

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.764 van 8 januari 2015
in de zaak A. 214.490/XII-7784**

In zake: Sven VAN DE WEGHE (VISUAL CONCEPT)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hannes Derijnck
kantoor houdend te 9070 Destelbergen
Dendermondesteenweg 359A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE LOTERIJ
naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en
Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 december 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Raad van Bestuur van de Nationale Loterij d.d. 18 november 2014, waarbij werd beslist om VISUAL CONCEPT niet te selecteren wegens onvoldoende economische, financiële en technische draagkracht om de opdracht uit te voeren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 januari 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hannes Derijnck, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Ian Arnouts en Alexandre Peytchev, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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. De Nationale Loterij schrijft een overheidsopdracht uit met als doel een meerjarige raamovereenkomst te sluiten met één partij voor het uitrollen van raamstickers, meubilair en windmasters binnen haar verkoopsnet.

De geraamde waarde van deze opdracht bedraagt 409.284 euro voor 4 jaar, btw niet inbegrepen.

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 2014/31.

Het bijzonder bestek vermeldt met betrekking tot de selectiecriteria:

“8. Selectiecriteria”

[...]

- De economische en financiële draagkracht van de inschrijvers zullen beoordeeld worden aan de hand van een D & B rapport. De

ondernemingen met een hoog falingsrisico komen niet voor gunning in aanmerking. De Nationale Loterij staat zelf in voor het opvragen van de rapporten aan D & B.

- Voorts moet de inschrijver zich bewijzen met referentieopdrachten waarbij dezelfde middelen werden ingezet/toegepast als voor het plaatsen van raamstickers, loterry corners/desks en windmasters. Minstens 1 referentie moet de afgelopen drie jaren zijn uitgevoerd over een vergelijkbaar (nationaal) grondgebied.

Alle selectiecriteria zijn knock-outcriteria”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 juni 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 juni 2014.

3.2. De opdracht wordt gegund volgens de procedure van de open offerteaanvraag.

De opening van de offertes vindt plaats op 19 augustus 2014.

Zes offertes worden ingediend, onder meer die van de verzoekende partij.

3.3. In een evaluatierapport van niet gekende datum wordt voorgesteld de verzoekende partij niet te selecteren wegens onvoldoende economische, financiële en technische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

3.4. Op 18 november 2014 beslist de Raad van Bestuur van de Nationale Loterij de motieven van het evaluatierapport, zoals weergegeven in bijlage, tot de zijne te maken en bijgevolg de verzoekende partij niet te selecteren wegens onvoldoende economische, financiële en technische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

Dit is het bestreden besluit.

3.5. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht, beide van 28 november 2014, heeft de verwerende partij aan de verzoekende partij

meegedeeld dat zij niet is geselecteerd. De deels onleesbaar gemaakte gemotiveerde toewijzingsbeslissing en het evaluatierapport met weglatingen, zijn bijgevoegd.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van de middelen

Enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. Het enige middel is geput uit de schending van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werk, leveringen en diensten’, de artikelen 5 en 29 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder de verplichting tot motivering van bestuurshandelingen”, “de materiële en formele motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*”.

Samengevat voert de verzoekende partij aan, in een eerste onderdeel, dat de verwerende partij ten onrechte meent dat de verzoekende partij niet zou beschikken over voldoende economische en financiële draagkracht. Zij stelt te beschikken over een zeer grote stockageruimte, evenals voldoende rollend materieel. Uit haar resultatenrekening blijkt dat zij “financieel gezond” is. Haar “duidelijk voornemen om van een eenmanszaak over te gaan naar een bvba indien de opdracht aan haar wordt gegund”, is wel gecommuniceerd naar de verwerende partij maar is door deze laatste onbesproken gebleven. De verzoekende partij legt tevens een bankverklaring neer van 1 december 2014 waaruit zou blijken dat zij beschikt over de financiële en economische draagkracht om de opdracht naar behoren uit te voeren.

De verzoekende partij betwist voorts, in een tweede onderdeel, dat zij niet zou beschikken over de vereiste technische bekwaamheid. Zij stelt meer dan voldoende referenties te hebben voorgelegd. Omdat het moeilijk is om referenties te verkrijgen van bedrijven waarvoor in onderaanneming wordt gewerkt, legt de verzoekende partij thans een schriftelijke getuigenverklaring neer “cfr. artikel 961/2 van het Gerechtelijk Wetboek” houdende het werk dat zij in onderaanneming heeft verricht voor Western Union en BPOST. De verzoekende

partij besluit dat, in zoverre de verwerende partij zou opwerpen dat zij niet over voldoende personeel beschikt, zij thans twee vaste werknemers en twee interim-arbeiders tewerkstelt, en voor het uitvoeren van de opdracht nog drie andere mensen in dienst kan nemen.

Beoordeling

6. De verzoekende partij lijkt in haar enige middel grieven aan te voeren die in essentie de materiële motiveringsverplichting betreffen.

7. Wat het eerste onderdeel betreft, bepaalt het bestek dat de economische en financiële draagkracht van de inschrijvers wordt beoordeeld aan de hand van een D&B rapport en dat de ondernemingen met een volgens dergelijk rapport hoog faillissementsrisico niet voor gunning in aanmerking komen. Het bestek spreekt hieromtrent van een “knock-out” criterium.

8. Het bestreden besluit beoordeelt de economische en financiële draagkracht van de verzoekende partij als volgt:

“Behalve Graphicss en Visual Concept, hebben de inschrijvers geen falingsrisico. Voor een correcte beoordeling van de D&B rapporten, werd aan de inschrijvers Graphicss en Visual Concept gevraagd om de balansen in te dienen:

Op 19 augustus 2014 hebt u een offerte voor onze opdracht het plaatsen van raamstickers, meubilair en windmasters binnen het verkoopsnet van de Nationale Loterij ingediend.

Kan u mij de balansen en jaarrekeningen van de afgelopen drie jaar (2013, 2012 en 2011) opsturen, tegen ten laatste 8 september 2014?

[...]

Visual Concept (Sven Van De Weghe):

Het D&B rapport toont een zeer hoog falingsrisico voor Visual Concept. Verdere analyse van de resultatenrekening nuanceert dat beeld enigszins. Evenwel kan Visual Concept (of haar eventuele onderaannemer) niet aantonen over een voldoende grote financiële draagkracht te beschikken om de investeringen te realiseren die nodig zijn om de uitvoering van de opdracht op te starten.”

9. De kritiek van de verzoekende partij lijkt geen betrekking te hebben op de rechtmatigheid van het vereiste zelf maar wel op de daarop betrokken beoordeling.

De verzoekende partij tracht de sterk negatieve beoordeling van het D&B rapport te ontkrachten door te verwijzen naar haar brutowinstrekeningen van de afgelopen drie jaar, die zouden aantonen dat zij wel degelijk financieel gezond is.

Ondanks de omschrijving in het bestek van de resultaten van het D&B rapport als een “knock-outcriterium” lijkt de verwerende partij blijkens de motieven van het bestreden besluit ook de voormelde brutowinstrekeningen als medebepalend te hebben aangezien voor “een correcte beoordeling van de D&B rapporten”. Anders dan de verwerende partij het lijkt in te schatten, lijkt de verzoekende partij aldus minstens indirect ook de resultaten van het D&B rapport te betwisten.

Een andere zaak echter is of het eventueel financieel gezond karakter van de onderneming van de verzoekende partij in tegenspraak is met de beoordeling dat zij of haar eventuele onderaannemer niet zouden aantonen over een voldoende grote financiële draagkracht te beschikken om de nodige investeringen te realiseren: een en ander lijkt immers niet onverenigbaar.

Het lijkt niet dat de verwerende partij in dat verband zonder reden, aan de hand van de brutowinsten van de verzoekende partij de afgelopen drie jaar afgezet tegen de geraamde waarde van de voorliggende opdracht en de door de verzoekende partij opgegeven prijs, haar financiële draagkracht om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren, problematisch mocht bevinden. Feit is dat de afgelopen drie jaar de brutowinsten van respectievelijk 94.610,32, 63.673,05 en 45.396,65 euro – tevens voor de laatste twee bedragen gelijk aan de omzet – de door haar thans aangeboden prijs – volgens de nota ongeveer 700.000 euro – zelfs niet benadert én de verzoekende partij blijkens haar offerte beroep zal moeten doen op een onderaannemer voor de ontwikkeling van een zogenaamde “web-reporting-tool” waarvan met de verwerende partij mag worden

aangenomen dat dit toch een niet onaanzienlijke investering vergt. Over die onderaannemer zelf bewaart de verzoekende partij overigens het stilzwijgen.

In het licht van het voorgaande toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de beoordeling, dat de financieel-economische slagkracht van de verzoekende partij te kleinschalig is en haar marges te beperkt zijn om de noodzakelijke investeringen te kunnen doen teneinde een opdracht van deze omvang tot een goed einde te brengen, een schending inhoudt van de in het middel geschonden geachte rechtsregels en –beginselen, meer bepaald inzake de materiële motiveringsverplichting.

10. In zoverre dat de verzoekende partij een bankverklaring voorlegt die opnieuw zou moeten aantonen dat zij wel degelijk beschikt over de nodige financiële en economische draagkracht, mag hiermee geen rekening worden gehouden.

Nog afgezien van de vraag naar de bewijswaarde van bedoelde bankverklaring, gelet op het blanco blijven van een essentieel gedeelte van het betrokken formulier versus een handgeschreven verwijzing onderaan de verklaring naar de voorliggende opdracht, dateert de voorgelegde bankverklaring immers van 1 december 2014 en dus van na de indiening van de offertes, zelfs van na het bestreden besluit.

Een aanbestedende overheid mag bij het nemen van de selectiebeslissing in principe enkel rekening houden met de gegevens die op dat ogenblik voorliggen. Er anders over oordelen zou de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang brengen. De verzoekende partij geeft geen reden aan waarom te dezen van dit principe zou moeten worden afgeweken.

11. In zoverre dat de verzoekende partij ten slotte verwijst naar haar voornemen om haar huidige eenmanszaak te vervangen door een bvba en naar haar stockagemogelijkheden, is op het eerste gezicht niet duidelijk op welke wijze deze elementen haar financiële en economische draagkracht kunnen of hadden kunnen beïnvloeden. De argumentatie daaromtrent van de verzoekende partij schept geen klaarheid.

De omstandigheid dat, althans wat de rechtsvorm van de onderneming betreft, ondanks de communicatie hierover aan de verwerende partij, dit element onbesproken is gebleven in het bestreden besluit, doet op het eerste gezicht dan ook niet ter zake.

12. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

13. Wat het tweede onderdeel betreft, bepaalt het bestek dat de inschrijver zich moet bewijzen met referentieopdrachten “waarbij dezelfde middelen werden ingezet of toegepast als voor het plaatsen van raamstickers, lottery corners of desks en windmasters. Minstens één referentie moet de afgelopen drie jaren zijn uitgevoerd over een vergelijkbaar (nationaal) grondgebied”. Ook dit selectie criterium noemt het bestek een “knock-outcriterium”.

Wat die bij te voegen referenties betreft, verwijst het bestek voorts naar de bijlage C “Specificatie van de referenties” en acht de “volledige beantwoording” ervan “essentieel”.

De bijlage C zelf vermeldt dat het “[v]oor de Nationale Loterij [...] van groot belang [is] dat de inschrijver over voldoende specifieke ervaring beschikt om de gevraagde werkzaamheden naar behoren uit te voeren” en vraagt per referentie één formulier in te vullen, met “uitgebreide omschrijving van de aard van de verleende werkzaamheden”.

14. Het wordt niet betwist dat de verzoekende partij aanvankelijk drie referenties had opgegeven, te weten Goodstore Netherlands, nv Kabost en nv Van Marcke.

Het bestreden besluit overweegt daarover:

- “▪ Goodstore Netherlands
- Kabost NV
- Van Marcke NV

Installatie van winkelrekken, meubilair en dergelijke. Geen referenties met expliciete vermelding dan de plaatsing van raamstickers.

Nergens staat vermeld om hoeveel verkooppunten het gaat. Daaruit kan afgeleid worden dat het waarschijnlijk om erg kleine aantallen gaat. De grootste referentie is Van Marcke. De opdracht omvat het afbouwen van winkelruimtes en receptie, rekken, presenteermeubels, ophangen van stickers en signs. Dit is voor 106 winkels in België en Frankrijk. De firma krijgt hiervoor deadlines opgelegd van 2 weken, maar de opdracht voor de vernieuwing van de winkels loopt al sinds februari 2013 tot september 2014. Dit zijn niet dezelfde termijnen als de opdracht van de Nationale Loterij. Bij Kabost en Goodstore is niets bekend over een nationaal grondgebied.”

15. Nog afgezien van de vraag of de verzoekende partij nog wel belang heeft bij dit onderdeel van het middel nu het niet beschikken over de nodige financiële en economische draagkracht blijkens het bestek geldt als “knock-outcriterium”, kan in elk geval ook dit onderdeel om de volgende redenen niet worden bijgevalen.

16. Opnieuw moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet de rechtmatigheid van het vereiste lijkt te betwisten, maar wel de daarop betrokken beoordeling.

In zoverre dat de verzoekende partij in dat verband beweert meer dan voldoende referenties te hebben opgegeven, lijkt zij evenwel een en ander uit het oog te verliezen.

Zoals gezegd, had zij aanvankelijk enkel de drie in het bestreden besluit besproken referenties opgegeven. De omstandigheid dat zij naar aanleiding van een vraag van de verwerende partij om verduidelijking bijkomende referenties opgeeft, laat haar niet toe zich thans op dergelijke nieuwe referenties te beroepen. Er anders over oordelen zou het principe van de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang brengen, nu de verzoekende partij nergens aangeeft waarom van dit principe te dezen zou moeten worden afgeweken.

Daar komt bij dat de verzoekende partij het wezen van de vraag om verduidelijking van de verwerende partij niet lijkt te hebben begrepen.

Zoals de bijlage C van het bestek het aankondigt, is het voor de verwerende partij van groot belang dat de inschrijver over voldoende specifieke ervaring beschikt om de gevraagde werkzaamheden naar behoren uit te voeren.

Ondanks de vraag tot verduidelijking lijkt de verzoekende partij, wat de ondernemingen Kabost en Goodstore betreft, niet te hebben uitgeklaard om hoeveel verkooppunten het gaat en is, blijkens de motieven van het bestreden besluit, niets bekend over een “soortgelijk (nationaal) grondgebied”.

Blijft over de referentie Van Marcke. Hiervan wordt in het bestreden besluit erkend dat het de grootste referentie is, maar worden bezwaren aangebracht tegen de gehanteerde uitvoeringstermijnen.

Ervan uitgaande dat wat raamstickers en meubilair betreft, blijkens het bestek in principe tweemaandelijks een roll-out zal worden gelanceerd, omvattende gemiddeld 150 adressen aan interventies en af te ronden binnen de maand na het ontvangen van de bestelling, dat zo nodig naast deze tweemaandelijkse roll-outs bijkomende spoedinterventies moeten worden uitgevoerd en dat daarnaast de verwerende partij ook nog een nationale roll-out van nieuwe windmasters plant, door de opdrachtnemer af te werken aan een gemiddeld tempo van 50 verkooppunten per dag, lijkt het geen ondeugdelijke motivering van de verwerende partij, aan te nemen dat de nog lopende opdracht voor de nv Van Marcke en, naar eigen verklaring van de verzoekende partij omvattende 106 winkels, inzake uitvoeringstermijnen niet als valabele referentie kan gelden.

Door uit de aard van de door de verzoekende partij voor de drie opgegeven referenties beschreven verleende werkzaamheden af te leiden dat de verzoekende partij de vereiste specifieke ervaring mist, lijkt de verwerende partij niet te hebben geoordeeld met schending van de in het middel vermelde wetsbepalingen en rechtsbeginselen, meer bepaald de materiële motiveringsverplichting.

17. Nog daargelaten de vraag of de verzoekende partij zich te dezen mag beroepen op de getuigenverklaring overeenkomstig artikel 961/2 van het

Gerechtigd Wetboek, nu de procedure voor de Raad van State in principe wordt beheerst door eigen procedureregels, lijkt deze verklaring opnieuw betrekking te hebben op bijkomende referenties, andere dan de drie initieel opgegeven referenties. Om de reeds voormelde reden dat ter vrijwaring van de gelijkheid tussen inschrijvers, in principe enkel rekening mag worden gehouden met de oorspronkelijk bij de offerte gevoegde documenten, is de thans voorgelegde getuigenverklaring zonder relevantie.

18. In zoverre de verzoekende partij ten slotte lijkt te benadrukken dat zij beschikt over voldoende personeel, blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij het gebrek aan personeel zou hebben gehanteerd als motief om te besluiten dat niet voldaan is aan de vereiste technische bekwaamheid. Het argument betrokken op het personeel lijkt derhalve niet dienstig.

19. Ook het tweede onderdeel is derhalve niet ernstig.

Het enige middel is in zijn geheel niet ernstig.

VI. Besluit

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

VII. Rechtsplegingsvergoeding

21.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

21.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948

‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, is krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige.

Dit artikel 67, § 1, bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.”

21.3. Er is aldus grond om met toepassing van deze bepaling te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als 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 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 januari 2015 door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest