

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 217.010 van 23 december 2011

in de zaak A. 202.512/XII-6762

In zake: de BVBA ONELINER LANGUAGE & EBUSINESS
SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Van Peteghem
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Parklaan 80
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steve Ronse en Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 november 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Vlaamse Gemeenschap, Departement Diensten voor het Algemeen Regeringsbeleid, Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen dd. 10.11.2011, gekend onder 2011TV001, waarbij beslist werd dat [de bvba Oneline Language & Business Solutions] niet geselecteerd werd voor de beperkte offerteaanvraag dd. 06.10.2011 met Europese bekendmaking voor de vertaling van teksten waardoor verzoekster niet weerhouden werd om haar offerte in te dienen, en daaruitvolgend de schorsing van de verderzetting van de beperkte offerteaanvraag [...] van de Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen, voor het vertalen van teksten gekend onder N. 103723 (2011-522305) Kanselarij-2011/TV/001-F020-0”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Leung Hoi Lung, die loco advocaat Jan Van Peteghem verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende 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. Verwerende partij schrijft via het Departement Diensten voor het Algemeen Regeringsbeleid, Afdeling Kanselarij, een beperkte offerteaanvraag uit voor een aanneming van diensten, voor het vertalen van teksten.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 oktober 2011.

3.3. De aankondiging vermeldt dat het gaat om het sluiten van een raamovereenkomst met één onderneming voor een looptijd van 3 jaar. Als “geraamde totale waarde van de aankopen voor de gehele looptijd van de raamovereenkomst”, respectievelijk “totale hoeveelheid of omvang” wordt vermeld “tussen 25000.00 en 799000.00” euro, btw niet inbegrepen.

De aankondiging bepaalt de voorwaarden van deelneming. Relevant voor de oplossing van de zaak is de vereiste “Economische en financiële draagkracht”, die als volgt wordt omschreven:

“Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:	Eventueel vereiste minimumeisen (indien van toepassing):
De verklaringen betreffende de economische en financiële draagkracht en de vakbekwaamheid moeten corresponderen met de werkelijkheid. De overheid behoudt zich het recht voor om de verklaarde gegevens ter plaatse te controleren. Elke foutieve verklaring kan leiden tot uitsluiting van deze en eventuele toekomstige opdrachten. De gevraagde gegevens slaan op de juridische entiteit die, in geval van gunning, effectief de onderhavige opdracht zal uitvoeren. De overheid heeft het recht om het aantal geselecteerde kandidaten te beperken tot vijf.	De inschrijver toont aan dat de gerealiseerde omzet van zijn vertaaloperaties tijdens elk van de 3 laatste boekjaren (2008, 2009 en 2010) ten minste 1.500.000 euro per jaar bedraagt.

De aankondiging bepaalt onder “Beperkingen op het aantal ondernemingen dat verzocht wordt in te schrijven of deel te nemen (niet-openbare procedures en onderhandelingsprocedures, concurrentiegericht dialogo)”:

“Beoogd aantal ondernemingen:

Beoogd minimumaantal 5 en, indien van toepassing, maximumaantal 20

Objectieve criteria voor de selectie van het beperkt aantal gegadigden: De overheid heeft het recht om het aantal geselecteerde kandidaten te beperken tot 5”.

De termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming is bepaald op 25 oktober 2011 om 11 u.

3.4. Blijkens het voorgelegde vertrouwelijke selectieverslag nr. 2011/TV/001 zijn op 25 oktober 2011 om 11 u vijf aanvragen tot deelneming ontvangen waaronder deze van verzoekende partij. Een zesde aanvraag tot deelneming werd te laat ingediend.

3.5. Het selectieverslag stelt voor om verzoekende partij niet te selecteren ingevolge het niet voldoen aan de criteria inzake financieel-economische draagkracht. Dit wordt in het selectieverslag - in een passage die bij uittreksel aan verzoekende partij werd meegedeeld en die ook in de nota wordt geciteerd zodat de ingeroepen vertrouwelijkheid ervan door verwerende partij zelf, en op eigen verantwoordelijkheid, werd gelicht - als volgt gemotiveerd:

“3. Oneliner bvba – Sint-Niklaas (BE)

De aanbestedende overheid heeft de nodige attesten opgevraagd en daaruit besloten dat Oneliner zich niet in een uitsluitingsgeval bevindt.

De omzet van de vertaalactiviteiten van Oneliner beantwoordt niet aan het gestelde omzetcriterium in het kader van de economische en financiële draagkracht. In de boekjaren 2008 en 2009 wordt de minimale omzet niet behaald.

Op basis van het bovenstaande wordt Oneliner niet weerhouden om een offerte in te dienen.”

3.6. Op 9 november 2011 onderschrijft de secretaris-generaal van het departement Diensten voor het Algemeen Regeringsbeleid de motivering en het besluit van het selectieverslag, en beslist hij de nv Xplanation Language Services, de nv Data Translations International en de nv Production te selecteren en uit te nodigen om een offerte in te dienen.

Deze beslissing houdt de bestreden beslissing in, om verzoekende partij niet te selecteren.

3.7. Met een aangetekende brief van 10 november 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat zij niet werd geselecteerd. Deze brief bevat de motieven voor haar niet-selectie bij wijze van uittreksel uit het selectieverslag, zoals hiervoor aangehaald.

3.8. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt, middels een enig verzoekschrift, ingediend op 21 november 2011.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

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

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

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

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

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Het eerste middel steunt op de schending van artikel 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en de Omzendbrief “Overheidsopdrachten, Kwalitatieve selectie van de aannemers, leveranciers en dienstverleners”.

6. In essentie voert verzoekende partij daartoe aan dat zij voldoet aan de voorwaarden zoals gesteld in de artikelen 69 tot 73^{ter} van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat artikel 68 geenszins bepaalt dat de kandidaat een bepaalde omzet gedurende drie boekjaren voorafgaand aan het jaar van de beperkte offerteaanvraag moet hebben behaald, dat dit koninklijk besluit niet het niveau bepaalt waaraan de kandidaten moeten voldoen om in aanmerking te komen bij de selectie, dat dit aan de aanbestedende overheid toekomt “met dien verstande dat zij haar verzoek moet aanpassen aan wat haar noodzakelijk of nuttig lijkt om haar beslissing inzake selectie te rechtvaardigen” en dat “de minimeisen inzake draagkracht verband moeten houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht”. Het vereisen van een gerealiseerde omzet inzake vertaaloperaties in elk van de laatste drie boekjaren (2008, 2009 en 2010) van ten minste 1.500.000,00 euro per jaar is “in het licht van de geraamde waarde van de opdracht tussen 25.000,00 € en 799.000,00 € (welk op zich al een zeer ruime vork betreft)” volgens verzoekende partij “zeer bevreemdend [...] en zeker niet in verhouding [...] tot het voorwerp van de opdracht”.

Voorts merkt verzoekende partij nog op dat zij aan de hand van alle andere inlichtingen én aan de hand van de door haar opgegeven omzetten voor de boekjaren 2008, 2009 en 2010 zeker aantoonst dat zij over de nodige financiële en economische draagkracht beschikt (2008: 995.310,46 euro; 2009: 1.392.641,92 euro; 2010: 1.569.301,08 euro) en dat het gegeven dat zij voor de boekjaren 2008 en 2009 geen omzet van 1.500.000,00 euro heeft behaald

geenszins aan toont dat zij niet over de vereiste financiële, economische en technische draagkracht beschikt om de opdracht te kunnen uitvoeren.

Verzoekende partij besluit:

“[d]at de Afdeling Kancelarij, Team Vertalingen door het criterium te hanteren van een gerealiseerde omzet van ten minste 1.500.000,00 € per jaar aan vertaaloperaties tijdens elk van de 3 laatste boekjaren (2008, 2009 en 2010) en door in haar beslissing dd. 10.11.2011 te oordelen dat verzoekster niet beantwoordt aan dit omzetcriterium in het kader van de economische en financiële draagkracht art. 68 KB 08.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (B.S., 26 januari 1996, err., B.S., 25 februari 1997) en van de Omzendbrief ‘Overheidsopdrachten, Kwalitatieve selectie van de aannemers, leveranciers en dienstverleners’, (B.S. 13.02.1998) heeft geschonden”.

Beoordeling

7.1. Overeenkomstig artikel 68, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kiest de aanbestedende overheid bij beperkte aanbesteding, beperkte offerteaanvraag en onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij de aanvang van de procedure in de zin van artikel 17, § 3, van de wet van 24 december 1993, uit degenen die aan de in de artikelen 69 tot 73^{ter} van dit besluit gestelde kwalificaties voldoen de gegadigden die ze respectievelijk uitnodigt een offerte in te dienen of deel te nemen aan de onderhandelingen op grond van de inlichtingen betreffende de eigen situatie van de dienstverlener en van de inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de financiële, economische en technische minimumeisen waaraan hij moet voldoen.

Bij beperkte aanbesteding en beperkte offerteaanvraag mag de aanbestedende overheid, luidens artikel 68, vierde lid, een minimum en een maximum aangeven waartussen zich het aantal gegadigden dat een offerte mag indienen zal situeren. Dit minimumaantal mag niet minder bedragen dan vijf en het maximumaantal kan worden vastgesteld op twintig. Het aantal gegadigden moet in ieder geval groot genoeg zijn om een werkelijke mededinging te garanderen. Daarnaast bepaalt artikel 68, achtste lid, dat de in artikel 70 en 71 bedoelde

inlichtingen en minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheid verband moeten houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Artikel 70 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt onder meer dat de financiële en economische draagkracht van de dienstverlener, over het algemeen, aangetoond kan worden door één of meer van de volgende referenties:

- 1° door passende bankverklaringen of het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's;
- 2° door voorlegging van de balansen, uittreksels uit de balansen of jaarrekeningen indien de wetgeving van het land waar de dienstverlener is gevestigd de bekendmaking van balansen voorschrijft;
- 3° door een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet betreffende de diensten waarover de opdracht gaat, over de laatste drie boekjaren.

7.2. Verzoekende partij betwist in dit middel – en evenmin in de andere middelen – niet het gebruik van een omzetvereiste als selectie criterium, maar wel dat de in de aankondiging vereiste gerealiseerde omzet uit vertaaloperaties van minstens 1.500.000 euro per jaar in 2008, 2009 en 2010 in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht, dit gelet op de geraamde waarde van de opdracht tussen 25.000 en 799.000 euro.

7.3. Het bepalen van het voormeld omzetcijfer als criterium behoort tot de beoordelingsvrijheid van verwerende partij.

Met verzoekende partij kan worden vastgesteld dat de geraamde waarde van de opdracht volgens de aankondiging ligt tussen 25.000 euro en 799.000 euro. De raming voorgelegd aan de inspectie van financiën en gevoegd bij het administratief dossier vermeldt als geraamde waarde 787.500 euro, btw niet inbegrepen.

In het antwoord op het eerste middel in de nota benadrukt verwerende partij voorts dat het voorwerp van de betwiste opdracht aanzienlijk ruimer is dan de lopende opdracht die momenteel door verzoekende partij wordt uitgevoerd. Terwijl deze laatste beperkt is tot het leveren van prestaties voor de

Vlaamse ministeries en de leden van de Vlaamse Regering, staat de uitgeschreven, betwiste opdracht volgens verwerende partij open voor alle diensten, instellingen en rechtspersonen die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest en waarvan grote organisaties deel uitmaken zoals de VDAB, De Lijn, Toerisme Vlaanderen, VRT en dergelijke. De Vlaamse Gemeenschap, en in het bijzonder het departement Diensten voor het Algemeen Regeringsbeleid, afdeling Kanselarij, team Vertalingen, fungeert bijgevolg als aankoopcentrale en diverse vertaalopdrachten kunnen op hetzelfde moment gevraagd worden, die, gelet op de aard van de opdracht, doorgaans dringend moeten worden uitgevoerd, zodat het belangrijk is het risico uit te sluiten dat de winnende kandidaat onvoldoende capaciteit heeft om aan die vraag te voldoen. De uitgeschreven, betwiste opdracht, die ook een langere duurtijd heeft, met name drie in plaats van twee jaar, is dus niet zomaar een vervanging of verlenging van de bestaande overeenkomst, maar vereist een hogere draagkracht van de opdrachtnemer. Volgens verwerende partij werd de minimale omzetvereiste berekend op grond van de raming 787.500 euro over drie jaar, of 262.500 euro per jaar, en is zij ervan uitgegaan dat het jaarvolume van de opdracht, dus 262.500 euro, niet groter mag zijn dan 15 à 20 % van de omzet van de opdrachtnemer: “Immers, wanneer een bedrijf onvoldoende omzet heeft in verhouding tot een potentiële nieuwe opdracht, kan een bijkomend volume ter waarde van 1/5 van zijn omzet voldoende zijn om de productiecapaciteit te overschrijden, met leveringsproblemen tot gevolg. Evident is voor het verwerende partij onverantwoord om dit risico te lopen ten aanzien van de potentieel veel grotere klantengroep van verwerende partij die op de overheidsopdracht een beroep kunnen doen”.

Aldus lijkt de hoogte van de gevraagde minimale omzet gesteund op het geraamde bedrag van de opdracht en de wens het risico te vermijden dat een kandidaat niet de vereiste capaciteit heeft om te voldoen aan de vertaalopdrachten die in het kader van deze opdracht voor de Vlaamse Gemeenschap maar ook voor alle diensten, instellingen en rechtspersonen die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, soms tegelijk en dringend gevraagd kunnen worden, reden waarom verwerende partij van oordeel was dat het jaarvolume van deze opdracht niet groter mag zijn dan 15 à 20 % van de omzet van de opdrachtnemer.

De gegeven motieven lijken er de Raad van State aldus niet toe te moeten leiden aan te nemen dat door het bepalen van de norm op 1.500.000 euro omzet per jaar in 2008, 2009 en 2010, verwerende partij een minimumeis heeft gesteld die niet in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.

7.4. In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat zij aan de hand van alle andere inlichtingen en aan de hand van de door haar opgegeven omzetten in 2008, 2009 en 2010 zeker aantoonst dat zij over de nodige financiële en economische draagkracht beschikt, en dat het feit dat zij in 2008 en 2009 geen omzet van 1.500.000 euro heeft gehaald, geenszins aantoonst dat zij niet over de vereiste financiële, economische en technische draagkracht beschikt om de opdracht uit te voeren, lijkt hieruit niet te volgen dat verwerende partij mocht afwijken van hetgeen zijzelf duidelijk in de aankondiging als een selectievereiste heeft gesteld en verzoekende partij dus desondanks mocht selecteren.

In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat zij voldoet aan de voorwaarden gesteld in de artikelen 69 tot 73^{ter} van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, gaat zij voorbij aan de in de aankondiging bepaalde en besproken minimale omzetvereiste. Zij betwist niet dat zij in 2008 en 2009 deze minimale omzet niet realiseerde.

7.5. Er wordt dan ook niet aangetoond dat verwerende partij het ingeroepen artikel 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft geschonden door het vereisen van een minimale gerealiseerde omzet in vertaaloperaties van 1.500.000 euro per jaar in 2008, 2009 en 2010 of door verzoekende partij niet te selecteren omdat zij niet aan die vereiste voldeed.

In zoverre verzoekende partij in dit middel de schending inroept van de omzendbrief van 10 februari 1998 van de Eerste Minister “Overheidsopdrachten – Kwalitatieve selectie van aannemers, leveranciers en dienstverleners”, wordt vastgesteld dat verzoekende partij niet betoogt en evenmin op het eerste gezicht blijkt dat deze omzendbrief een bindend karakter zou vertonen waardoor de schending daarvan dienstig als middel mag worden aangevoerd.

7.6. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. Het tweede middel steunt op de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Na een omschrijving van het zorgvuldigheidsbeginsel herneemt verzoekende partij grotendeels het eerste middel. Als nieuwe elementen benadrukt verzoekende partij dat zij voor het jaar 2011 een omzet van maar liefst 2.000.000,00 euro behaalt, dat er een duidelijke evolutie is in haar steeds maar stijgende omzet, dat het gehanteerde criterium van 1.500.000,00 euro een louter arbitrair criterium is, dat zij een vorige opdracht “Vertalen van teksten voor de Vlaamse Overheid” (bestek nr. 2009/TV/001) voor de Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen, naar tevredenheid heeft uitgevoerd, dat uit de gemotiveerde gunningsbeslissing van 2 december 2009 van die opdracht blijkt dat zij “met kop en schouders boven de andere kandidaten uitstak en daarom destijds wel werd weerhouden”, dat de aanbestedende overheid zo tevreden was over haar prestaties voor die opdracht dat de oorspronkelijke gunningsbeslissing op 5 mei 2010 werd uitgebreid met een bijakte, dat voor die opdracht “helemaal geen omzetcriterium werd weerhouden door de overheid!” en dat zij “het bijzonder vreemd vindt dat er voor een gelijkaardige overheidsopdracht voor het vertalen van teksten in 2009 (weliswaar met een iets lagere vergoeding) helemaal geen enkele omzetvereiste wordt gesteld en dat er thans een minimale omzetvereiste wordt gehanteerd van ten minste 1.500.000 euro per jaar voor vertaaloperaties tijdens elk van de 3 laatste boekjaren (2008, 2009 en 2010)”.

In verband met dit laatste merkt verzoekende partij op dat tijdens de looptijd van de vorige opdracht “enkele ten onrechte dringende en nachtelijke vertalingen niet geleverd konden worden binnen zeer korte termijn” en stelt zij te vermoeden “dat de uitbestedende overheid daarom thans het omzetcriterium hanteert van ten minste 1.500.000 euro per jaar voor vertaaloperaties tijdens elk van de 3 laatste boekjaren (2008, 2009 en 2010) met als doel om verzoekster te

kunnen weren uit de beperkte offerteaanvraag”. Zij wijst er voorts nog op dat zij verschillende diensten van verwerende partij naar tevredenheid bedient met eveneens zeer grote jaarlijkse omzetten, dat inzake vertaalopdrachten voor de overheid (federaal, regionaal en Europees) bijna nooit de voorwaarde van een minimaal behaalde omzet wordt opgelegd, laat staan een minimale omzet gedurende de laatste drie boekjaren voorafgaand aan de offerteaanvraag, waarbij het geregeld aanbestedingen betreffen die even groot zijn als de voorliggende opdracht en dat, indien er toch een minimumomzet wordt opgegeven, deze stevast veel geringer (ook proportioneel) is dan de hier gevraagde minimale omzet van 1.500.000 euro of maar liefst 6 maal de gevraagde prestatie van 262.000 euro.

Ten slotte benadrukt verzoekende partij dat zij “een geolied team” heeft met een zeer uitgebreid vertaalgeheugen en een steeds bijgewerkte meertalige terminolijst voor de Vlaamse materie, dat haar team gevoelig uitgebreid is tegenover twee jaar geleden, toen zij de vorige beperkte offerteaanvraag wel heeft binnengehaald, dat de Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen geen enkele schade lijdt door verzoekende partij wel te selecteren zodat verzoekende partij de kans krijgt om haar offerte in te dienen en aan te tonen dat zij de beste kandidaat is, terwijl verzoekende partij door de bestreden beslissing wel een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel lijdt, en dat de Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen in haar beperkte offerteaanvraag letterlijk vermeldt dat “de verklaringen betreffende de economische en financiële draagkracht en de vakbekwaamheid moeten corresponderen met de werkelijkheid”.

Verzoekende partij besluit:

“[d]at verzoekster hierboven heeft aangetoond dat zij wel degelijk beschikt over de nodige technische, financiële en economische draagkracht. Dat de Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen hier echter geen rekening mee heeft gehouden daar zij het criterium hanteert van een gerealiseerde omzet van ten minste 1.500.000,00 € per jaar aan vertaaloperaties tijdens elk van de 3 laatste boekjaren (2008, 2009 en 2010). Dat de Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen haar beslissing dus niet heeft gestoeld op een correcte feitenvinding.

Dat de Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen door het criterium te hanteren van een gerealiseerde omzet van ten minste 1.500.000,00 € per jaar aan vertaaloperaties tijdens elk van de 3 laatste boekjaren (2008, 2009

en 2010) en door in haar beslissing dd. 10.11.2011 te oordelen dat verzoekster niet beantwoordt aan dit omzetcriterium in het kader van de economische en financiële draagkracht het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden.”

Beoordeling

9.1. Bij de bespreking van het eerste middel werd reeds vastgesteld dat in de huidige stand van het geding niet met de vereiste *prima facie* ernst wordt aangetoond dat door het bepalen van de norm op 1.500.000 euro omzet per jaar in 2008, 2009 en 2010, verwerende partij een minimumeis heeft gesteld die niet in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.

Voorts werd daar reeds geoordeeld dat verwerende partij niet mocht afwijken van hetgeen zijzelf duidelijk als een selectievereiste had gesteld.

Ten slotte werd bij dat middel reeds geoordeeld dat, in de mate dat verzoekende partij aanvoert te voldoen aan de voorwaarden gesteld in de artikelen 69 tot 73*ter* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zij voorbijgaat aan de in de aankondiging bepaalde en besproken minimale omzetvereiste en niet betwist dat zij in 2008 en 2009 deze minimale omzet niet realiseerde.

Om dezelfde redenen wordt in de huidige stand van het geding niet aangetoond dat verwerende partij door het stellen van deze omzetvereiste en door te oordelen dat verzoekende partij hieraan niet voldeed en haar daarom niet te selecteren, onzorgvuldig handelde.

9.2. Het tegendeel wordt niet *prima facie* aangetoond door de bijkomende elementen opgeworpen in het tweede middel.

9.2.1. Verzoekende partij benadrukt in de eerste plaats bijkomend dat zij voor het jaar 2011 een omzet van “maar liefst € 2.000.000” verwacht. Dit lijkt niet relevant. Verwerende partij mag immers niet afwijken van hetgeen zijzelf duidelijk als een selectievereiste heeft gesteld, te weten een minimale jaaromzet in vertaaloperaties in de boekjaren 2008, 2009 en 2010.

9.2.2. Voorts benadrukt verzoekende partij dat zij bij de gunnings-procedure van de vorige opdracht “met kop en schouders boven de andere kandidaten uitstak”, dat deze opdracht tot tevredenheid van verwerende partij werd uitgevoerd en zelfs werd uitgebreid met een bijakte, dat er bij de gunning van voormelde opdracht helemaal geen omzetvereiste was en dat zulks overigens bijna nooit gebeurt, noch federaal, noch regionaal, noch Europees, en dat, wanneer dit toch gebeurt, de gestelde vereiste steevast lager is.

Het is echter niet omdat er bij de vorige opdracht uitgeschreven door de Kanselarij – of bij andere opdrachten door andere overheden – geen of een lagere omzetvereiste werd gesteld, dat er bij een nieuwe opdracht geen minimale of geen hogere minimale omzetvereiste zou mogen worden gesteld. De selectievoorwaarden waaraan de inschrijvers moeten voldoen lijken immers per opdracht te moeten worden bekeken. Bij de bespreking van het eerste middel werd er al op gewezen dat volgens de nota de in het geding zijnde opdracht een langere duur heeft en veel ruimer wordt opgevat onder meer inzake de overheden die op de gekozen opdrachtnemer een beroep kunnen doen.

Om diezelfde reden lijkt ook de ingeroepen goede uitvoering door verzoekende partij van de vorige opdracht niet aan te tonen dat verwerende partij onzorgvuldig handelde door de thans gevraagde minimale omzet te vereisen en verzoekende partij niet te selecteren omdat zij niet aan dat vereiste voldeed.

Het voorgelegde gunningsverslag van 2 december 2009 inzake die vorige opdracht spreekt voor verzoekende partij trouwens van een “nipte” capaciteit. In het voorgelegde door verzoekende partij voorgedrukte attest, waar sprake was van “full satisfaction” (gehele tevredenheid) werd door verwerende partij verder “satisfaction” (tevredenheid) ingevuld en uit door verwerende partij vertrouwelijk voorgelegde e-mails van mei, juni en juli 2011 blijkt dat er bij de vorige opdracht, die beperkter is in omvang, capaciteitsproblemen waren of dreigden. Dit alles lijkt de aandacht van verwerende partij voor een voldoende capaciteit enkel te ondersteunen.

De ingeroepen bijakte nr. 1 van 5 mei 2010 wijzigt de betalingstermijn en voegt de mogelijkheid in dat de opdrachtgever bij het plaatsen van de bestelling de instructie geeft om de factuur op naam van een andere entiteit van de rechtspersoon Vlaamse Gemeenschap op te stellen (dan de Kancelarij). Er wordt niet *prima facie* aangetoond waarom verwerende partij in dat licht onzorgvuldig handelde door de thans gevraagde minimale omzet te vereisen en verzoekende partij niet te selecteren omdat zij niet aan dat vereiste voldeed. Het lijkt ook minder om tevredenheid te gaan of om een bijstelling dan om een administratieve voorziening namelijk om de mogelijkheid om de bestellende entiteit op eigen begroting te laten betalen voor de vertaalopdracht in plaats van dat de vertaalopdracht door de Kancelarij zou worden betaald.

9.2.3. In de mate dat verzoekende partij in dit middel benadrukt dat zij tijdens de looptijd van de vorige opdracht “enkele ten onrechte dringende en nachtelijke vertalingen niet geleverd konden worden binnen zeer korte termijn” en dat zij “vermoed[t] dat de uitbestedende overheid daarom thans het omzetcriterium hanteert van ten minste 1.500.000 euro per jaar voor vertaaloperaties tijdens elk van de 3 laatste boekjaren (2008, 2009 en 2010) met als doel om verzoekster te kunnen weren uit de beperkte offerteaanvraag”, steunt zij haar middelonderdeel aldus op een veronderstelling. Alleen al de wijze van formulering van de grief, als een vermoeden, lijkt dan ook een reden om te besluiten dat de grief niet ontvankelijk is of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard. Minstens wordt niet *prima facie* aangetoond dat de gestelde minimumvereisten inzake de omzet dit doel had. Dit vereiste leidde trouwens ook tot de niet-selectie van een andere kandidaat.

9.2.4. Ook het argument dat verwerende partij geen schade zou lijden door de selectie van verzoekende partij die dan door middel van haar offerte de kans zou krijgen aan te tonen dat zij de beste kandidaat is, lijkt eraan voorbij te gaan dat verwerende partij eerst de financiële en economische draagkracht moet toetsen aan de in de aankondiging opgenomen selectiecriteria, hier de minimale omzet van 1.500.000 euro per jaar uit vertaaloperaties in 2008, 2009 en 2010. Dit geldt ook voor de verwijzing naar het feit dat verzoekende partij “een geolied team” heeft met een zeer uitgebreid vertaalgeheugen en een steeds bijgewerkte

meertalige “terminolijst” voor de betrokken materie, en dat haar team gevoelig is uitgebreid sinds zij in 2009 de vorige opdracht verkreeg. Bovendien blijken, zoals al vermeld, uit de vertrouwelijk voorgelegde e-mails van mei, juni en juli 2011 toch zekere capaciteitsproblemen.

9.2.5. In de mate dat verzoekende partij ten slotte uit de aankondiging citeert dat “de verklaringen betreffende de economische en financiële draagkracht en de vakbekwaamheid moeten corresponderen met de werkelijkheid”, lijkt deze eis veeleer gericht tot de kandidaten en toont zij niet concreet aan hoe hieruit voortvloeit dat verwerende partij onzorgvuldig handelde door het voornoemde omzetvereiste te stellen of te oordelen dat verzoekende partij hieraan niet voldeed.

9.3. Er wordt dan ook niet aangetoond dat verwerende partij het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door het vereisen van een minimale gerealiseerde omzet in vertaaloperaties van 1.500.000 euro per jaar in 2008, 2009 en 2010 of door verzoekende partij niet te selecteren omdat zij daaraan niet voldeed.

9.4. Het tweede middel is bijgevolg niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. Het derde middel steunt op de schending van het redelijkheidsbeginsel en herneemt, na een omschrijving van het redelijkheidsbeginsel, daartoe de elementen ingeroepen in het kader van het tweede middel.

Verzoekende partij besluit hier:

“Dat de Afdeling Kanselarij, Team Vertalingen door het criterium te hanteren van een gerealiseerde omzet van ten minste 1.500.000,00 per jaar aan vertaaloperaties tijdens elk van de 3 laatste boekjaren (2008, 2009 en 2010) en door in haar beslissing dd. 10.11.2011 te oordelen dat verzoekster niet beantwoordt aan dit omzetcriterium in het kader van de economische en financiële draagkracht het redelijkheidsbeginsel heeft geschonden”.

Beoordeling

11. In dit middel herneemt verzoekende partij de eerder in het kader van het eerste en tweede middel opgeworpen feitelijke elementen, thans om aan te tonen dat verwerende partij onredelijk handelde door het vereisen van een minimale gerealiseerde omzet in vertaaloperaties van 1.500.000 euro per jaar in 2008, 2009 en 2010 of door verzoekende partij niet te selecteren omdat zij daaraan niet voldeed. Zij toont hierbij evenwel niet aan waarom deze elementen anders dan hiervoor zouden moeten worden beoordeeld, maar nu getoetst aan het redelijkheidsbeginsel. Het middel is dan ook niet ernstig om de redenen uiteengezet bij de beoordeling van het eerste en tweede middel, redenen die hier dienovereenkomstig kunnen gelden.

Het derde middel is dan ook niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

12. Ook het vierde middel steunt op de schending van het redelijkheidsbeginsel.

Verzoekende partij werpt daartoe in essentie op dat de afdeling Kanselarij, team Vertalingen, in de beperkte offerteaanvraag zich het recht voorbehoudt om het aantal geselecteerde kandidaten te beperken tot vijf, dat indien de bestreden beslissing geschorst en later vernietigd wordt, de afdeling Kanselarij, team Vertalingen, haar kandidatuur alsnog kan weigeren door te stellen dat zij eerder al vijf kandidaten heeft geselecteerd, dat er wellicht meer dan vijf gegadigden hun kandidatuur hebben ingediend en dat “het beperken van de mogelijke kandidaten tot vijf een werkelijke mededinging in de weg staat gelet op het feit dat de vertaalsector een zeer competitieve sector is”.

Beoordeling

13. Aangezien het eerste, tweede en derde middel niet ernstig zijn, lijkt verzoekende partij terecht niet te zijn geselecteerd. De eventuele beperking van het aantal geselecteerde kandidaten kan dan ook niet op haar belang worden betrokken. Vermits er maar drie kandidaten waren die voldeden aan de selectiecriteria en bijgevolg zijn geselecteerd, zou de kwestieuze bepaling – zelfs bij selectie van verzoekende partij – geen toepassing vinden. Verzoekende partij heeft dan ook, zo lijkt het, geen belang bij dit middel.

VII. Besluit

14. Geen van de vier middelen is ernstig. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verworpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 december 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest