur zal slechts de inschrijvers weerhouden die niet uitgesloten zijn van deelname aan de opdracht en waarvan het oordeelt dat zij de financiële, economische en technische draagkracht bezitten, nodig voor de uitvoering van de onderneming.

Daartoe voegt de inschrijver bij zijn offerte de documenten voorzien bij de artikelen 43 tot 46 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken, te weten:

1) Persoonlijke toestand

- ☐ Indien hij personeel tewerkstelt dat onderworpen is aan de Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de sociale zekerheid der arbeiders, voegt hij bij zijn offerte het attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, voorzien bij artikel 90 § 3 en 4 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken;
- ☐ De buitenlandse inschrijver zal een attest bijvoegen uitgereikt door de bevoegde overheid waarin bevestigd wordt dat hij, volgens de toestand van ten laatste de dag vóór de uiterste datum van de ontvangst van de offertes, hij op die datum in regel is met de betaling van de verplichte bijdragen voor sociale zekerheid in overeenstemming met de wettelijke bepalingen van het

land waar hij gevestigd is. Indien een dergelijk document niet uitgereikt wordt in het betrokken land, kan het vervangen worden door een verklaring onder eed of een plechtige verklaring van de betrokkene voor een gerechtelijke instantie of overheidsinstantie, een notaris of een bevoegde beroepsorganisatie van dat land.

- ☐ Een attest van de Directe Belastingen (formulier 276 C2) afgeleverd door de Publieke Federale Dienst Financiën (sector Directe Belastingen) of equivalent voor de buitenlandse inschrijver;
- ☐ Een BTW-attest afgeleverd door de Publieke Federale Dienst Financiën (sector BTW) of equivalent voor de buitenlandse inschrijver;

Bovendien, volgens artikel 43 § 1, wordt in elk stadium van de gunningsprocedure uitgesloten van de toegang ertoe, de leverancier die bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan waarvan de aanbestedende overheid kennis heeft, veroordeeld is voor:

- 1/ deelname aan een criminele organisatie als bedoeld in artikel 324 bis van het Strafwetboek;
- 2/ omkoping als bedoeld in artikel 246 van het Strafwetboek;
- 3/ fraude als bedoeld in artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese gemeenschappen, goedgekeurd door de wet van 17 februari 2002;
- 4/ witwassen van geld als bedoeld in artikel 3 van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financieel stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

2) Technische bekwaamheid

- ☐ De capaciteit van de inschrijver zal geschat worden op grond van zijn bedrevenheid, zijn doeltreffendheid, zijn ervaring en betrouwbaarheid. Te dien einde worden de inschrijvers verzocht hun capaciteiten aan te tonen op basis van deze vier punten, op A4 formaat en bij voorkeur beperkt tot maximaal 8 blz.”.

3.5. De inschrijvingen worden geopend op 21 september 2009. Naast de verzoekende partij dienen ook Clear Channel en JC Decaux een offerte in.

3.6. Op 23 oktober 2009 richt de toenmalige raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij een schrijven waarin, in reactie op vermeende opmerkingen van de andere inschrijvers, wordt benadrukt dat zijn cliënte niet getroffen wordt door een uitsluitingscriterium.

3.7. Met een besluit van 2 februari 2010 wijst het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek de opdracht toe aan de NV Clear Channel voor haar variante 1 (contract voor 12 jaar). Deze beslissing wordt bij besluit van 6 april 2010 door de gewestelijke overheid geschorst en wordt vervolgens door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek bij beslissing van 27 april 2010 ingetrokken.

Met hetzelfde besluit van 27 april 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen het aangepast toewijzingsverslag van 26 april 2010 goed te keuren, “Clear Channel en JC Decaux te selecteren, Media Trader niet te selecteren, de offerte van JC Decaux en de varianten 1 (contract van 12 jaar) en variante 2 (omzetting van de compensatie in goederen en diensten) van Clear Channel onregelmatig te verklaren” en de opdracht toe te wijzen aan de NV Clear Channel Belgium voor haar basisofferte.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een op 25 juni 2010 verzonden aangetekende brief deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat het college van burgemeester en schepenen op 27 april 2010 heeft beslist haar niet te selecteren. In voormelde brief is het volgende uittreksel uit het onderzoeksrapport dat deel uitmaakt van de toewijzingsbeslissing opgenomen:

“CONCLUSIE VAN DE KWALITATIEVE SELECTIE:

Media Trader, een maatschappij die hoofdzakelijk actief is in het verhuur van publicitaire ruimtes, is een filiaal (op 85%) van de groep Think Media, in het bijzonder actief op het vlak van publiciteit, radio, internet en magazines.

Voor de uitvoering van de opdracht doet MEDIA TRADER beroep, in onderaanneming, op THINK MEDIA voor de financiële steun en op THINK MEDIA OUTDOOR (filiaal van THINK MEDIA) voor de logistieke inbreng en de uitvoering van de opdracht.

MEDIA TRADER vormt een N.V. maar is niet onderworpen aan de R.S.Z.. Het betreft dus een agentschap gevormd door enkele aandeelhouders die geen personeel tewerkstelt.

In februari 2009 heeft MEDIA TRADER een exclusief contract afgesloten met DELHAIZE voor het uitbaten van 2 m² publiciteitspanelen op de parkings van DELHAIZE.

Bovendien, hoewel het niet direct over de inschrijver gaat, THINK MEDIA, zijn bedrijfsleider (Maurice De Velder), THINK MEDIA OUTDOOR en andere filialen van de groep zijn zwaar veroordeeld geweest door de Correctionele Rechtbank van Antwerpen op 27 juni (met name beroepsverbod van 10 jaar voor Maurice De Velder) voor valsheid in geschrifte, corruptie, misbruik van sociale goed, misbruik van vertrouwen en witwassen van geld tussen 1997 en 2002.

In het Arrest van 2 april 2009 heeft het Hof van Beroep te Antwerpen (13de kamer) lichtere straffen uitgesproken (hoofdgevangenisstraf van 2 jaar met uitstel gedurende 3 jaar, vermindering van de geldboete en inbeslagname en opheffing van het beroepsverbod) en voor THINK MEDIA OUTDOOR

(opschorting van veroordeling gedurende 3 jaar, uitstel van de bevolen verbeurdverklaringen), enz.

Wat betreft de kwalitatieve selectie moeten de volgende elementen op de voorgrond geplaatst worden:

Juridische situatie

Het vereiste attest van de Directe Belastingen is niet bijgevoegd. Een rechtspraak van de Raad van State (R.v.St. nr. 108.956 van 8 juli 2002) legt vast dat de afwezigheid van één vereist document voldoende is om de niet-selectie te motiveren.

Technische bekwaamheid

Artikel 45 van het K.B. van 08/01/1996 bepaalt dat het de inschrijver toegelaten is 'zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval, moet hij aan de aanbestedende overheid aantonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de leverancier dergelijke middelen ter beschikking stellen.'

Bovendien moet de inschrijver het bewijs voorleggen dat hij werkelijk, voor de uitvoering van de opdracht, zal beschikken over de nodige middelen die ter zijner beschikking gesteld zijn door deze entiteiten door de verbintenis zonder beperking van deze laatste. In het onderhavige geval heeft de inschrijver niet formeel het bewijs geleverd van de verbintenis van THINK MEDIA en THINK MEDIA OUTDOOR.

Een rechtspraak van de Raad van State (R.v.St. nr. 163.111 van 3 oktober 2006 (Drisag Buro & Furniture tegen de Belgische Staat) maakt duidelijk welke vorm de verbintenis met derden moet aannemen.

De inschrijver Drisag Buro legde brieven van verbintenis voor met de firma Van Goethem die verklaarden dat zij beroep mochten doen op zijn logistieke middelen en had een draagkracht vandie zij ter beschikking kon stellen aan Drisag voor de looptijd van de opdracht.

De R.v.St. vestigde de aandacht op de uitdrukkingen 'can make appeal' (zou in beroep kunnen gaan) en 'which we can put at your disposal' (die we ter uwer beschikking zouden kunnen stellen) om vast te stellen dat er niet kan besloten worden dat deze verklaringen verbintenissen vormen in gezamenlijke zin t.t.z. een verbintenis die een garantie geeft voor de uitvoering in geval van het in gebreke blijven van de inschrijver. Hij concludeert tot een duidelijke onzekerheid betreffende een eventuele verbintenis in relatie met de opdracht.

In ieder geval, de aangehaalde technische bekwaamheid betreft hoofdzakelijk publicitaire panelen geplaatst op werfafsluitingen of de onlangs geplaatste publicitaire panelen op de parkings van DELHAIZE. De bekwaamheid van de inschrijver krachtens zijn bedrevenheid, zijn efficiëntie, zijn ervaring, zijn betrouwbaarheid is niet bewezen geweest op een overtuigende manier voor een opdracht betreffende stadsmeubilair gelijksoortig aan het voorwerp van deze opdracht.

In ieder geval is het veelbetekenend vast te stellen dat de gemeente een spontaan schrijven, dd. 23 oktober 2009, ontvangen heeft van de raadsman (Meester Dirk De Keuster) van MEDIA TRADER erop wijzend dat de inschrijver MEDIA TRADER nooit veroordeeld werd en dat er geen rekening mag gehouden worden met de toestand van de verbonden maatschappijen; en dat zelfs als de moedermaatschappij (THINK MEDIA) en de filialen het

voorwerp hebben uitgemaakt van een opschorting van uitspraak, er een blanco uittreksel uit het strafregister wordt toegevoegd voor MEDIA TRADER en THINK MEDIA.

Het is inderdaad niet toegestaan rekening te houden met de juridische situatie van ieder ander persoon dan deze van de inschrijver zelf en het past goed om MEDIA TRADER en THINK MEDIA (bestuurd door Maurice De Velder die het onderwerp uitgemaakt heeft van een veroordeling) en THINK MEDIA OUTDOOR af te zonderen betreffende de bekwaamheid voor dewelke de inschrijver van plan is om in beroep te gaan.

Conclusie: Rekening houdend met de bundel aan elementen, heeft MEDIA TRADER niet voldoende garanties weergegeven en wordt dus niet geselecteerd.”

In fine van deze brief wordt vermeld dat de verzoekende partij overeenkomstig artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten over een termijn van vijftien dagen beschikt om bij een rechtscollège bezwaar in te dienen en dit uitsluitend in het kader van een kort geding procedure voor een justitiële rechter of voor de Raad van State met een procedure van uiterste hoogdringendheid. Indien binnen die termijn geen mededeling in die zin wordt ontvangen, zal de opdracht afgesloten worden.

IV. Tussenkoms

4. Met een op 16 juli 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de NV Clear Channel Belgium om in het geding te mogen tussenkomen.

De NV Clear Channel Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en zij heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Onderzoek van de vordering

5. 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.

A. Ernst van de middelen

1. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van de “wet van 20 (lees 29) juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van (de) bestuurshandelingen”, de “artikelen 43, 45, 69 en 70 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de openbare aanbestedingen van werken, leveringen en diensten (lees: het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken) (...)” alsook de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

In het verzoekschrift wordt het volgende uiteengezet:

“De uitsluiting wordt ondermeer gesteund op de navolgende motieven (onderstreping toegevoegd):

Bovendien, hoewel het niet direct over de inschrijver gaat, THINK MEDIA, zijn bedrijfsleider (Maurice De Velder), THINK MEDIA OUTDOOR en andere filialen van de groep zijn zwaar veroordeeld geweest door de Correctionele Rechtbank van Antwerpen op 27 juni (met name beroepsverbod van 10 jaar voor Maurice De Velder) voor valsheid in geschrifte, corruptie, misbruik van sociale goed, misbruik van vertrouwen en witwassen van geld tussen 1997 en 2002.

In het Arrest van 2 april 2009 heeft het Hof van Beroep te Antwerpen (13de kamer) lichtere straffen uitgesproken (hoofdgevangenisstraf van 2 jaar met uitstel gedurende 3 jaar, vermindering van de geldboete en inbeslagneming en opheffing van het beroepsverbod) en voor THINK MEDIA OUTDOOR (opschorting van veroordeling gedurende 3 jaar, uitstel van de bevolen verbeurdverklaring), enz.

In ieder geval is het veelbetekenend vast te stellen dat de gemeente een spontaan schrijven, dd. 23 oktober 2009, ontvangen heeft van de raadsman (Meester Dirk De Keuster) van MEDIA TRADER erop wijzend dat de inschrijver MEDIA TRADER nooit veroordeeld werd en dat er geen rekening mag gehouden worden met de toestand van de verbonden maatschappijen; en dat zelfs als de moedermaatschappij (THINK MEDIA) en de filialen het voorwerp hebben uitgemaakt van een opschorting van uitspraak, er een blanco uittreksel uit het strafregister wordt toegevoegd voor MEDIA TRADER en THINK MEDIA.

Het is inderdaad niet toegestaan rekening te houden met de juridische situatie van ieder ander persoon dan deze van de inschrijver zelf en het past goed om MEDIA TRADER en THINK MEDIA (bestuurd door Maurice De Velder die

het onderwerp uitgemaakt heeft van een veroordeling) en THINK MEDIA OUTDOOR af te zonderen betreffende de bekwaamheid voor dewelke de inschrijver van plan is om in beroep te gaan.

Deze motieven kunnen de uitsluiting niet dragen en de aanbestedende overheid is zich daar goed van bewust nu ze zelf stelt: 'hoewel het niet direct over de inschrijver gaat'. En nog: 'Het is inderdaad niet toegestaan rekening te houden met de juridische situatie van ieder ander persoon dan deze van de inschrijver zelf en het past goed om MEDIA TRADER en THINK MEDIA (bestuurd door Maurice De Velder die het onderwerp uitgemaakt heeft van een veroordeling) en THINK MEDIA OUTDOOR af te zonderen betreffende de bekwaamheid voor dewelke de inschrijver van plan is om in beroep te gaan'.

Er wordt trouwens niet betwist dat de inschrijver en Think Media over een blanco strafregister beschikken en dat desbetreffende een uittreksel uit het strafregister is toegevoegd. Het verbaast dat de aanbestedende overheid hier melding maakt van een vonnis en een arrest dat haar normaal niet bekend is en zij helemaal niet uitlegt hoe zij over die informatie beschikt. Het feit dat die informatie in het bezit is van de aanbestedende overheid en dat zij er duidelijk gebruik van maakt, niettegenstaande ze zelf toegeeft dat deze informatie eigenlijk niet pertinent is, wijst er op dat de gelijkheid en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet geschonden zijn. De verzoekende partij beschikt daardoor duidelijk niet over dezelfde kansen als andere mededingers.

De aanbestedende overheid weet dat het motief niet pertinent is, omdat het over een andere persoon gaat dan de inschrijver en zij weet dat met een dergelijk motief geen rekening mag gehouden worden. Het is dan ook duidelijk dat door deze motieven de uitsluiting van de verzoekende partij en de gunning aan een andere mededinger zonder de offerte van de verzoekende partij te onderzoeken niet kunnen dragen. De Wet van 20 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen is dan ook geschonden.

In feite geeft de aanbestedende overheid zelf aan dat het gaat om overbodige motieven.

Door deze overbodige motieven toch op te nemen in de uitsluiting- en gunningbeslissing handelt de aanbestedende overheid onzorgvuldig. De aanbestedende overheid brengt door dit te doen de verzoekende partij in opspraak, zonder dat zij daartoe reden heeft. Dat schaadt de verzoekende partij, zodat hier nadrukkelijk voorbehoud gemaakt wordt om schadevergoeding te eisen.

Blijkbaar doelt de aanbestedende overheid op artikel 43, § 1, 4/ en § 2, 3/ en/of artikel 69, § 1,4/ en § 2,3/ ARO. Deze bepalingen betreffen allen uitsluitend de persoon van de leverancier (artikel 43) of van de dienstverlener (artikel 69). Deze bepaling werkt niet door tot de onderaannemers, ook niet wanneer beroep op hen gedaan wordt voor de draagkracht (artikelen 45 en 70). De artikelen 43 en 69 zijn trouwens van restrictieve interpretatie (F. FLAMEY, J. GHYSELS en K. WAUTERS, 'Bekendmakings-, selectie- en gunningsvoorschriften in de klassieke sectoren voor overheidsopdrachten', deel 2, C.D.P.K. 2000, (456), 464, nr. 14). Bovendien is in artikel 18 van het lastenboek bepaald dat wanneer de hele of een deel van de opdracht aan één of meerdere onderaannemers wordt toevertrouwd de opdrachtnemer in elk geval verantwoordelijk blijft ten opzichte van de aanbestedende overheid. Het is dan ook duidelijk dat door de onderaannemers op een overigens onjuiste wijze bij de beoordeling van de inschrijver te betrekken de bepalingen van de artikelen 43, 45, 69 en 70 ARO geschonden zijn. Opnieuw toont dit aan dat de persoon van de verzoeken-

de partij anders beoordeeld is dan de andere inschrijvers, zodat ook de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel geschonden zijn.”

Beoordeling

7. In de huidige stand van het geding volstaat de vaststelling dat niet aangenomen kan worden dat de verzoekende partij werd uitgesloten wegens de in de bestreden beslissing vermelde veroordelingen of uitgesproken opschortingen van veroordelingen van haar moedermaatschappij Think-Media en zustermaatschappij Think-Media Outdoor.

Integendeel stelt de bestreden beslissing zelf uitdrukkelijk dat “het (...) inderdaad niet (is) toegestaan rekening te houden met de juridische situatie van ieder ander persoon dan deze van de inschrijver zelf en het (...) goed (past) om MEDIA TRADER en THINK MEDIA (bestuurd door Maurice De Velder die het onderwerp uitgemaakt heeft van een veroordeling) en THINK MEDIA OUTDOOR af te zonderen betreffende de bekwaamheid voor dewelke de inschrijver van plan is om in beroep te gaan”.

Het middel mist dan ook feitelijke grondslag in de mate dat het berust op het uitgangspunt dat de niet-selectie van de verzoekende partij gesteld is op de aangehaalde strafrechtelijke veroordelingen.

Bedoelde motieven moeten als overtoollig worden aangemerkt. Een overtoollig motief kan per definitie geen invloed hebben op de strekking van een bepaalde beslissing. De opname in een administratieve rechtshandeling van een overtoollig of “overbodig” motief, kan die rechtshandeling dan ook niet onwettig maken.

In de mate dat de verzoekende partij opwerpt dat onduidelijk is hoe de betrokken informatie in het bezit is gekomen van de verwerende partij en het gebruik van niet-pertinente gegevens wijst op een schending van het gelijkheidsbeginsel, gaat zij er niet alleen aan voorbij dat bedoelde informatie klaarblijkelijk tijdens de voorafgaande procedure werd meegedeeld door haar eigen raadsman, maar toont zij ook niet aan waarom zulks tot de onwettigheid van de bestreden beslissing zou moeten leiden aangezien de informatie in kwestie niet van beslissende invloed is geweest op de toewijzing van de opdracht.

Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

2. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een tweede middel roept de verzoekende partij opnieuw de schending in van de “wet van 20 (lees 29) juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van (de) bestuurshandelingen” en van de artikelen 43 en 69 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, alsook de schending van artikel 6.1. van het bijzonder bestek en van het redelijkheidsbeginsel, en machtsoverschrijding.

De verzoekende partij betoogt het volgende:

“In artikel 6, 1) van het bijzonder bestek wordt ondermeer de overlegging gevraagd van een attest van de Directe Belastingen (formulier 276 C2) dat afgeleverd wordt door de Publieke Federale Dienst Financiën.

Volgens het bestreden besluit was dat attest niet bij de offerte gevoegd: ‘Het vereiste attest van de Directe Belastingen is niet bijgevoegd. Een rechtspraak van de Raad van State (R.v.St. nr. 108.956 van 8 juli 2002) legt vast dat de afwezigheid van één vereist document voldoende is om de niet-selectie te motiveren.’

De verzoekende partij betwist dit ten stelligste.

Deze vaststelling volstaat ook niet om de verzoekende partij uit te sluiten.

Volgens artikel 43, § 2, 6/ ARO kan een leverancier in elk stadium van de procedure uitgesloten worden wanneer hij niet in orde is met de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de Belgische wetgeving of die van het land waar hij gevestigd is. Hetzelfde geldt volgens artikel 69, § 2, §/ ARO voor de dienstverlener. Het woordje ‘kan’ wijst er al op dat de uitsluiting geen automatisme is. Het opdrachtgevend bestuur kan de leverancier/dienstverlener uitsluiten maar moet dat niet doen. Er is dus geen gebonden bevoegdheid. Dat betekent dat het aanbestedend bestuur zich niet kan beperken tot de vaststelling dat de leverancier/dienstverlener zich in een dergelijke situatie bevindt. Het bestuur moet na vastgesteld te hebben dat de leverancier/dienstverlener zich in een dergelijke situatie bevindt, zijn beslissing om de leverancier/dienstverlener uit te sluiten nog steeds motiveren. Er is hier geen dergelijke motivering aanwezig, zodat de Motiveringswet geschonden is.

Een ontbrekend stuk maakt de offerte maar relatief onregelmatig. Dat stuk kan steeds opgevraagd worden (zie C. DE KONINCK, Encyclopedie van het Overheidsopdrachtenrecht, Mechelen, Kluwer, 2010, 395; R.v.St. NV Bull, nr. 185.948, 29 augustus 2008). Het is kennelijk onredelijk dat de aanbestedende overheid die leemte niet heeft opgevuld door het ontbrekende stuk niet alsnog aan de verzoekende partij op te vragen, maar de verzoekende partij op

gond van die leemte zondermeer uitsluit. Het opvragen van dat stuk zou de gelijkheid tussen de inschrijvers ook helemaal niet in het gedrang brengen.

Maar er is meer. De gemeente Schaarbeek stelt helemaal niet vast dat de verzoekende partij niet in orde is met de betaling van haar belastingen overeenkomstig de Belgische wetgeving. Aangezien dat niet vastgesteld is dat de verzoekende partij niet in orde is met de betaling van haar belastingen, past de gemeente Schaarbeek ten onrechte de uitsluiting toe en schendt zij daardoor de artikelen 43 en 69 ARO.

De gemeente Schaarbeek maakt van het ontbreken van het attest van de Directe Belastingen zelf de uitsluitinggrond. De uitsluitinggronden zijn evenwel limitatief opgesomd in de artikelen 43 en 69 ARO (zie HvJ, nr. C-213/07, 16 december 2008, C.D.P.K. 2009, 747 met noot K. WAUTERS en E. LONCKE, 'Uitsluitingsgronden zijn limitatief, uitsluitingsmaatregelen niet', 757). Het ontbreken van het attest van de Directe Belastingen is niet als uitsluitingsgrond opgenomen in de wet overheidsopdrachten en ook niet in het ARO. Volgens de artikelen 43 en 69 ARO kan het bewijs dat de leverancier/dienstverlener zich niet in een toestand bevindt dat hij niet in orde is met de betaling van zijn belastingen geleverd worden door een getuigschrift. Zo'n getuigschrift of attest is een bewijsmiddel. Het is niet eens het enige bewijsmiddel. Uit het ontbreken van het attest of getuigschrift kan dus niet worden afgeleid dat de verzoekende partij zich in een toestand bevindt dat zij niet in orde is met de betaling van haar belastingen. Door de verzoekende partij uit te sluiten omdat het attest van de Directe Belastingen zou ontbreken, schendt de gemeente Schaarbeek de artikelen 43 en 69 ARO en gaat zij haar bevoegdheid te buiten.

De gemeente Schaarbeek stelt in de bestreden beslissing zelfs niet dat volgens haar het ontbreken van het attest een bewijs zou zijn dat de verzoekende partij zich in een toestand bevindt dat zij niet in orde is met de betaling van de belastingen. Bovendien zou de gemeente Schaarbeek dan moeten motiveren nergens hoe zij van de vaststelling dat het attest van de Directe Belastingen ontbreekt tot de conclusie komt dat de verzoekende partij niet in orde is met de betaling van haar belastingen en daarom moet geweerd worden. Ook om deze reden is de Motiveringswet geschonden.

Ten onrechte meent de gemeente Schaarbeek zich te kunnen steunen op 's Raads arrest nr. 108.956 (NV Varec, van 8 juli 2002). In dat arrest heeft de Raad van State geoordeeld dat wanneer het bestek op straffe van niet geselecteerd te worden voorschrijft dat bepaalde documenten of attesten bij de offerte moeten worden gevoegd, het niet voegen van één van die documenten of attesten op zichzelf de niet selectie rechtvaardigt. In tegenstelling tot de zaak waarover de Raad zich met zijn arrest nr. 108.956 heeft uitgesproken, is het voegen van het attest van de Directe Belastingen hier in het bestek niet voorgeschreven of straffe van niet-selectie. Ook in het arrest nr. 199.283 NV Wycor van 29 december 2009 wijst de Raad van State er op dat enkel in het geval het bestek daarvoor een sanctie voorziet, ontbrekende stukken niet kunnen worden gevoegd. Door te doen alsof het bestek dat wel heeft voorgeschreven op straffe van niet-selectie, schendt de gemeente Schaarbeek het door haar opgestelde bestek en is de beslissing tot uitsluiting natuurlijk ook niet gemotiveerd zoals vereist door de Motiveringswet.

De verzoekende partij voegt in bijlage een kopie van een attest van recentere datum (9 december 2009) waaruit blijkt dat er zich wat betaling van de belastingen betreft geen enkel probleem stelt.”

Beoordeling

9. Artikel 6.1. van het bijzonder bestek bepaalt dat de inschrijver bij zijn inschrijving de documenten voegt voorzien door de artikelen 43 tot 46 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Onder “persoonlijke toestand” vraagt het bijzonder bestek de voorlegging van onder meer “een attest van de Directe Belastingen (formulier 276 C2) afgeleverd door de Publieke Federale Dienst Financiën (sector Directe Belastingen) of equivalent voor de buitenlandse inschrijver” en van “een BTW-attest afgeleverd door de Publieke Federale Dienst Financiën (sector BTW) of equivalent voor de buitenlandse inschrijver”.

Alhoewel het bestek in casu niet uitdrukkelijk bepaalt dat de voornoemde stukken op straffe van onregelmatigheid, nietigheid of niet-selectie worden voorgeschreven, wordt in de huidige stand van het geding aangenomen dat het bestuur tot de niet-selectie kan besluiten op grond van de loutere vaststelling dat een in het kader van de kwalitatieve selectie uitdrukkelijk gevraagd en verplicht bij de offerte te voegen stuk door de inschrijver niet werd bijgevoegd. Artikel 46 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt weliswaar dat de aanbestedende instantie binnen de grenzen van de artikelen 43 tot 46bis, kan verlangen dat de kandidaten of inschrijvers de overgelegde getuigschriften en documenten aanvullen of toelichten, maar uit voormelde bepaling kan op het eerste gezicht niet afgeleid worden dat in hoofde van het bestuur de verplichting bestaat om te voorzien in de mogelijkheid tot regularisatie van een onvolledige offerte.

In de thans bestreden beslissing wordt vastgesteld dat het vereiste attest van de Directe Belastingen ontbreekt, hetgeen de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet betwist. Ter terechtzitting laat de raadsman van de verzoekende partij uitschijnen dat bedoeld attest wel bij de offerte was gevoegd, maar dat zulks actueel niet bewezen kan worden aangezien geen volledige kopie van de ingediende offerte werd bijgehouden. Daargelaten de vaststelling dat dit een nieuw argument is dat reeds in het verzoekschrift had kunnen worden opgeworpen, blijkt uit het administratief dossier dat enkel een BTW-attest was bijgevoegd en dus niet het vereiste attest van de Directe Belastingen.

De stelling van de verzoekende partij dat zelfs niet is vastgesteld dat zij niet in orde is met de betaling van de belastingen en dat de uitsluiting op die grond in ieder geval slechts een mogelijkheid is, lijkt er aan voorbij te gaan dat het bestek, precies om te bewijzen dat zij zich niet in een dergelijk geval bevindt, vraagt om de voorlegging van een attest van de Directe Belastingen en een BTW-attest. Het eerste attest werd niet bij de offerte gevoegd en wordt ook thans niet voorgelegd. Aldus lijkt evenmin van dit attest een afzonderlijke uitsluitingsgrond te zijn gemaakt.

De motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In de mate in het middel de schending wordt ingeroepen van de formele motiveringsverplichting volstaat de vaststelling dat het aan de verzoekende partij ter kennis gebracht uittreksel uit het toewijzingsverslag, de redenen van niet-selectie vermeldt waaronder de motieven die in dit middel inhoudelijk worden betwist. Aldus lijkt voldaan aan de belangrijkste bestaansreden van de formele motiveringsplicht.

Het middel is niet ernstig.

3. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij roept in een derde middel opnieuw de schending in van de “wet van 20 (lees 29) juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van (de) bestuurshandelingen”, alsook de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel, van de artikelen 44, 45 en 70 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van artikel 6, 1) van het bijzonder bestek en van het redelijkheidsbeginsel, en dit “met toepassing van artikel 149 van de Grondwet”, waarmee klaarblijkelijk artikel 159 van de Grondwet is bedoeld.

Terzake dit middel luidt de uiteenzetting van het verzoekschrift als volgt:

“Wat de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid betreft wordt aangenomen dat MediaTrader zich wel kan beroepen op de draagkracht van Think Media en Think Media Outdoor, maar wordt gesteld dat er geen verbintenis met die vennootschappen werd gevoegd, wat zou vereist worden door artikel 45 van het K.B. van 8 januari 1996 (onderstreping toegevoegd):

‘Media Trader, een maatschappij die hoofdzakelijk actief is in het verhuur van publicitaire ruimtes, is een filiaal (op 85%) van de groep Think Media in het bijzonder actief op het vlak van publiciteit, radio, internet en magazines.

Voor de uitvoering van de opdracht doet MEDIA TRADER beroep, in onderaanneming op THINK MEDIA voor de financiële steun en op THINK MEDIA OUTDOOR (filiaal van THINK MEDIA) voor de logistieke inbreng en de uitvoering van de opdracht.

Artikel 45 van het K.B. van 08/01/1996 bepaalt dat het de inschrijver toegelaten is ‘zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval, moet hij aan de aanbestedende overheid aantonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de leverancier dergelijke middelen ter beschikking stellen.’

Bovendien moet de inschrijver het bewijs voorleggen dat hij werkelijk, voor de uitvoering van de opdracht, zal beschikken over de nodige middelen die ter zijner beschikking gesteld zijn door deze entiteiten door de verbintenis zonder beperking van deze laatste. In het onderhavige geval heeft de inschrijver niet formeel het bewijs geleverd van de verbintenis van THINK MEDIA en THINK MEDIA OUTDOOR.

Een rechtspraak van de Raad van State (R.v.St. nr. 163.111 van 3 oktober 2006 (Drisag Buro & Furniture tegen de Belgische Staat) maakt duidelijk welke vorm de verbintenis met derden moet aannemen.

De inschrijver Drisag Buro legde brieven van verbintenis voor met de firma Van Goethem die verklaarden dat zij beroep mochten doen op logistieke middelen en had een draagkracht van ... die zij ter beschikking kon stellen aan Drisag voor de looptijd van de opdracht.

De R.v.St. vestigde de aandacht op de uitdrukkingen ‘can make appeal’ (zou in beroep kunnen gaan) en ‘wiche we can put at your disposal’ (die we ter uwer beschikking zouden kunnen stellen) om vast te stellen dat er niet kan besloten worden dat deze verklaringen verbintenissen vormen in gezamenlijke zin t.t.z. een verbintenis die een garantie geeft voor de uitvoering in geval van het in gebreke blijven van de inschrijver. Hij concludeert tot een duidelijke onzekerheid betreffende een eventuele verbintenis in relatie met de opdracht.’

Ook dit motief kan de uitsluiting niet rechtvaardigen.

Artikel 45 ARO stelt dat de technische bekwaamheid van de leverancier op één of meer van manieren kan worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te leveren producten. Een kandidaat of een

inschrijver kan zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende overheid aantonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de leverancier dergelijke middelen ter beschikking te stellen. Deze bepaling heeft enkel betrekking op de technische bekwaamheid.

De aanbestedende overheid betwist niet dat de verzoekende partij voor de financiële draagkracht een beroep kon doen en gedaan heeft op de NV Think Media en voor de technische draagkracht op de NV Think Media Outdoor. Zij lijkt zelfs niet te betwisten dat er een verbintenis is van deze entiteiten. Alleen stelt zij dat die verbintenis niet formeel bewezen is. Weerom gaat het hier over een leemte die perfect, zonder de gelijkheid te schenden kon worden ingevuld door het opvragen van een formeel bewijs. Dat formeel bewijs is trouwens niet voorgeschreven op straffe van nietigheid en ook het bijzonder bestek stelt op het ontbreken van een dergelijk formeel bewijs geen sanctie (zie C. DE KONINCK, Encyclopedie van het Overheidsopdrachtenrecht, Mechelen, Kluwer, 2010, 395; R.v.St. NV Bull, nr. 185.948, 29 augustus 2008). De aanbestedende overheid heeft echter geen contact opgenomen met de verzoekende partij, maar sluit de verzoekende partij op grond van die beweerde leemte uit. Dat is kennelijk onredelijk. Dit is des te meer onredelijk om dat in de richtlijnen duidelijk gesteld wordt dat het kunnen beschikken over de middelen van een andere entiteit bijvoorbeeld kan aangetoond worden door overlegging van een verbintenis. Een verbintenis is bijgevolg geen strikte vereiste. Dat kunnen beschikken over de middelen nodig voor de uitvoering van de opdracht kan dus ook op een andere manier blijken (zie K. RONSE, 'De selectie', in D. D'HOOGHE (ed.), De gunning van overheidsopdrachten, Brugge, die Keure, 2009, (323), 364-365). Door een verbintenis zonder beperking te eisen, voegt de aanbestedende overheid iets toe, zowel aan artikel 45 ARO als aan het bestek en schendt dus deze bepalingen.

De gemeente Schaarbeek verwijst ten onrechte naar het arrest nr. 163.111 (NV Drisag Buro & Furniture van 3 oktober 2006). In dat arrest heeft de Raad van State wel overwogen dat het ging over erg vrijblijvende engagementen. De omstandigheden van de zaak waarover de Raad zich met het arrest nr. 163.111 heeft uitgesproken verschillen echter substantieel van de huidige zaak. In de zaak waarover de Raad zich met het arrest nr. 163.111 uitsprak waren er formele bevestigingen door bijgevoegde brieven. De aanbestedende overheid heeft contact genomen met de inschrijver en bijkomende uitleg ingewonnen. Uiteindelijk is de Raad van oordeel geweest dat die brieven geen echte verbintenis inhielden. In de huidige zaak wordt aan de verzoekende partij verweten dat er een leemte zou zijn omdat er geen afzonderlijke formele verbintenis zou zijn. Het is enkel op grond van dat formalisme dat de verzoekende partij wordt uitgesloten. Er wordt immers niet betwist dat er een verbintenis is, alleen de afwezigheid van een formeel bewijs wordt aangeklaagd. De aanbestedende overheid vindt het echter niet nodig om de verzoekende partij daarop aan te spreken.

Er is hier ook geen sprake van vrijblijvendheid. In de offerte worden naast de verzoekende partij ook de NV Think Media en de NV Think Media Outdoor voorgesteld. Artikel 45 ARO stelt dat een kandidaat of een inschrijver kan zich op de draagkracht van andere entiteiten beroepen, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. Dat wil zeggen dat geen enkele band het beroep op een andere entiteit mag uitsluiten. Men moet bij de beoordeling in concreto wel rekening houden met de band zoals hij zich voor doet. In casu is

de verzoekende partij een volledige dochtermaatschappij van de NV Think Media. De aanbestedende overheid weet dat nu ze zelf schrijft:

‘Media Trader, een maatschappij die hoofdzakelijk actief is in het verhuur van publicitaire ruimtes, is een filiaal (op 85%) van de groep Think Media in het bijzonder actief op het vlak van publiciteit, radio, internet en magazines.’

Dat het een volledige dochtermaatschappij is van de NV Think Media betekent dat er hier een echte juridische band is. Het engagement van de moedermaatschappij is niet vrijblijvend omdat zij als moedermaatschappij voor de nalatigheid van haar dochtermaatschappij zou kunnen aangesproken worden. Het feit van moedermaatschappij te zijn houdt op zich al een financiële garantie in. Het is juist voor de financiële garantie dat een beroep gedaan wordt op de NV Think Media. In de offerte staat dan ook zeer duidelijk:

‘Media Trader kan hierbij profiteren van de financiële draagkracht van het moederbedrijf Think Media NV. Bijlage 1 toont de bedrijfsresultaten van Think Media NV per 30/06/2009.’

De financiële draagkracht van de NV Think Media zelf wordt niet in twijfel getrokken. Op grond van artikel 45 ARO kan niet besloten worden dat de financiële draagkracht niet zou aangetoond zijn. Deze bepaling is dan ook geschonden.

Wat onder financiële draagkracht voor het uitvoeren van de onderneming moet worden verstaan, wordt niet nader gespecificeerd in het bestek. Nochtans moet het selectiecriterium gemoduleerd zijn in functie van de betrokken opdracht. Door na te laten het selectiecriterium te moduleren in functie van de opdracht, is het bestek onwettig en schendt het artikel 44 ARO. Met het aldus omschreven selectiecriterium inzake financiële en economische draagkracht kan in gevolge artikel 159 van de Grondwet geen rekening worden gehouden. Een selectiecriterium dat niet gemoduleerd is in functie van de betrokken opdracht laat een willekeurige selectie toe en is derhalve ook in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel.

De uitsluiting omdat er niet voldoende garanties zouden gegeven zijn inzake financiële en economische draagkracht, is feitelijk onjuist en is niet draagkrachtig gemotiveerd.

De expertise en het personeel wordt geleverd door Think Media Outdoor, wat eveneens een dochtermaatschappij is van Think Media, zodat dit ook geen vrijblijvend engagement is. Uit de offerte van de verzoekende partij blijkt ook zeer duidelijk dat de verzoekende partij weldegelijk over de middelen van Think Media Outdoor kan beschikken. Zo heeft Think Media Outdoor foto's van zijn realisaties ter beschikking gesteld van de verzoekende partij om de technische bekwaamheid te illustreren. De verwijzing naar het contract met Delhaize is hier ook relevant, nu ook voor de plaatsing van publiciteitsborden bij Delhaize door de verzoekende partij beroep gedaan is op de expertise en het personeel van Think Media Outdoor.

Ook wat betreft de technische bekwaamheid moet opgemerkt worden dat deze in het bestek niet nader wordt gespecificeerd. Nochtans moet ook dit selectiecriterium gemoduleerd zijn in functie van de betrokken opdracht. Door na te laten het selectiecriterium te moduleren in functie van de opdracht, is het bestek onwettig en schendt het artikel 44 ARO. Met het aldus omschreven selectiecriterium inzake de technische bekwaamheid kan in gevolge artikel 159 van de Grondwet geen rekening worden gehouden. Een selectiecriterium dat

niet gemoduleerd is in functie van de betrokken opdracht laat een willekeurige selectie toe en is derhalve ook in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel.

De uitsluiting omdat er niet voldoende garanties zouden gegeven zijn inzake technische bekwaamheid, is feitelijk onjuist en is niet draagkrachtig gemotiveerd.”

Beoordeling

11. In haar offerte heeft de verzoekende partij zich voor de financiële en economische draagkracht beroepen op de draagkracht van haar moedermaatschappij de NV Think-Media, en voor de technische bekwaamheid op de bekwaamheid terzake van haar zustervennootschap de NV Think-Media Outdoor. De bestreden beslissing stelt in dit verband vast dat door de verzoekende partij niet formeel het bewijs wordt voorgelegd van een verbintenis met voormelde moeder- en zustervennootschap dat zij daadwerkelijk de middelen ter beschikking zullen stellen bij de uitvoering van de opdracht door de verzoekende partij.

Het middel mist vooreerst feitelijke grondslag in zoverre de verzoekende partij lijkt te willen suggereren dat de verwerende partij uitging van het bestaan van dergelijke verbintenis tussen de betrokken vennootschappen.

De stelling dat het loutere feit van het behoren tot dezelfde groep van vennootschappen ipso facto het bestaan meebrengt van een verbintenis waarbij beroep kan worden gedaan op de draagkracht van de moedervernootschap of de bekwaamheid van een zustervennootschap, kan op het eerste gezicht niet worden bijgetreden. De artikelen 44 en 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepalen immers niet alleen dat de inschrijver zich desgevallend voor welbepaalde opdrachten kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten, maar ook dat de inschrijver aan de aanbestedende overheid moet aantonen dat hij over die middelen zal beschikken door “overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de leverancier dergelijke middelen ter beschikking te stellen”. Voormelde bepalingen vereisen in voldoende duidelijke bewoordingen het overleggen van een “verbintenis”, zodat op het eerste gezicht aangenomen moet worden dat een groepsverband op zich niet volstaat als bewijs.

Waar de verzoekende partij voor het bestaan van een verbintenis met betrekking tot de technische bekwaamheid concrete onderbouwing zoekt in de verwijzing in de offerte naar het zogenaamde Delhaize-contract, wordt vastgesteld dat de vereiste verbintenis slaat op de uitvoering van de actueel betwiste opdracht en dat het bewijs van een verbintenis dienaangaande niet geleverd kan worden door de verwijzing naar de uitvoering van een andere opdracht.

De kritiek van de verzoekende partij dat de verwerende partij haar niet heeft uitgenodigd om het bestaan van de vereiste verbintenis alsnog aan te tonen, is niet ernstig om dezelfde redenen als deze die reeds uiteengezet werden bij de beoordeling van het tweede middel. Ook ten aanzien van de in onderhavig middel ingeroepen schending van de formele motiveringsplicht, geldt de vaststelling dat de doelstelling van de wet van 29 juli 1991 kennelijk werd bereikt gezien de door de verzoekende partij geformuleerde kritiek die wezenlijk van inhoudelijke aard is.

Wat betreft de opgeworpen onwettigheid van de bestekvoorwaarden inzake financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid omdat deze niet in functie van de opdracht werden gemoduleerd en derhalve in strijd zouden zijn met artikel “44” van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en met het gelijkheidsbeginsel, wordt in de huidige stand van het geding vastgesteld dat de kritiek van de verzoekende partij de vereiste ernst ontbeert aangezien deze niet concreet is onderbouwd in het licht van de door het bestek vereiste “technische bekwaamheid” die nader wordt ingevuld door de “capaciteiten” van de inschrijver op het vlak van “zijn bedrevenheid, zijn doeltreffendheid, zijn ervaring en betrouwbaarheid”. Bovendien past het te herhalen dat de motieven inzake “technische bekwaamheid” op grond waarvan de verzoekende partij niet werd geselecteerd in hoofdzaak betrekking hebben op het feit dat zij beroep zou kunnen doen op de bekwaamheid van anderen waaromtrent evenwel geen formele verbintenis wordt voorgelegd. Aangezien voormeld motief op zich de niet-selectie kan verantwoorden, lijkt de verzoekende partij geen belang te hebben bij de kritiek dat de vereiste technische bekwaamheid in het bestek onvoldoende werd gemoduleerd in functie van de opdracht.

Het derde middel is niet ernstig.

4. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij roept in een vierde middel nogmaals de schending in van de “wet van 20 (lees 29) juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van (de) bestuurshandelingen”, alsook de schending van de artikelen 45 en 70 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van het bijzonder bestek SCH/EQUIP/2009/027.

Het verzoekschrift bevat de volgende uiteenzetting:

“De ervaring die aangehaald wordt betreft volgens de gemeente Schaarbeek ook niet het stadsmeubilair:

‘In ieder geval, de aangehaalde technische bekwaamheid betreft hoofdzakelijk publicitaire panelen geplaatst op werfafsluitingen of de onlangs geplaatste publicitaire panelen op de parkings van DELHAIZE. De bekwaamheid van de inschrijver krachtens zijn bedrevenheid, zijn efficiëntie, zijn ervaring, zijn betrouwbaarheid is niet bewezen geweest op een overtuigende manier voor een opdracht betreffende stadsmeubilair gelijksoortig aan het voorwerp van deze opdracht’

Ook deze motivering kan de niet-selectie van de verzoekende partij niet dragen.

De aanbestedende overheid speelt hier met de bewoordingen van het bestek. Zij stelt het voor alsof het bestek zou gaan over meer dan publicitaire panelen. Niets is minder waar. In het bijzonder bestek (artikel 1) is het voorwerp van de opdracht omschreven als volgt (onderstreping toegevoegd):

‘De opdracht is een overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp de levering, de installatie en het onderhoud van stadsmeubilair, voornamelijk planimeters, bestemd als informatiedragers met een gemeentelijk, sociaal, cultureel en toeristisch karakter volgens het bijgevoegde lokalisatieplan.’”

Beoordeling

13. Voor de referentie waarvan sprake is in dit middel, heeft de verzoekende partij, zoals wordt meegedeeld bij de ontwikkeling van het derde middel, beroep gedaan op de expertise en het personeel van de NV Think Media Outdoor. Bij de beoordeling van het derde middel is er reeds op gewezen dat het ontbreken van een formele verbintenis met voormelde vennootschap voor het uitvoeren van kwestieuze opdracht, op zich volstaat om de niet-selectie van de verzoekende partij te verantwoorden. De door de verzoekende partij geformuleerde grief, die betrekking heeft op de inhoudelijke beoordeling van de voorgelegde

referentie inzake technische bekwaamheid, is ondergeschikt aan hetgeen bij de beoordeling van het derde middel werd gesteld. Derhalve heeft de verzoekende partij geen belang bij de kritiek die zij onder het vierde middel uiteenzet.

Het middel is niet ernstig.

14. Nu geen van de aangevoerde middelen ernstig is bevonden, is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de NV Clear Channel Belgium tot tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 juli 2010, door de Raad van State, XI^e vakantiekamer, samengesteld uit:

Peter Sourbron,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Peter Sourbron