

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.428 van 12 november 2013
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 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SCHAARBEEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean Bourtembourg
kantoor houdend te 1060 Brussel
Zwitserlandstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Pierre De Bandt en Peter Teerlinck
kantoor houdend te 1000 Brussel
Clovislaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 juli 2010, strekt tot de nietigverklaring van “[d]e beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek van 27 april 2010 waarbij beslist werd dat de [nv Mediatrader] 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. Bij arrest nr. 206.853 van 29 juli 2010 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Clear Channel Belgium heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 september 2010. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 september 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Wauters, die loco advocaten Dominique Blommaert en Jan Ghysels verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Frank Vandevoorde, die loco advocaat Jean Bourtembourg verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Louise Galot, die loco advocaten Pierre De Bandt en Peter Teerlinck verschijnt 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking uit voor een opdracht “Stadsmeubilair. Plaatsing en onderhoud van informatiedragers op het grondgebied van Schaarbeek”.

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

Artikel 1 van het 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 5 van het bestek bepaalt uitdrukkelijk dat onder meer de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, en het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ van toepassing zijn.

Artikel 3 bepaalt dat de duur van de opdracht tien jaar is.

Artikel 4 ‘levering en installatie van de informatiedragers’ bepaalt:

“De levering en de installatie van de informatiedragers omvatten:
• De voorbereidende werken voor de plaatsing;

- De werken nodig voor het verankeren aan de grond en het aansluiten aan het netwerk nodig om de informatiedragers goed te laten werken;
 - Het aanbrengen van de funderingen en de verankering;
 - De levering van het verlichte toestel en alle accessoires, alsook de veiligheidssystemen geëist bij de inplanting op de openbare weg;
 - Het afwerken van de wegbedekking en het in oorspronkelijke staat brengen van de onmiddellijke omgeving;
 - Alle stappen die ondernomen moeten worden voor het bekomen van vergunningen.

Basismeubilair

De informatiedragers zullen geplaatst worden conform aan het bijgevoegde lokalisatieplan. Ze zullen op een dergelijke manier geplaatst worden dat de publieke kant, met gemeentelijk, sociaal, cultureel of toeristisch karakter, zichtbaar en toegankelijk is voor de voetgangers en de personen met beperkte mobiliteit.

Bijkomend meubilair

Tijdens de looptijd van deze opdracht zal het hierboven vermelde aantal gewijzigd kunnen worden op vraag van het Bestuur of op voorstel van de inschrijver na formeel akkoord van het Bestuur.”

Dit basismeubilair bestaat blijkens artikel 30 van het bestek uit 66 planimeters, omschreven als “toestel met twee ophangzijden, verlicht, een affiche voor reclame en een affiche met gemeentelijke informatie van 2 m² kunnen bevatten [...]”, 18 totems, omschreven als “Idem als de planimeter, maar met een element die het toelaat de wijksnaam aan te geven, 10 “toeristische aankondigingen”, omschreven als “Toestel met twee ophangzijden, niet verlicht, kunnen bevatten een toeristische informatieaffiche van de Franse Gemeenschapscommissie en een gemeentelijke informatieaffiche van 2 m² [...], 5 “gemeentelijke aankondigingen (officieel)”, omschreven als “Toestel bestemd voor officiële aankondigingen. [...] metalen aanplakoppervlakte die het toelaat affiches vast te maken met magneten, 4 “totems (cultureel)”, omschreven als “Idem als de totems en 10 “Vrije aankondigingen”, omschreven als “Toestel bestemd voor vrije aankondigingen”.

Het bestek bevat in dit artikel 30 voorts bepalingen over de “niet-publicitaire aankondigingen”; zo moet de opdrachtnemer inzake “gemeentelijke informatieve aankondigingen (niet officieel)” zelf de affiches verwezenlijken op basis van de door het bestuur meegedeelde informatie, staat hij in voor “de kosten voor opmaak en afdruk in vijf kleuren van het stratenplan, op

geplastificeerd paneel” en zal het plan tenminste alle 5 jaar worden bijgewerkt. Artikel 8 bepaalt dat bij de offerte onder meer een gedetailleerd rapport met de technische en andere specificaties van het meubilair, de technische procedés en de materialen moet worden gevoegd; voorts een document dat “de opgestelde procedure beschrijft teneinde het Bestuur in te lichten van de door de inschrijver op het terrein uit te voeren werken (installatie van het meubilair, onderhoud, enz.) en een “nota met de beschrijving van de technische kwaliteit van de stadsplannen en hun cartografische vertoning alsmede een exemplaar van zulk stadsplan”.

Artikel 7 stelt de gunningscriteria en hun weging vast: “het netto-bedrag van de jaarlijkse compensatie voorgesteld voor de uitbating van de publiciteit op het stadsmeubilair” (60 punten), “de technische kwaliteit (sterkte, beschermd tegen vandalisme, beschermd tegen corrosie en slijtage), functionele kwaliteit (zichtbaarheid voor voetgangers) en de esthetiek van het materiaal” (25 punten) en “de kwaliteit van de aangeboden diensten (kwaliteit van de plannen, voorstellen tot verbetering van de maximum interventietermijn vastgelegd in dit bijzonder bestek” (15 punten); vrije varianten zijn toegelaten.

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 1 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.”

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

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

3.5. Op 27 april 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij het verslag van nazicht van 26 april 2010 goed te keuren, Clear Channel en JC Decaux te selecteren en Media Trader niet te selecteren, “de offerte van JC Decaux en de variante 1 (contract over 12 jaar) en variante 2 (omzetting van de compensatie in goederen en diensten) van Clear Channel onregelmatig te verklaren” en “de opdracht te gunnen aan Clear Channel en zijn basisofferte te weerhouden (contract over 10 jaar – jaarlijkse heffing van 23.250 €) aan de voorwaarden van zijn offerte van 18 september 2009 e[n] van het bijzonder bestek SCHA/EQUIP/2009/027”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een op 25 juni 2010 aangetekend verzonden brief deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat het college op 27 april 2010 heeft beslist haar niet te selecteren. In deze brief is het volgende “uittreksel uit het onderzoeksrapport dat deel uitmaakt van de toewijzingsbeslissing” –bedoeld is het voormelde goedgekeurde verslag van nazicht– 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 inbeslagneming en opheffing van het beroepsverbod) en voor Think Media Outdoor (opschorting van veroordeling gedurende 3 jaar, uitstel van de bevolen verbeurdverklaring), 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 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 '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 dit verslag van nazicht is ook nog de volgende samenvattende tabel inzake het nazicht van de inschrijvingen opgenomen:

Inschrijver	tijdig	RSZ	Directe Belastingen	BTW	Financiële bekwaamheid	Technische bekwaamheid
Media Trader	OK	Geen inschrijvingsnummer	NEEN	OK	NA	Dossier ingediend – niet doeltreffend
Clear Channel Belgium	OK	OK	OK	OK	NA	OK
JC Decaux	OK	OK	OK	OK	NA	OK

IV. Onderzoek van de middelen

Vooraf

4. Uit de bestreden beslissing en het verslag van nazicht dient te worden afgeleid dat de verzoekende partij niet wordt geselecteerd om reden, enerzijds, dat zij geen attest van de directe belastingen bij haar offerte voegt en, anderzijds, dat haar technische bekwaamheid niet wordt aangetoond aangezien de aangehaalde ervaring niet voldoende wordt geacht en de vereiste verbintenis in

het kader van het zich beroepen op de draagkracht van andere entiteiten niet wordt voorgelegd. De bestreden beslissing steunt niet op een problematiek van veroordelingen.

5. Aangezien de bestreden beslissing op diverse motieven steunt die elk op zich draagkrachtig zijn, dient, van zodra één motief wettig bevonden wordt, de wettigheid van de andere motieven niet meer te worden onderzocht.

6.1. In het eerste middel richt de verzoekende partij zich tegen de bestreden beslissing in de mate dat de verwerende partij zou zijn uitgesloten wegens veroordelingen van onder meer de nv Think Media en nv Think Media Outdoor.

De bestreden beslissing berust echter niet op dit motief en het middel viseert dan ook geen draagkrachtig motief.

6.2. In een tweede middel bekritiseert de verzoekende partij het motief in de bestreden beslissing dat het gevraagde attest van de Directe Belastingen niet bij haar offerte is gevoegd.

Dit middel viseert een draagkrachtig motief.

6.3. In een derde middel stelt de verzoekende partij kritiek te hebben op het door haar in de bestreden beslissing gelezen motief dat zij geen verbintenis met een derde entiteit voorlegt die haar financiële draagkracht en haar technische bekwaamheid aantoont.

In een vierde middel heeft de verzoekende partij kritiek op het motief dat de aangehaalde technische bekwaamheid niet de bekwaamheid van de inschrijver bewijst.

Deze twee middelen viseren draagkrachtige motieven, namelijk het niet aantonen van de technische bekwaamheid en het niet voorleggen van een verbintenis van een derde entiteit voor die bekwaamheid.

7. Hierna worden het derde en vierde middel beoordeeld en verworpen. Een nader onderzoek van de andere middelen is dan ook overbodig.

A. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, 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 [159] van de Grondwet”.

In de eerste plaats merkt de verzoekende partij op dat, wat de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid betreft, de verwerende partij niet betwist dat de verzoekende partij een beroep deed en kon doen op de nv Think Media voor de financiële draagkracht en op de nv Think Media Outdoor voor de technische bekwaamheid en dat zij zelfs niet lijkt te betwisten dat er een verbintenis is van deze entiteiten maar dat de verzoekende partij toch wordt uitgesloten omdat die verbintenis niet formeel werd bewezen. Volgens de verzoekende partij gaat het dus om een leemte die perfect, zonder de gelijkheid tussen de inschrijvers te schenden, mocht worden ingevuld door het opvragen van een formeel bewijs, dat trouwens niet voorgeschreven is op straffe van nietigheid en waarbij ook het bijzonder bestek op het ontbreken van een dergelijk formeel bewijs geen sanctie stelt. Door met haar geen contact op te nemen maar haar zonder meer op grond van die beweerde leemte uit te sluiten, handelt de verwerende partij kennelijk onredelijk. Dit geldt volgens de verzoekende partij des te meer omdat in “de richtlijnen” duidelijk gesteld wordt dat het kunnen beschikken over de middelen van een andere entiteit mag worden aangetoond bijvoorbeeld door overlegging van een verbintenis, zodat een verbintenis geen strikte vereiste is en het kunnen beschikken over de middelen nodig voor de uitvoering van de opdracht dus ook op een andere manier kan blijken. Door een verbintenis zonder beperking te eisen, voegt de aanbestedende

overheid iets toe, zowel aan artikel 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 als aan het bestek.

De verzoekende partij wijst er ook op dat in tegenstelling tot het in de bestreden beslissing ingeroepen arrest van de Raad van State nr. 163.111 van 3 oktober 2006 in de huidige zaak niet wordt betwist dat er een verbintenis is, alleen de afwezigheid van een formeel bewijs wordt ingeroepen als grond om de verzoekende partij niet te selecteren.

Bovendien, zo vervolgt de verzoekende partij, is de verzoekende partij een volledige dochtermaatschappij van de nv Think Media wat 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.” Aangezien de financiële draagkracht van de nv Think Media zelf niet in twijfel wordt getrokken, kan op grond van artikel 45 niet worden besloten dat de financiële draagkracht niet zou zijn aangetoond.

De verzoekende partij werpt voorts op dat het bestek niet nader specificceert wat onder financiële draagkracht voor het uitvoeren van de opdracht moet worden verstaan terwijl het selectie criterium “gemoduleerd [moet] zijn in functie van de betrokken opdracht”. Het bestek schendt dan ook artikel 44 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Met het in het bestek opgenomen selectie criterium inzake financiële en economische draagkracht mag in gevolge artikel 159 van de Grondwet geen rekening worden gehouden.

Ten slotte werpt de verzoekende partij op dat de expertise en het personeel wordt geleverd door de nv Think Media Outdoor, wat eveneens een dochtermaatschappij is van de nv Think Media, zodat dit ook geen vrijblijvend engagement is. Uit haar offerte blijkt ook zeer duidelijk dat zij wel degelijk over de middelen van de nv Think Media Outdoor kan beschikken. Zo heeft de nv Think Media Outdoor foto's van haar 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 een beroep gedaan is op de expertise en het personeel van de nv Think Media Outdoor.

Ook wat betreft de technische bekwaamheid merkt zij nog op dat deze in het bestek niet nader wordt gespecificeerd en dat, door na te laten “het selectie criterium te moduleren in functie van de opdracht”, het bestek onwettig is.

9. In haar laatste memorie verzoekt de verzoekende partij de Raad om de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Moet het Unierecht in die zin worden uitgelegd dat het (o.a. artikel 49 VWEU en het evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van het Unierecht) in de weg staat aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is (artikel 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken), op grond waarvan een kandidaat als hij beroep doet op een derde voor de uitvoering van een overheidsopdracht automatisch niet wordt geselecteerd wanneer hij geen formele verbintenis voorlegt waaruit volgt dat hij werkelijk kan gebruik maken van de middelen waarover de derde beschikt.”

Beoordeling

10. In het auditoraatsverslag wordt het middel verworpen in essentie om volgende redenen.

10.1. In haar offerte vermeldt de verzoekende partij het volgende:

“Media Trader N.V. is de volledige dochtermaatschappij van de N.V. Think Media en geniet in volle crisis van de mogelijkheid om de investeringen te maken die nodig zijn om een nieuw nationaal netwerk 2m²-publiciteitsdragers uit te bouwen. Dit netwerk moet op korte termijn uitgroeien tot een volwaardig product dat de vergelijking kan doorstaan met de grotere outdoor-formaten die Think Media aanbiedt via haar andere dochtermaatschappij Think Media Outdoor N.V. Media Trader N.V. heeft via de overname, vernieuwing en uitbreiding van het 2m² Point-Of-Sale netwerk op de sites van Delhaize ondertussen de expertise verworven om nu ook resoluut de weg van de aanbestedingen voor Straat- en Stadsmeubilair in te slaan om haar doelen te bereiken. Moedermaatschappij Think Media N.V. zorgt daarbij voor de financiële

draagkracht en Think Media Outdoor N.V. levert de expertise en het personeel voor de praktische uitvoering.”

Hieruit blijkt dat de verzoekende partij zich in haar offerte beroept op de financiële draagkracht van haar moedervereniging, de nv Think Media, en op de technische bekwaamheid van haar zustervereniging, de nv Think Media Outdoor (de expertise en het personeel van dit bedrijf).

In de bestreden beslissing en het verslag van nazicht wordt geen oordeel gevormd over de economische en financiële draagkracht van de verzoekende partij; dit blijkt ook uit de samenvattende tabel inzake het nazicht van de inschrijvingen waar er bij de kolom financiële draagkracht bij de drie inschrijvers telkens vermeld wordt “NA”, wat de afkorting lijkt te zijn van de Franstalige term voor “niet-toepasselijk”. In het bestek noch de aankondiging worden er trouwens inzake de economische en financiële draagkracht expliciete eisen gesteld. In de mate dat het middel kritiek uitoefent in verband met de niet-selectie op basis van een beoordeling inzake de economische en financiële draagkracht is het dus niet ontvankelijk.

In dit middel kan het dus enkel gaan over de technische bekwaamheid.

10.2. In het bestek (artikel 6) worden er van de inschrijvers wel stukken gevraagd inzake de 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.”

In de bestreden beslissing en het verslag van nazicht wordt de technische bekwaamheid niet aangenomen om twee redenen: enerzijds, de verzoekende partij heeft niet formeel het bewijs geleverd van de verbintenis van de nv Think Media en de nv Think Media Outdoor dat zij zal kunnen beschikken

over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen en anderzijds, de verzoekende partij bewijst haar technische bekwaamheid niet door te verwijzen naar de publicitaire panelen geplaatst op werfafsluitingen of naar de onlangs geplaatste publicitaire panelen op de parkings van Delhaize.

Het voorliggend middel betreft het eerste motief.

10.3. Anders dan de verzoekende partij in de aanvang van haar middel opmerkt, blijkt nergens uit dat de verwerende partij aanvaardde dat er een verbintenis met de nv Think Media of de nv Think Media Outdoor was. Het middel mist op dit punt feitelijke grondslag.

10.4. Evenmin kan het standpunt van de verzoekende partij gevolgd worden dat het enkele feit dat een onderneming behoort tot dezelfde groep, inhoudt dat het bestaan van dergelijke verbintenis vaststaat alleen omwille van de aard van die band. Het gaat om aparte rechtspersonen. De verzoekende partij toont niet aan dat het behoren tot eenzelfde groep op zich volstaat als de in de artikelen 44 en 45 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vereiste verbintenis. Mocht de verzoekende partij zich hier al voldoende concreet beroepen op de Europese regelgeving zoals vervat in artikel 48.3 van de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ dan moet worden opgemerkt dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat deze richtlijn niet toelaat bij de beoordeling uit te gaan van een vermoeden dat de inschrijver over de middelen van derden beschikt op de enkele grond dat hij tot dezelfde groep ondernemingen behoort.

10.5. In de mate dat de verzoekende partij het bestaan van een verbintenis inzake de technische bekwaamheid afleidt uit het feit dat de nv Think Media Outdoor haar toelaat bepaalde illustraties in de offerte op te nemen en uit de verwijzing naar het Delhaize-contract, wordt niet aangetoond dat de verwerende partij de perken van haar beoordelingsbevoegdheid is te buiten gegaan door aan te nemen dat dit niet de vereiste verbintenis aantoont. De verzoekende partij toont niet aan dat de opname van die illustraties gebeurde met

uitdrukkelijke toelating van Think Media Outdoor. Voorts wordt hiermee niet aangetoond dat uit die illustraties het bestaan zou moeten worden afgeleid van de kwestieuze verbintenis; er moet worden aangetoond dat de verzoekende partij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen middels een verbintenis van de entiteit waarop zij een beroep doet; de loutere verwijzing naar een andere opdracht volstaat niet als bewijs.

10.6. Dat de verwerende partij de verzoekende partij had dienen uit te nodigen om haar offerte op dit punt aan te vullen, toont de verzoekende partij niet aan temeer omdat dit niet zomaar kan worden aanvaard nu het om een essentieel manco gaat.

10.7. Wat de kritiek van de verzoekende partij op het bestek betreft, namelijk dat de voorwaarden inzake economische en financiële draagkracht en inzake technische bekwaamheid niet aangepast zijn in functie van de opdracht, is het middel slechts ontvankelijk wat de technische bekwaamheid betreft; het bestek noch de aankondiging leggen immers eisen op inzake de economische en financiële draagkracht.

Voorts toont de verzoekende partij haar belang niet aan bij haar kritiek; zij legt geen bewijs van verbintenis voor dat zij zich kan beroepen op de draagkracht van derden en toont haar eigen draagkracht evenmin aan nu zij zelf geen personeel heeft en zich beroept op de technische bekwaamheid van de nv Think Media Outdoor.

Overigens toont de verzoekende partij niet concreet aan dat de gestelde eisen inzake technische bekwaamheid niet verantwoord zijn in het licht van het voorwerp van de opdracht. In elk geval moet het voor een inschrijver voldoende voorspelbaar zijn geweest dat de uiteenzetting in het bestek en de aankondiging met de verwijzing naar de bedrevenheid, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid zou worden beoordeeld in het licht van het voorwerp van de opdracht zoals omschreven in het bestek en de aankondiging. Uit het verslag van nazicht blijkt trouwens dat deze eisen in functie van de inhoud van de opdracht werden beoordeeld; aldus werd vermeld dat de ingeroepen Delhaize ervaring

“geen opdracht betreffende stadsmeubilair gelijksoortig aan het voorwerp van de opdracht” bewijst.

11. In haar laatste memorie weerspreekt de verzoekende partij de terechte bevindingen uit het auditorsverslag niet concreet; in die omstandigheden treedt de Raad het uitvoerig onderbouwd standpunt van het auditorsverslag bij.

De verzoekende partij verzoekt de Raad wel de voorvermelde prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

Dit verzoek wordt afgewezen.

Los van het antwoord op de vraag of het een verzoekende partij procedureel toegelaten is voor het eerst in haar laatste memorie dergelijk verzoek te formuleren, merkt de Raad van State op dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet relevant is voor de oplossing van het geschil. Zoals hiervoor aangenomen toont de verzoekende partij niet aan dat zij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van derden voor de uitvoering van de opdracht; deze vaststelling kan niet worden beïnvloed door het antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële vraag.

12. Het middel wordt verworpen.

B. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij voert de schending op van de wet van 29 juli 1991, van de artikelen 45 en 70 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van het bijzonder bestek.

In essentie betwist zij het motief in de bestreden beslissing dat de aangehaalde technische bekwaamheid hoofdzakelijk publicitaire panelen geplaatst op werfafsluitingen of de onlangs geplaatste publicitaire panelen op de

parkings van Delhaize betreft en haar technische bekwaamheid niet bewijst voor een opdracht betreffende stadsmeubilair gelijksoortig aan het voorwerp van de opdracht.

Volgens de verzoekende partij speelt de aanbestedende overheid hier met de bewoordingen van het bestek en stelt zij het voor alsof het bestek zou gaan over meer dan publicitaire panelen terwijl niets minder waar is zoals blijkt uit de besteksomschrijving van het voorwerp van de opdracht.

14. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat zij in haar offerte duidelijk heeft aangetoond welk soort borden zij wil plaatsen; er is niet met argumenten aangetoond dat deze borden niet zouden voldoen; er is bijgevolg dan ook geen reden om aan te nemen waarom zij zich op de door haar ingeroepen ervaring niet kon beroepen. De motivering in verband met de aard van de geleverde borden is dus niet voldoende.

15. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat uit het bestek in geen geval blijkt dat zij moest aantonen dat zij ervaring had in het leveren van identiek of gelijksoortig stadsmeubilair.

Beoordeling

16. De verzoekende partij doet voor het aantonen van haar technische bekwaamheid en de uitvoering van de opdracht een beroep op de nv Think Media Outdoor daar zijzelf geen uitvoerend personeel heeft. Aangezien, zoals blijkt uit de beoordeling van het derde middel, de verzoekende partij helemaal geen verbintenis met de nv Think Media Outdoor voorlegt, is een nadere beoordeling van het vierde middel niet nodig.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 november 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest