

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.082 van 15 januari 2013
in de zaak A. 207.316/XII-7173**

In zake: de BVBA PEO RADIATION TECHNOLOGY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat David D’Hooghe
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 december 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing die genomen werd op ongekende datum door de minister van Justitie tot niet-selectie van de bvba PEO Radiation Technology voor de opdracht op grond van het bijzonder bestek ‘Algemene offerteaanvraag voor de levering van metaaldetectieportieken aan de penitentiaire inrichtingen voor rekening van de Federale Overheidsdienst Justitie, Directoraat-generaal Penitentiaire Inrichtingen’ en met besteknummer MPD-PDM 2012-2015”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 januari 2013, om 14.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten David D’Hooghe en Jochen Vranckx, die verschijnen 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 DG Penitentiaire Inrichtingen, een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van leveringen, in de aankondiging kort beschreven als “de levering van metaaldetectieportieken en bijhorende accessoires aan de penitentiaire inrichtingen voor rekening van de Federale Overheidsdienst Justitie, Directoraat-generaal Penitentiaire Inrichtingen”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt, volgens de aankondiging, 1.160.000 euro, btw niet inbegrepen. In een advies van de Inspectie van Financiën van 13 november 2012 is sprake van een budgettaire weerslag van 747.417 euro voor 2012 en in totaal 1.329.427 euro voor de “maximale duur” van de opdracht. Dit laatste bedrag is ook vermeld in de bestreden beslissing als totaal geraamd bedrag over 4 jaar, btw inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 4 juli 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 7 juli 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het toepasselijke bestek nr. MDP-PDM 2012-2015VO bepaalt in deel A, artikel 12.1 de volgende selectiecriteria:

“12.1. Selectiecriteria.

De inschrijvers worden getoetst aan de hiernavolgende selectiecriteria.

Enkel de offertes van de inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria worden in aanmerking genomen om deel te nemen aan de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria vermeld in punt 12.3 van dit bestek, voor zover de ingediende offertes administratief en technisch regelmatig zijn.

De bijzondere aandacht van de inschrijvers wordt gevestigd op het volgende punt:

Op straffe van niet-selectie, dient de inschrijver bij de indiening van zijn offerte, al de documenten te voegen en inlichtingen te verschaffen met betrekking tot deze vereist onder de punten 12.1.2. en 12.1.3 van onderhavig bestek.

Voor de inlichtingen en documenten vereist onder 12.1.1. van onderhavig bestek volstaat bij indiening van de offerte een impliciete verklaring op erewoord.

12.1.1. Uitsluitingscriteria.

[...]

12.1.2. Selectiecriteria inzake de financiële draagkracht van de inschrijver.

De inschrijver moet tijdens één van de laatste drie boekjaren een totale omzet hebben gerealiseerd die ten minste 600.000,00 EURO bedroeg. Hij voegt bij zijn offerte een verklaring inzake de totale omzet gerealiseerd tijdens de laatste drie boekjaren tenzij de totale omzet vermeld staat op de goedgekeurde jaarrekeningen die via het elektronisch loket kunnen worden geraadpleegd (dit zijn de jaarrekeningen neergelegd bij de Nationale Bank van België opgesteld volgens het volledig boekhoudkundig schema, of volgens het verkort boekhoudkundig schema waarop de facultatieve vermelding van de gerealiseerde totale omzet ingevuld werd).

De inschrijver moet tijdens één van de laatste drie boekjaren een omzet inzake de activiteiten die rechtstreeks verband houden met de leveringen die in dit bestek worden beschreven, hebben gerealiseerd van 200.000,00 EURO. Hij voegt bij zijn offerte een verklaring inzake deze omzet gerealiseerd tijdens de laatste drie boekjaren.

De inschrijver dient tevens over voldoende financiële slagkracht te beschikken. Deze financiële slagkracht moet worden bewezen op basis van een passende bankverklaring (minder van 6 maanden).

Deze verklaring vermeld minimum volgende inlichtingen over de inschrijver,

Wat de financiële relatie bank-cliënt betreft:

- de datum sinds dewelke de inschrijver cliënt is;
- de financiële capaciteit over dewelke de inschrijver beschikt om contracten en/of projecten uit te voeren;
- de bestaande vertrouwensrelatie;
- de evaluatie van kredietaanvragen of van borgsommen.

Eventueel wat de naambekendheid van de inschrijver betreft:

- de sector in dewelke de inschrijver actief is;
- de reputatie waarover de inschrijver beschikt (technisch, bekwaamheid van de directie).

Voor de buitenlandse ondernemingen dienen tevens de goedkeurende jaarrekeningen van de drie laatste jaren of een staat van alle activa en passiva van de onderneming bij de offerte te worden gevoegd. Indien de onderneming nog geen jaarrekening heeft gepubliceerd, volstaat een tussentijdse balans voor echt verklaard door de accountant of door de bedrijfsrevisor of door de persoon of organisme dat een soortgelijke functie in zijn land uitoefent.

12.1.3. Selectiecriteria met betrekking tot de technische bekwaamheid van de inschrijver.
[...]

In de aankondigingen wordt onder punt III.2 “Voorwaarden voor deelneming” verwezen naar het bestek.

3.4. Er worden volgens de bestreden beslissing zes offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van CEIA International SAS.

3.5. In het kader van de kwalitatieve selectie worden aan drie andere inschrijvers VISIOM SAS, de sa RAYTEC en HTDS SAS in aangetekend en via e-mail verzonden brieven van 27 september 2012 vragen gesteld.

Vervolgens wordt op 5 oktober 2012 een selectietabel opgesteld waaruit blijkt dat verzoekende partij, de bvba COBRA Technologie en de sa RAYTEC niet worden geselecteerd, maar wel de drie andere inschrijvers CEIA International SAS, HTDS SAS en VISIOM SAS.

Op 5 november 2012 wordt een rangschikkings- en analysetabel opgesteld. Daarin wordt CEIA International SAS als eerste gerangschikt met 97 punten op 100; de twee andere geselecteerde inschrijvers worden niet beoordeeld wegens technische onregelmatigheden.

3.6. Op 9 november 2012 adviseert de Inspectie van Financiën ongunstig over een eerste voorstel tot gunning omdat het dossier op diverse punten niet conform het budget en de beslissing van de Ministerraad is.

Na uitleg van de aanbestedende overheid en na aanpassing van het voorstel tot beslissing, geeft de Inspecteur van Financiën, op 13 november 2012 gunstig advies onder meer omdat de hoeveelheden werden aangepast en nu in eerste instantie enkel de schijf voor 2012 wordt gegund.

3.7. Op 26 november 2012 beslist verwerende partij om de sa RAYTEC, de bvba COBRA Technologie en verzoekende partij niet te selecteren, om de inschrijvers CEIA International SAS, HTDS SAS en VISIOM SAS wel te selecteren, om de offertes van HTDS SAS en VISIOM SAS als technisch onregelmatig te weren en om de opdracht te gunnen aan CEIA International SAS.

De niet-selectie van verzoekende partij is de bestreden beslissing en deze wordt als volgt gemotiveerd, volgens het aan verzoekende partij meegedeelde uittreksel uit de “gemotiveerde gunningsbeslissing”:

“III. Selectie van de inschrijvers

In het bestek werden volgende selectiecriteria opgenomen:

De hierboven vermelde inschrijvers werden getoetst aan de selectiecriteria vermeld in het bestek. De resultaten van dit onderzoek worden in de tabel hieronder weergegeven.

Bestek	Vereisten
--------	-----------

12.1	Selectiecriteria
12.1.1.	Uitsluitingscriteria
1ste	voldaan aan RSZ-verplichtingen (RSZ-atteest)
2de	geen veroordeling deelname aan een criminele organisatie, omkoping, fraude, witwassen van geld (uittreksel SR)
3de	geen faillissement of gelijkaardige toestand (attest van niet-faling)
4de	geen veroordeling aantasting prof. Integriteit (uittreksel SR)
5de	geen ernstige beroepsfout (verklaring impliciet of expliciet)
6de	voldaan aan verplichtingen Directe belastingen (attest of gelijkaardig)
7de	geen valse verklaringen (verklaring impliciet of expliciet)
12.1.2	Financiële draagkracht
	een totale omzet van ten minste 600.000,00 EURO
	min. omzet van 200.000,00 € in 1 vd laatste 3 jaren mbt activiteiten bestek
12.1.3	Technische bekwaamheid
	minstens 5 referenties m.b.t leveringen van metaaldetectieportieken
	Certificaten of lijst van de voornaamste leveringen

Uit dit onderzoek is gebleken dat, met uitzondering van de firma's RAYTEC S.A, COBRA TECHNOLOGIE bvba et PEO RADIATION TECHNOLOGY BVBA, de inschrijvers CEIA INTERNATIONAL SAS, HTDS SAS et VISIOM SAS kunnen worden geselecteerd, aangezien zij volledig beantwoorden aan de selectiecriteria vermeld in het bestek.

Gelet op het feit dat de inschrijver PEO RADIATION TECHNOLOGY BVBA niet kan worden geselecteerd omwille van de voldoende redenen:

a) De aanbestedende overheid preciseert in punt 12. Selectiecriteria - Regelmatigheid van de offertes – Gunningscriteria:

[...]

° De firma PEO RADIATION TECHNOLOGY BVBA heeft tijdens één van de laatste drie boekjaren Geen totale omzet die ten minste 600.000,00 EURO bedroeg gerealiseerd.

b) De aanbestedende overheid preciseert in punt 12. Selectiecriteria - Regelmatigheid van de offertes – Gunningscriteria.

‘Op straffe van niet-selectie, dient de inschrijver bij de indiening van zijn offerte, al de documenten bij te voegen en inlichtingen te verschaffen met betrekking tot deze vereist onder de punten 12.1.2. en 12.1.3 van onderhavig bestek’. En in punt 12.1.2. Selectiecriteria inzake de financiële draagkracht van de inschrijver “De inschrijver moet tijdens één van de laatste drie boekjaren een omzet inzake de activiteiten die rechtstreeks verband houden met de leveringen die in dit bestek worden beschreven, hebben

gerealiseerd van 200.000,00 EURO. Hij voegt bij zijn offerte een verklaring inzake deze omzet gerealiseerd tijdens de laatste drie boekjaren’.

°De firma PEO RADIATION TECHNOLOGY BVBA geeft geen aan omzet inzake de activiteiten die rechtstreeks verband houden met de leveringen die in dit bestek worden beschreven, hebben gerealiseerd van 200.000,00 EURO.

- c) De aanbestedende overheid preciseert in punt 12. Selectiecriteria - Regelmaticheid van de offertes – Gunningscriteria

[...].

°De firma PEO RADIATION TECHNOLOGY BVBA leverde geen passende bankverklaring zoals gevraagd hierboven in het bestek.

- d) De aanbestedende overheid preciseert in punt 12. Selectiecriteria – Regelmaticheid van de offertes – Gunningscriteria

[...]

°De firma PEO RADIATION TECHNOLOGY BVBA leverde geen certificaten voor één of meer referenties die hij gedurende de laatste drie jaren heeft verricht, het bedrag, data en de publiek- of privaatrechterlijke instanties waarvoor zij bestemd waren, en met vermelding van de contactpersonen (naam, tel.nr, e-mail) voor desbetreffende referenties”.

3.8. Met een aangetekend verzonden brief gedateerd op 28 november 2012 en per e-mail op 7 december 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat zij niet werd geselecteerd. De motieven voor haar niet-selectie worden bijgevoegd in de vorm van voormeld aangehaald uittreksel.

3.9. Op 13 december 2012 wordt met een enig verzoekschrift een annulatieberoep en voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

IV. Regelmaticheid van de rechtspleging

4.1. Bij aangetekende brief van 3 januari 2012 dient verzoekende partij een “aanvullend verzoekschrift houdende beroep tot nietigverklaring en

vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid” in, gericht tegen de bestreden beslissing en verwijzend naar het rolnummer van voorliggende zaak. Zij werpt daarin twee “nieuwe” middelen, door haar ook omschreven als “aanvullende middelen” op, “die slechts konden worden ontwikkeld na inzage van het administratief dossier” en betoogt onder meer dat dit “aanvullend verzoekschrift” tijdig is nu de brief waarmee zij in kennis werd gesteld van haar niet-selectie gedateerd is op 26 november 2012 en per ter post aangetekende brief overgemaakt evenals op 7 december 2012 per e-mail, zij binnen de wachttermijn van vijftien dagen op 13 december 2012 haar eerste verzoekschrift indiende en het aanvullend verzoekschrift wordt ingediend binnen vijftien dagen na kennisname van de gevraagde stukken uit het administratief dossier en binnen zestig dagen na kennisname van de bestreden beslissing.

4.2. Dit stuk lijkt niet te moeten worden beschouwd als een nieuw verzoekschrift maar als een stuk ingediend in het kader van de reeds aanhangig gemaakte onderhavige schorsingszaak, waarin aanvullend nieuwe middelen worden opgeworpen en kan als een pleitnota worden aangemerkt.

De procedureregeling voorziet echter niet in de neerlegging van pleitnota's, niet voorafgaand aan of op de terechtzitting, noch heeft de Raad van State om een dergelijk stuk verzocht. In principe dient een pleitnota buiten het debat te worden gehouden tenzij in dat stuk nieuwe gegevens worden aangebracht die de indiener ervan niet eerder kon aanvoeren en eventueel decisief kunnen zijn voor de beslechting van de zaak.

Te dezen lijkt verzoekende partij van dat laatste gegeven uit te gaan. Zij heeft echter dit “aanvullend verzoekschrift” pas op donderdag 3 januari 2013 in de avond, en zulks in het vooruitzicht van een terechtzitting vastgesteld op maandag 7 januari om 14.30 uur, aan verwerende partij en aan de Raad van State bezorgd, hoewel niet wordt ontkend dat nota en administratief dossier al op 21 december 2012 ter griffie waren ingediend.

Daargelaten de vraag naar de mogelijkheid in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid nieuwe middelen op te werpen, zelfs wanneer deze niet in het initieel verzoekschrift konden worden

opgeworpen, lijkt verzoekende partij dit aldus te dezen in ieder geval vroeger te hebben kunnen doen. Dit wordt niet tegengesproken door het feit dat zij een notificatie van de Ministerraad waar zij naar verwijst, pas ontving op 3 januari 2013 alleen al omdat zij deze pas lijkt te hebben opgevraagd op 2 januari 2013.

Dit stuk aanvaarden zou aldus het recht op tegenspraak van verwerende partij onevenredig beperken aangezien zij of haar advocaat dan ter terechtzitting repliek moeten bieden, allicht mondeling en eventueel zonder voorafgaand overleg met verwerende partij. Overigens onttrekken dergelijke stukken op die wijze in de procedure gebracht, zich *de facto* aan gedegen onderzoek en advies van het auditoraat. Het betrokken aanvullend verzoekschrift dient dus uit het debat te worden geweerd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Verwerende partij meent dat verzoekende partij geen belang heeft bij het middel opgeworpen in het (initieel) verzoekschrift omdat zij daarin slechts één van de vier motieven van niet-selectie betwist, en omdat zij voorts niet de beslissing tot gunning van de opdracht aan CEIA International SAS heeft aangevochten.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Te dezen is evenwel 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 van 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 kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

7. Verzoekende partij voert de schending aan van “het gelijkheidsbeginsel en van artikel 10 en 11 van de Grondwet, minstens schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel”, van “artikel 2 en artikel 44.2 en 47 van de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten”, van “artikel 44 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 van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“doordat verwerende partij in haar bestek een selectiecriteria hanteert dat de mededinging op onwettige wijze beperkt;
terwijl verwerende partij haar bijzonder bestek op een zorgvuldige wijze dient op te stellen;
en terwijl verwerende partij de aannemers op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze moet behandelen;
zodat het bijzonder bestek door een onwettige bepaling is aangetast en daardoor nietig is, dat de beslissing tot niet-selectie van verzoekende partij door machtsverschrijding is aangetast”.

In de toelichting benadrukt zij in de eerste plaats in het algemeen dat het bestek geen bepalingen mag bevatten die de mededinging belemmeren en dat de gehanteerde minimumeisen voor de selectie van de inschrijvers objectief en relevant moeten zijn en in redelijke verhouding staan tot de aard, omvang en complexiteit van de opdracht. Zij verwijst daarbij ook naar de “omzendbrief van 10 februari 1998 betreffende de kwalitatieve selectie van de aannemers, leveranciers en dienstverleners”, naar het “werkdokument van 23 februari 2012 van het Europees Parlement inzake een voorstel voor een richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten”, waarin zou zijn gesteld dat kleine en middelgrote ondernemingen de redelijke kans moeten krijgen om mee te doen aan overheidsopdrachten, en naar de “Europese Code van *Best Practices* ter vergemakkelijking van de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten”, dat in zijn inleiding zou bepalen dat de kleine en middelgrote ondernemingen doorgaans als de ruggengraat van de economie van de Europese Unie worden beschouwd, dat, met het oog op een optimale benutting van hun potentieel op het vlak van schepping van werkgelegenheid, groei en innovatie, “de toegang de kleine en middelgrote ondernemingen [dient] te worden vergemakkelijkt”, en onder meer “Het zorgen voor evenredige selectiecriteria is van cruciaal belang voor het MKB, aangezien aanbestedende diensten die te hoge eisen stellen voor de draagkracht en de bekwaamheid *de facto* een groot deel van het MKB van deelname aan de aanbestedingsprocedures uitsluiten”. Bij wijze van “voorbeeld van implementatie van de Europese Richtlijn 2004/18/EG” verwijst zij ook naar de “nieuwe Nederlandse Aanbestedingswet van 1 november 2012, waarbij er maatregelen werden genomen om de toegankelijkheid van de kleine en middelgrote ondernemingen tot de overheidsopdrachten te verbeteren”.

Vervolgens voert zij concreet aan dat “de selectie-eis dat de inschrijver tijdens één van de laatste drie boekjaren een jaaromzet van 200.000,00 euro gerealiseerd moet hebben inzake de activiteiten die rechtstreeks verband houden met de leveringen die in het bestek worden beschreven, zijnde leveringen van metaaldetectieportieken en bijhorende accessoires, een onredelijk hoge eis [is] die de mededinging beperkt zowel wat het bedrag van 200.000 euro betreft, als wat de in aanmerking genomen periode van slechts 3 voorafgaande boekjaren betreft”.

Het minimale bedrag van de jaaromzet acht zij niet in overeenstemming met de kenmerken van de markt aangezien de markt van veiligheidssystemen met stralingstechnologie een zeer specifieke en zeer beperkte markt is. Metaaldetectiepoorten worden in hoofdzaak gebruikt in gevangenissen en in luchthavens en worden af en toe besteld door een consulaat of ambassade. Wanneer een aankoop wordt verricht gaat het, met uitzondering van de bestellingen van het gevangeniswezen, nooit om grote aantallen, maar eerder om een beperkt aantal stuks, bv. één detector aan de ingang van het gebouw. Deze veiligheidssystemen hebben ook een lange levensduur van 15 à 20 jaar. *In concreto* staat het opgelegde niveau van de te staven jaaromzet (bedrag van 200.000 euro) niet in verhouding tot de specifieke aard van de markt van veiligheidssystemen en tot het concrete voorwerp van de voorliggende opdracht: de waarde van één metaaldetectiepoort bedraagt ongeveer 3.500 à 4.000 euro en een jaaromzet van 200.000 euro in metaaldetectiepoorten wil zeggen dat de inschrijver in een tijdspanne van één jaar minstens 50 stuks moeten hebben verkocht. In het kader van de bestreden opdracht met een looptijd van 4 jaar worden enkel in het eerste leveringsjaar een groot aantal metaaldetectiepoorten besteld (118 stuks) maar in 2013 slechts 35 stuks, in 2014 28 stuks en in 2015 27 stuks. “De jaarlijkse omzeteis die verwerende partij oplegt, ligt dus hoger dan wat zij zelf jaarlijks als gevangeniswezen zal bestellen gedurende 3/4 van de looptijd van het contract”. In het licht van de bijzondere kenmerken van de markt van veiligheidssystemen is dit bedrag van de minimale jaaromzet aan detectiepoorten mededingingsbeperkend en onredelijk hoog.

Rekening houdende met het feit dat metaaldetectiepoorten slechts om de 10 à 15 jaar worden aangekocht acht verzoekende partij het ook mededingingsbeperkend om de periode die in aanmerking komt om de jaaromzet inzake detectiepoorten te staven, te beperken tot de drie voorafgaande boekjaren. De selectie-eis zou bijvoorbeeld niet te staven zijn aan de hand van de voorliggende opdracht waar slechts in het eerste jaar een voldoende omzet kan worden gegenereerd. In het licht van de bijzondere kenmerken van de markt van veiligheidssystemen is bijgevolg de in aanmerking genomen periode voor de staving van het gevraagde jaaromzetcijfer inzake detectiepoorten mededingingsbeperkend en onredelijk hoog.

Ten slotte betoogt zij dat deze selectie-eis niet haalbaar is voor een KMO-onderneming die enkel binnen een beperkt territorium actief is. Zelf is zij enkel in België en Groothertogdom Luxemburg actief, een markt met enkel een beperkt aantal potentiële klanten zoals het gevangeniswezen, de luchthavens en een paar diplomatieke instanties, waarbij de aankopen inzake metaaldetectiepoorten ruim in de tijd gespreid zijn en slechts beperkte aantallen betreffen. Zij voert aan over de vereiste technische en financieel-economische draagkracht te beschikken om de opdracht uit te voeren, nu de levering van veiligheidssystemen met stralingstechnologie slechts een klein onderdeel uitmaakt van de globale activiteit van de onderneming, een solide KMO met een jaaromzet van bijna 1 miljoen euro, nu zij kennis en *know-how* heeft inzake verkoop, levering, plaatsing en onderhoud van diverse apparatuur die met radiologische straling functioneert, reeds meerdere jaren bestaat en een goede commerciële en onderhoudsreputatie heeft in de andere marktsegmenten waarin zij actief is en die ook toepassingen van stralingstechnologie betreffen, en nu zij in staat is om over een looptijd van vier jaar metaaldetectiepoorten te leveren en te onderhouden omdat zij de nodige *know-how* in huis heeft en dit reeds heeft bewezen door de levering van 12 metaaldetectiepoorten aan de Belgische staat gedurende de afgelopen twee jaar.

Rekening houdende met het feit dat de kwestieuze veiligheidssystemen maar om de 10 à 15 jaar worden aangekocht en enkel het gevangeniswezen een grote afnemer is, moet volgens verzoekende partij een onderneming dus omzeggens internationaal actief zijn en diverse landelijke

markten bedienen om binnen een periode van 3 voorafgaande boekjaren de gevraagde hoge jaaromzet van 200.000 euro te kunnen realiseren. Door het stellen van een dusdanige hoge omzetseis binnen een dermate beperkte relevante stavingsperiode, worden de kleine en middelgrote ondernemingen aldus radicaal uitgesloten van de opdracht en dit schendt de gelijkheid onder de grote en kleine ondernemingen omdat door een niet-marktconforme en onredelijk hoge selectie-eis de kleinere, gezonde en competitieve ondernemingen geen enkele kans krijgen om mee te dingen naar de opdracht. Dit wordt volgens haar bevestigd door de selectie in het kader van de voorliggende opdracht waar er bij de inschrijvers drie Belgische KMO's en drie Franse internationale ondernemingen zijn, de drie KMO's niet geselecteerd worden maar wel de drie Franse internationale ondernemingen, waaronder de gekozen inschrijver – waarvan verzoekende partij ter terechtzitting overigens erkent dat dit de enige inschrijver met eigen productie is.

Verwerende partij heeft aldus haar kans verkeken om competitieve voorstellen te ontvangen van KMO's die perfect in staat zijn om de gevraagde leveringen en diensten te verzekeren. Dit strookt niet met het zorgvuldigheids- en zuinigheidsbeginsel in tijden van economische crisis en zware financiële bezuinigingen om de Europese normen inzake begrotingsevenwicht te halen.

Ten slotte benadrukt verzoekende partij dat zij ook als startende onderneming in de sector van de veiligheidssystemen met stralingstechnologie op een mededingingsbeperkende wijze uit de opdracht is geweerd. Verzoekende partij wenst haar activiteiten uit te breiden en de nieuwe markt die zij aansnijdt ligt volledig in lijn met haar basisactiviteit in de sector van apparatuur die functioneert op basis van stralingstechnologie. Zij beschikt dus over alle vereiste *know-how* en alle vereiste financiële draagkracht om de voorliggende opdracht te kunnen uitvoeren.

Beoordeling

8. Verwerende partij merkt terecht op dat, in zoverre in het middel de schending wordt ingeroepen van richtlijnbepalingen, het middel onontvankelijk

is. Verzoekende partij zet immers niet uiteen op welke wijze een rechtstreekse schending van richtlijnbepalingen waarvan zelfs niet wordt beweerd dat ze niet of niet volledig zouden zijn omgezet door internrechtelijke bepalingen, het middel dat een rechtsmiddel moet zijn, vermag te ondersteunen. Hoogstens lijken te dezen die richtlijnbepalingen bij het onderzoek relevant te zijn, in zoverre de geschonden geachte interne rechtsbepalingen in elk geval richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd.

Het ingeroepen artikel 44 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt onder meer:

“De financiële en economische draagkracht van de leverancier kan, over het algemeen, aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties:

[...]

3° door een verklaring betreffende de totale omzet van de onderneming en haar omzet in producten waarop de opdracht betrekking heeft over de laatste drie boekjaren.

[...]

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan, deze van de referentie(s) in 1°, 2° en, 3° aan die zij verlangt, evenals de andere bewijsstukken die moeten worden overgelegd”.

Het bestek bepaalde zulks in het hiervoor aangehaalde artikel 12.1.2.

Dit artikel 44 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dient samen gelezen met het weliswaar niet ingeroepen artikel 42 van dat besluit, dat in zijn zevende lid bepaalt:

“De in artikel 44 en 45 bedoelde inlichtingen en minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheid moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht”.

Artikel 2 van de Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat de aanbestedende diensten de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen. Artikel 44, 2 van de Richtlijn 2004/18/EG bepaalt:

“De aanbestedende diensten kunnen minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig de artikelen 47 en 48 stellen waaraan de gegadigden en inschrijvers moeten voldoen.

De in artikel 47 en 48 bedoelde inlichtingen en de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Deze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht”.

Artikel 47 van deze Richtlijn bepaalt onder meer:

“1. In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de ondernemer worden aangetoond door een of meer van de volgende referenties:

[...]

c) een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn”.

9. Het lijkt aldus aan de aanbestedende overheid toe te komen te bepalen van welke specifieke referenties blijk moet worden gegeven om de financiële en economische draagkracht van de inschrijvers aan te tonen binnen het kader zoals dat door artikel 44 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is vastgelegd. De Raad van State mag daarbij niet in de plaats van de aanbestedende overheid treden. De Raad lijkt deze referenties die door de aanbestedende overheid worden geëist wel aan een toetsing te kunnen onderwerpen in die zin dat de Raad desgevraagd mag onderzoeken of de aanbestedende overheid door het vereisen van bepaalde referenties niet het kader van het ingeroepen artikel 44 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te buiten gaat, op ontoelaatbare wijze de mededinging beperkt of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengt.

10. Het vereisen van een bepaalde omzet in producten waarop de opdracht betrekking heeft over de laatste drie boekjaren lijkt één van de referenties die aldus gevraagd kan worden.

11.1. In de mate dat verzoekende partij betoogt dat het bedrag van de minimale jaaromzet aan metaaldetectiepoorten – 200.000 euro – mededingingsbeperkend en onredelijk hoog is want niet in verhouding tot de specifieke aard van de markt – een beperkte markt met producten met een levensduur van 10 tot 15 jaar – en tot het concrete voorwerp van de voorliggende opdracht – enkel in het eerste leveringsjaar zou een groot aantal metaaldetectiepoorten worden besteld, benadrukt zij dat de vereiste jaaromzet van 200.000 euro veronderstelt dat in één van de laatste drie boekjaren meer dan 50 poorten werden besteld.

11.2. In de huidige stand van het geding kan echter worden vastgesteld dat in het bestek voor 2012 de bestelling is voorzien van een geraamde hoeveelheid van 118 poorten. In dat licht, en daargelaten de mogelijke vraag naar de juiste duur van de opdracht lijkt deze vereiste van een omzet van 200.000 euro dan ook niet in wanverhouding tot het voorwerp van de opdracht, zelfs beperkt tot één jaar.

Uit het voormeld advies van de Inspecteur van Financiën van 13 november 2012 blijkt trouwens dat het bedrag van de opdracht – enkel voor 2012 – 747.417,00 euro bedraagt. Ook in dat licht blijkt niet *prima facie* waarom het opgelegde niveau van de te staven jaaromzet (200.000 euro), hetzij toch maar 25% van het bedrag voor 2012, niet in verhouding zou staan tot het concrete voorwerp van de voorliggende opdracht.

Het feit dat in de volgende drie jaar telkens de bestelling van minder dan 50 van die toestellen zou zijn voorzien, toont het tegendeel niet aan, evenmin als de levensduur van 10 tot 15 jaar.

12.1. Voorts acht verzoekende partij de in aanmerking genomen periode voor de staving van het gevraagde jaaromzetcijfer inzake detectiepoorten – de laatste drie boekjaren – mededingingsbeperkend en onredelijk hoog, opnieuw gelet op de beperkte markt en de lange levensduur van de metaaldetectiepoorten.

12.2. Deze periode komt echter overeen met de periode vermeld in artikel 44, 3°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en er kan dan ook niet

prima facie worden ingezien waarom de eis dat het moet gaan om een jaaromzet in één van de laatste drie boekjaren onredelijk zou zijn.

Het argument dat de selectie-eis niet te staven zou zijn aan de hand van de voorliggende opdracht waar slechts in het eerste jaar een voldoende omzet kan worden gegenereerd, lijkt in ieder geval niet te volstaan om het tegendeel aan te tonen nu met 118 poorten en een waarde van 3.500 euro, de laagste waarde die verzoekende partij vermeldt, in 2012 reeds een omzet gegenereerd zou worden van 413.000 euro. In de mate dat zij een langere referentieperiode lijkt te vereisen en daargelaten de vraag of dit verenigbaar is met voormeld artikel 44 dat verwijst naar een referentieperiode van drie jaar, rijst ook de vraag naar haar belang nu blijkens haar verzoekschrift de Belgische vestiging in 2007 werd geopend en zij slechts in 2010 startte met de levering van veiligheidssystemen met stralingstechnologie voor gevangenen voor het detecteren van wapens, explosieven en narcotica en zij dus drie boekjaren geleden nog niet actief lijkt te zijn geweest op de betrokken markt.

In de mate dat zij zou bedoelen dat niet vereist mag worden dat die omzet in één jaar wordt gerealiseerd, kan worden verwezen naar hetgeen reeds werd gezegd over de minimale omzet zelf.

13.1. Ten slotte betoogt verzoekende partij dat zij wel degelijk over de vereiste technische en financieel-economische draagkracht beschikt om de opdracht uit te voeren en dat de aanbestedende overheid de ingeroepen rechtsregels en beginselen geschonden heeft en onder meer onzorgvuldig en in strijd met het zuinigheidsbeginsel heeft gehandeld, aangezien aldus startende of kleine en middelgrote ondernemingen worden uitgesloten en enkel grote internationale ondernemingen werden geselecteerd voor de opdracht.

13.2. Het enkele feit dat door deze selectie-eis van een jaaromzet van 200.000 euro in de te leveren producten in de laatste drie boekjaren mogelijk startende of kleine of middelgrote ondernemingen zouden worden uitgesloten, lijkt op zich niet te volstaan om aan te nemen dat deze eis niet objectief of relevant zou zijn of niet in redelijke verhouding tot de aard van de opdracht.

In dat licht lijkt ook het feit dat drie van de zes inschrijvers niet werden geselecteerd het tegendeel niet aan te tonen. Verzoekende partij affirmeert ook enkel dat dit telkens KMO's zijn en de geselecteerde Franse inschrijvers niet, zonder dit, behoudens wat haarzelf betreft, nader aan te tonen. Overigens lijkt bij de twee andere niet geselecteerde inschrijvers niet te zijn vastgesteld dat zij niet aan deze omzetvereiste van 200.000 euro voldeden.

In de mate dat verzoekende partij in dat kader verwijst naar het voormelde werkdocument van het Europese Parlement, toont zij niet aan dat dit document bindende werking heeft. Zonder dat deze daarin wordt tegengesproken door verzoekende partij, gaat het volgens verwerende partij slechts om een werkdocument waarbij de verschillende punten worden voorgesteld die de rapporteur nader wil bespreken.

Het aangevoerde artikel 2.90 van een Nederlandse wet van 1 november 2012 heeft evenmin bindende kracht in de Belgische rechtsorde.

Het vermelde voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, lijkt nog niet te hebben geleid tot een uitgevaardigde Richtlijn, laat staan dat uit de schending van dergelijk voorstel een rechtsmiddel kan worden opgebouwd.

14. In de mate dat verzoekende partij opwerpt dat zij als startende onderneming in de sector veiligheidssystemen met stralingstechnologie op een mededingingsbeperkende wijze uit de opdracht is geweerd, steunt de grief op dezelfde feitelijke elementen als hiervoor besproken. Het mogelijke nadelige gevolg voor startende ondernemingen toont niet aan dat de betrokken eis daarom onredelijk is.

15. Op het eerste gezicht wordt dan ook niet aangetoond dat de betwiste selectievoorwaarde door verwerende partij niet in het bestek mocht worden opgenomen als een selectievoorwaarde die in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Er valt bijgevolg ook niet in te zien hoe door het opleggen van deze voorwaarde het gelijkheidsbeginsel of één van de andere ingeroepen rechtsregels of -beginselen werd geschonden.

16. Het betoog van verzoekende partij dat zij beschikt over de vereiste technische en financiële draagkracht en meer dan voldoende bekwaam is om de opdracht uit te voeren gelet op haar totale jaaromzet, kennis en ervaring en het feit dat zij eerder al met succes metaaldetectiepoorten aan Justitie leverde, lijkt niet relevant nu zij niet betwist niet te voldoen aan de vereiste omzet van 200.000 euro in de te leveren producten.

17. Bijgevolg is het enige middel zoals opgeworpen in het initieel verzoekschrift niet ernstig.

VIII. Besluit

18. Nu het enige middel niet ernstig werd bevonden, dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen en dient bijgevolg ook niet verder ingegaan op de door verwerende partij in uiterst ondergeschikte orde gevraagde belangenafweging.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 januari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest