RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 228.449 van 23 september 2014
in de zaak A. 213.574/XII-7744

In zake: de BVBA POWER-PLACING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ria Hens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 191
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de CVBA EANDIS
2. de CVBA SYNDUCTIS
3. IWVA
4. TMVW
5. de CVBA GASELWEST
6. IMEA
7. IMEWO
8. INTERGEM
9. IVEKA
10. IVERLEK
11. de CVBA SIBELGAS

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Leopold Schellekens en Jole Carlé
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 september 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van Synductis cvba zonder gekende datum, waarbij beslist werd dat de

kandidatuur van Power-Placing bvba niet werd aanvaard voor perceel 1 en perceel 3 voor de opdracht Aansluitingen, Overkoppelingen en Spanningsombouw met referentie: Publicatieblad van de Federale Dienst e-Procurement '2014-509298' verschenen op '29.04.2014', waardoor [de bvba Power-Placing] niet weerhouden werd om haar offerte in te dienen, en daaruitvolgend de schorsing van de verderzetting van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking met referentie: Publicatieblad van de Federale Dienst e-Procurement '2014-509298' verschenen op '29.04.2014'".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De eerste verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 september 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Parmentier, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Frederic Vandendriessche en Jole Carlé, die verschijnen voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Voor de uitvoering van werken met als voorwerp ‘Aansluitingen, Overkoppelingen en Spanningsombouw’ wordt een overheidsopdracht uitgeschreven. Het betreft een raamovereenkomst met meerdere partijen en een looptijd van 60 maanden. Als gunningswijze wordt gekozen voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, waarbij de prijs het enige criterium is. De opdracht is verdeeld in drie percelen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 april 2014 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 3 mei 2014.

Wat betreft de financiële en economische draagkracht wordt in de aankondiging bepaald:

Item	Deelaspecten	Toelichting		BLAUWE IS IN TE VULLEN, ORANJE AAN TE LEVEREN
4.1. Solvabiliteit (De solvabiliteit is de verhouding tussen het eigen vermogen en het totaal vermogen op de balans.)	De kandidaat-aannemer bezorgt ons recente gegevens ivm. zijn solvabiliteit.	De kandidaat-aannemer toont aan dat de voorgelegde solvabiliteitscijfers zijn berekend op basis van boekhoudkundige gegevens minder dan 6 maand oud.	Beoordeling: - < 25% - 25% < x < 40% - > 40%	Blauwe K1: Solvabiliteit
4.2. Kredietrisico	Het kredietrisico van de kandidaat-aannemer zal geëvalueerd worden op basis van het “Eurogate Risico”. De Europese norm om het kredietrisico van een onderneming te bepalen.	Eandis zal hiervoor een rapport opvragen van “Graydon” of van “Dun & Bradstreet”, met een score van 3, 4, 5 (Graydon), respectievelijk 1, 2 of 3 (Dun & Bradstreet). Het rapport zal niet ouder zijn dan 3 maanden, voorafgaand aan de indieningsdatum van	Beoordeling: - Score ≠ 3,4 of 5 (Gradydon) en 1,2 of 3 (D&B) - Score = 3,4 of 5 (Gradydon) en 1,2 of 3 (D&B)	Rapport wordt gegenereerd door Eandis.

		deze procedure.		
4.3. Kredietwaardigheid	De kandidaat-aannemer legt een attest voor, niet meer dan 6 maanden oud, ondertekend door een erkende en in Europa gevestigde financiële maatschappij.	In het voorgelegde attest verklaart de financiële maatschappij dat de kredietlijnen in verband met de uitvoering van deze opdracht daadwerkelijk ter beschikking worden gesteld of deze ten minste bereid is dit te onderzoeken.	Beoordeling: - geen attest - conform attest	Bijlage K2: Attest kredietwaardigheid.

Op het selectiecriterium "financiële en economische draagkracht" dient een minimum van 20/30 –ieder item staat op 10 punten– te worden behaald.

3.3. De verzoekende partij dient op 10 juni 2014 haar kandidatuur in.

3.4. Het rapport inzake het kredietdossier van de verzoekende partij, opgesteld door Dun & Bradstreet en afgedrukt op 26 juni 2014, stelt dat zij een hoog kredietrisico –risico-indicator 4– heeft. Bij e-mail van 4 juli 2014 wordt de verzoekende partij verzocht extra verduidelijkingen te verschaffen, wat zij doet bij e-mail van 30 juli 2014. Hieruit volgt dat haar algemene graad van financiële onafhankelijkheid –solvabiliteitsratio's 13-14– 18,27% bedraagt.

3.5. De verzoekende partij wordt bij e-mail van 1 augustus 2014 door de verwerende partij op de hoogte gebracht van het feit dat op basis van de beschikbare informatie haar kandidatuur voor geen enkel perceel wordt aanvaard omwille van onvoldoende financiële en economische draagkracht. Bij e-mail van 7 augustus 2014 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij dat haar kandidatuur alsnog zou worden aanvaard, minstens dat haar uitstel van twee weken zou worden verleend om een geactualiseerd attest van Graydon op te sturen waaruit zou blijken dat zij geen RSZ-schulden heeft. De verzoekende partij wordt bij e-mail van 8 augustus 2014 door de verwerende partij gemeld dat het onderzoek naar de financiële en economische draagkracht op basis van scores van Dun &

Bradstreet en Graydon die dag wordt afgerond en dat zij zelf geen attest hoeft op te vragen.

Het rapport inzake het kredietdossier van de verzoekende partij, opgesteld door Dun & Bradstreet en afgedrukt op 8 augustus 2014, stelt nog steeds dat zij een hoog kredietrisico –risico-indicator 4– heeft. Het kredietadvies van 8 augustus 2014 van Graydon deelt de verzoekende partij in risicoklasse 2 in.

3.6. Bij brief gedagtekend op 15 augustus 2014 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van het niet aanvaarden van haar kandidaturen voor percelen 1 en 3. Dit is de bestreden beslissing. Als bijlage bij de brief is een opsomming gevoegd van de selectiecriteria waaraan de verzoekende partij niet voldoet:

Referentie van de aankondiging van de opdracht	Selectiecriteria 1	Reden van niet-selectie van de kandidatuur
"2014-509298"	De kandidaat-aannemer bezorgt ons recente gegevens ivm. zijn solvabiliteit volgens de balans (eigen vermogen / totaal vermogen).	De kandidaat-aannemer scoort met een score van 18,27% onvoldoende.
Referentie van de aankondiging van de opdracht	Selectiecriteria 2	Reden van niet-selectie van de kandidatuur
"2014-509298"	Het kredietrisico van de kandidaat-aannemer werd geëvalueerd op basis van het 'Eurogate Risico'. De Europese norm om het kredietrisico van een onderneming te bepalen.	Eandis heeft hiervoor het rapport bij "Dun & Bradstreet" en "Graydon" op 8/8/2014 opgevraagd. De score bij D&B is 'E4' en bij Graydon is de risicoklasse '2'. Beide cijfers zijn dus onvoldoende.

IV. Aanwijzing van de verwerende partij

4. In het administratief dossier wordt een afdruk van de eindbeslissing opgenomen die qua vorm verschilt van die ontvangen door de verzoekende partij. In de laatstgenoemde wordt melding gemaakt van de hoofding van de cvba Synductis, naast een verwijzing naar de cvba Eandis, IWVA, TMVW en IWVB, terwijl dergelijke vermeldingen niet voorkomen op de afdruk van de

eindbeslissing opgenomen in het administratief dossier. De afzender van de aangetekende zending waarmee de bestreden beslissing werd bezorgd aan de verzoekende partij, wordt ook geïdentificeerd als Synductis. Tevens is in het administratief dossier een beslissing van de raad van bestuur van 24 april 2014 van de cvba Synductis opgenomen, waaruit volgt dat deze raad van bestuur zijn goedkeuring verleent om de opdracht te verlenen aan de cvba Eandis om in naam en voor rekening van Synductis en haar vennoten de gunning van het dossier voor te bereiden en de kandidaten te selecteren, waarmee de raad van bestuur van de cvba Eandis op 25 april 2014 lijkt in te stemmen.

In de aankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen wordt vermeld dat "allen" (de cvba Eandis, de cvba Synductis, IWVA, TMVW, de cvba Gaselwest, Imea, Imewo, Intergem, Iveka, Iverlek en de cvba Sibelgas) als aanbestedende overheid dienen te worden beschouwd.

De nota gaat dan weer enkel uit van de eerste verwerende partij.

Gelet op het voorgaande waaruit een zekere onduidelijkheid blijkt inzake de vraag wie precies de verwerende partijen zijn en waarover ter terechtzitting geen klaar beeld lijkt te zijn bijgebracht, wordt in de huidige stand van het geding dan ook aangenomen dat alle in de aankondiging als aanbestedende overheid geïdentificeerde partijen als verwerende partijen moeten worden beschouwd. Ter terechtzitting verklaart de raadsman van de eerste verwerende partij vrijwillig te verschijnen voor de overige verwerende partijen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de eerste verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie inzake de tijdigheid van de vordering uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor

het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

7. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing. Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid. Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

8. De verzoekende partij voert de schending aan van "de Wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten", "artikel 63 en volgende van het Koninklijk besluit van 16 juli 2012 plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren", "het zorgvuldigheidsbeginsel en redelijkheidsbeginsel", "de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen", doordat de bestreden beslissing besluit tot haar niet-selectie omwille van onvoldoende financiële en economische draagkracht, terwijl zij aan de hand van de door haar overgemaakte boekhoudkundige en financiële stukken en attesten heeft aangetoond dat zij over de nodige financiële en economische draagkracht beschikt.

De verzoekende partij betoogt dat zij een financieel gezond bedrijf is. Zij wijst er hierbij in de eerste plaats op dat het thans lopende contract met de verwerende partijen momenteel door haar wordt uitgevoerd, doch dat zij hierbij op het einde van het boekjaar 2014 een financieel verlies heeft geleden van rond de 443.872 euro, doordat de minimale contractuele bezetting zoals bepaald in de opdracht van 8 FTE's verminderd werd tot 5 FTE's. Bijgevolg liggen de aanbestedende overheden volgens haar dan ook "zelf aan de oorzaak dat zij niet voldoe[t] […] aan de […]selectiecriteria". Indien voormeld verlies mee in de balans werd opgenomen, scoort zij op solvabiliteit > 40%, waardoor zij wel voldoet aan dit selectiecriterium.

Voorts betoogt zij dat de dagvaarding van de RSZ, waar in het verslag van Graydon mee rekening werd gehouden, gebaseerd is op een fout van haar boekhouder voor een bedrag van rond de 600 euro, dat deze fout werd rechtgezet en dat dit werd meegedeeld aan de aanbestedende overheid.

Ten slotte verwijst zij nog naar een verslag van Graydon van 2 september 2014, waaruit blijkt dat de "verfijnde liquiditeitsratio" wordt geëvalueerd op 0,70 - 0,72, wat algemeen als goed moet worden beschouwd –boven 0,50– zodat haar financiële en economische draagkracht moet volstaan.

Beoordeling

9.1. De verzoekende partij erkent in het verzoekschrift dat zij niet voldoet aan twee van de selectiecriteria inzake de financiële en economische draagkracht.

9.2. Een eventuele tekortkoming door de verwerende partijen in de naleving van een lopende overeenkomst met de verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden aangewend door de verzoekende partij om te eisen dat een selectiecriterium anders –lees soepeler– wordt ingevuld dan aangekondigd. De verzoekende partij toont bijgevolg niet aan dat hierdoor de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen werden geschonden.

9.3. Het voor de verzoekende partij ongunstige kredietadvies van Graydon van 8 augustus 2014 lijkt niet uitsluitend gebaseerd op de bewuste RSZ dagvaarding.

9.4. Het door de verzoekende partij voorgelegde handelsrapport met review van 2 september 2014, opgesteld door Graydon, voor zover er al rekening mocht worden mee gehouden tijdens de selectieprocedure, lijkt geen uitspraak te doen over de in de aankondiging opgenomen parameters kredietrisico of solvabiliteit, wat volstaat om in de huidige stand van het geding te oordelen dat de verzoekende partij niet aantoont dat de bestreden beslissing onterecht werd genomen. De verzoekende partij licht in elk geval niet nader toe hoe de parameter "verfijnde liquiditeitsratio" in verband mag worden gebracht met de in de aankondiging opgenomen parameters.

10. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

11. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Kosten

12. Er is grond om het enkel door de eerste verwerende partij gevorderde en niet door de verzoekende partij betwiste basisbedrag van 700 euro rechtsplegingsvergoeding aan de eerste verwerende partij toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als een in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700, die verschuldigd is aan de eerste verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 september 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Pierre Barra**