

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 230.344 van 26 februari 2015  
in de zaak A. 211.654/XII-7593**

In zake: de BVBA TOTAL CONCEPT EXPO  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Christophe Coen  
kantoor houdend te 2018 Antwerpen  
Mechelsesteenweg 210 A  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEP-  
ORGANISATIE  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten David D'Hooghe, Leopold Schellekens en Arne  
Carton  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Loksumstraat 25  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 14 februari 2014, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de VRT van 20 december 2013 waarbij de beslissing van 8 maart 2013 om de offerte van de bvba Trimex in het kader van de overheidsopdracht Media 1217, Standenbouw, te selecteren, wordt bevestigd en waarbij voormelde opdracht wordt gegund aan de bvba Trimex en derhalve niet aan de bvba Total Concept Expo.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

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

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 januari 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Arne Carton, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, 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. De verwerende partij schrijft een beperkte offerteaanvraag uit voor leveringen met als voorwerp ‘Media 1217 – Standenbouw’ in het kader van een raamovereenkomst.

3.2. Op 21 januari 2013 wordt de aankondiging van de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 25 januari 2013 in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

Inzake de voorwaarden voor deelneming, economische en financiële draagkracht wordt gevraagd dat de kandidaten een recente bankverklaring voorleggen.

3.3. Zes ondernemingen dienen een kandidatuur in, onder wie de verzoekende partij en de bvba Trimex.

Uit het “verslag van nazicht van de kandidaturen” van 8 maart 2013 blijkt dat drie kandidaten op die datum worden geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen op grond van het bestek, namelijk de verzoekende partij, de bvba Fast Forward Events en de bvba Trimex. Er wordt in dit verslag opgemerkt dat de toestand van de bvba Trimex inzake RSZ, btw en belastingen, juridische situatie, economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid telkens “OK” is.

3.4. Op 18 april 2013 vindt de opening van de offertes plaats.

Na de eerste beoordeling blijkt het verschil tussen de offertes van de eerste gerangschikte, de bvba Trimex, en de tweede gerangschikte, de verzoekende partij, miniem te zijn, namelijk 0,35 punten. De verwerende partij beroept zich op artikel 115 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 vraagt aan de beide kandidaten om een verbeterde offerte in te dienen.

3.5. Na ontvangst van de verbeterde offertes krijgt volgens het verslag van nazicht van de offertes van 17 mei 2013 de bvba Trimex een score van 80,50 op 100 en de verzoekende partij een score van 74,05. De bvba Trimex wordt als de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte beschouwd en zij krijgt de opdracht.

De verzoekende partij wordt hiervan op de hoogte gebracht bij aangetekende brief van 17 mei 2013.

3.6. Bij arrest nr. 224.136 van 26 juni 2013 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 17 mei 2013 van de VRT om de opdracht ‘Media 1217 Standenbouw’ te gunnen aan de bvba Trimex.

3.7. Op 2 juli 2013 beslist de verwerende partij “de beslissing om de opdracht betreffende Media 1217 Standenbouw overeenkomstig het bestek ref. Media 1217 toe te wijzen aan de bvba Trimex in te trekken”, “de geselecteerde kandidaten hiervan op de hoogte te brengen” en “over te gaan tot een hernieuwde beoordeling van de ingediende offertes rekening houdend met voormeld schorsingsarrest van de Raad van State”.

3.8. Bij brief van 2 juli 2013 schrijft de verwerende partij aan de bvba Trimex het volgende:

“Bij arrest nr. 224.136 van 26 juni 2013 heeft de Raad van State de schorsing bevolen van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 17 mei 2013 van de VRT om de opdracht ‘Media 1217 Standbouw’ te gunnen aan de bvba Trimex.

Tijdens de zitting heeft de auditeur de vraag gesteld of het RSZ-atteest gevoegd bij uw kandidatuur en dat uitgaat van de SD Worx wel werd uitgeschreven door een bevoegde instantie. Tevens heeft de Auditeur de vraag gesteld waarom er geen recente bankverklaring was gevoegd aan uw kandidatuur.

In het licht van deze vragen en zonder te willen vooruitlopen op de hernieuwde beoordeling van de offertes, noch over de gegrondheid van deze vragen, verzoeken wij u om ons binnen de week na verzending van dit schrijven een RSZ-atteest te willen overmaken van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, alsook een recente bankverklaring.”

Bij brief van 8 juli 2013 antwoordt de bvba Trimex; zij stuurt aan de verwerende partij een attest van de RSZ waarin wordt verklaard dat de bijdragen tot en met het vierde kwartaal van 2012 zijn betaald en een bankverklaring van 5 juli 2013 van de bank BNP Paribas Fortis waarin deze

onder meer opmerkt dat de financiële relaties die zij onderhoudt met de bvba Trimex, meestal beantwoorden aan haar verwachtingen.

3.9. Met een nieuw verslag van nazicht van de offertes van 22 juli 2013 wordt opnieuw beslist om de opdracht te gunnen aan de bvba Trimex.

Met een aangetekende brief van 22 juli 2013 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van deze beslissing.

3.10. Bij arrest nr. 224.584 van 10 september 2013 in de zaak met rolnummer A. 209.684/XII-7431 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 22 juli 2013 van de VRT om de opdracht ‘Media 1217 Standenbouw’ te gunnen aan de bvba Trimex. De Raad oordeelt onder meer:

“7. Verzoekende partij argumenteert terecht dat in de aankondiging werd gevraagd naar een ‘recente bankverklaring’ om de economische en financiële draagkracht aan te tonen. Artikel 44 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt in dat verband:

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

1° door passende bankverklaringen;

[...]’.

De gekozen inschrijver had op het moment van de selectiebeslissing geen bankverklaring bezorgd, wat door verwerende partij wordt bevestigd. Op het eerste gezicht werd aldus ten onrechte in het selectieverslag met een ‘OK’ vermeld dat de gekozen inschrijver aan de betrokken voorwaarde voldeed, minstens werd geen uitleg gegeven waarom in het geval van de gekozen inschrijver aan die voorwaarde mocht worden voorbijgegaan, hetgeen het motief van de selectiebeslissing ondeugdelijk maakt en evenzeer de daaropvolgende en te dezen bestreden gunningsbeslissing vitieert.

8. De bvba Trimex heeft weliswaar op vraag van de verwerende partij van 2 juli 2013 een bankverklaring voorgelegd, maar pas bij brief van 7 juli 2013. Daarin wordt dan nog vermeld dat de financiële relaties die de bank met de bvba Trimex onderhoudt ‘meestal beantwoord[en] aan [de] verwachtingen’.

Dergelijke formulering sluit niet uit dat op het ogenblik de kandidaatstellingen dienden te zijn ingediend, zijnde op 19 februari 2013, de financiële relaties niet beantwoordden aan de verwachtingen zodat verwerende partij door die verklaring aan te nemen, aldus het

selectie criterium, zoals opgenomen in de aankondiging, a posteriori lijkt te hebben versoepeld.

9. Het verweer dat artikel 44 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een bankverklaring niet noodzakelijk acht en dergelijke verklaringen doorgaans geen harde verbintenissen bevatten, kan op het eerste gezicht niet worden aangenomen.

Artikel 44, eerste lid, 1°, verplicht inderdaad niet om een bankverklaring voor te leggen. Het komt overeenkomstig artikel 44, vierde lid, aan de aanbestedende overheid toe om in de aankondiging van een opdracht of in de uitnodiging tot indiening van een offerte, aan te geven welke van de in artikel 44, eerste lid, aangegeven referenties dient te worden voorgelegd.

Eenmaal de aanbestedende overheid heeft beslist dat een gegadigde een bankverklaring moet voorleggen, lijkt dit stuk te moeten worden voorgelegd. De opmerking dat dergelijke verklaringen doorgaans geen ‘harde verbintenissen’ bevatten, neemt niet weg dat deze stukken met het oog op de selectie moeten worden bezorgd. Dit is niet gebeurd, minstens wordt niet gemotiveerd waarom aan deze verplichting kan worden voorbijgegaan.

10. Het middel is in de aangegeven mate ernstig.”

3.11. ING België bezorgt bij brief van 16 december 2013 de volgende bankverklaring aan de verwerende partij:

“Hierbij bevestigen wij dat Trimex BVBA [...] onze cliënt is.

De financiële relatie met deze cliënt verloopt tot op heden tot onze volledige tevredenheid en zonder daarbij noemenswaardige negatieve zaken te hebben vastgesteld. Hij geniet tot op heden van ons volle vertrouwen.

Op basis van de gegevens waarover onze bank momenteel beschikt en zonder vooruit te lopen op de toekomst, heeft deze cliënt op dit ogenblik de financiële en economische draagkracht om de bovenvermelde overheidsopdracht naar behoren uit te voeren.

Onze bank levert dit document af zonder enige beperking noch voorbehoud van onze kant behalve die welke hierboven zijn vermeld”.

ING België stelt op 17 december 2013 tevens een solvabiliteitsattest op dat luidt:

“De financiële relaties die wij tot op heden onderhouden hebben met TRIMEX BVBA, beantwoorden aan onze verwachtingen”.

3.12. Bij brief van 20 december 2013 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij weten de “beslissing van 22 juli 2013 om de opdracht

betreffende Media 1217 Standenbouw overeenkomstig het bestek ref. Media 1217 toe te wijzen aan de BVBA Trimex in te trekken” en “[o]ver te gaan tot een hernieuwde beoordeling van de ingediende offertes rekening houdend met voormeld schorsingsarrest van de Raad van State”.

3.13. Bij beslissing van 20 december 2013 gunt zij de opdracht opnieuw aan de bvba Trimex na wat de selectie betreft te hebben overwogen:

“6. Hernieuwd onderzoek en nieuwe gunningsbeslissing

6.1. Bevestiging van de selectiebeslissing van 8 maart 2013

Bij arrest nr. 224.584 van 10 september 2013 oordeelde de Raad van State dat de BVBA Trimex op het moment van de selectiebeslissing geen bankverklaring had bezorgd. Op het eerste gezicht werd aldus ten onrechte in het selectieverslag met een ‘OK’ vermeld dat de BVBA Trimex aan de betrokken voorwaarde voldeed, minstens werd geen uitleg gegeven waarom in het geval van de gekozen inschrijver aan die voorwaarde mocht worden voorbijgegaan, hetgeen het motief van de selectiebeslissing ondeugdelijk maakt en evenzeer de daaropvolgende en te dezen bestreden gunningsbeslissing (van 22 juli 2013) vitieert.

Verder oordeelde de Raad van State dat de bvba Trimex weliswaar op vraag van de VRT van 2 juli 2013 een bankverklaring heeft voorgelegd, maar pas bij brief van 7 juli 2013. Daarin wordt dan nog vermeld dat de financiële relaties die de bank met de bvba Trimex onderhoudt ‘meestal beantwoord[en] aan [de] verwachtingen’. Dergelijke formulering sluit volgens de Raad van State niet uit dat op het ogenblik de kandidaatstellingen dienden te zijn ingediend, zijnde op 19 februari 2013, de financiële relaties niet beantwoordden aan de verwachtingen zodat de VRT door die verklaring aan te nemen, aldus het selectie criterium, zoals opgenomen in de aankondiging, a posteriori lijkt te hebben versoepeld.

De VRT heeft thans een schrijven van 16 december 2013 ontvangen vanwege ING België waarin bevestigd wordt dat de bvba Trimex zijn cliënt is en dat ‘de financiële relatie met deze cliënt (...) tot op heden tot onze volledige tevredenheid (verloopt) en zonder daarbij noemenswaardige negatieve zaken te hebben vastgesteld. Hij geniet tot op heden van ons volle vertrouwen’. Tevens wordt bevestigd dat de bvba Trimex de financiële en economische draagkracht heeft om de voorliggende overheidsopdracht naar behoren uit te voeren. In een solvabiliteitsattest van 17 december 2013 wordt verder bevestigd dat de financiële relaties beantwoorden aan de verwachtingen en dat de bvba Trimex cliënt is sinds 14 januari 2009. Uit deze documenten kan worden afgeleid dat ook op het ogenblik dat de kandidaatstellingen dienden te zijn ingediend, zijnde op 19 februari 2013, de financiële relaties beantwoordden aan de verwachtingen.

Weliswaar bevat de kandidaatstelling geen attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, doch de indiening van dit document is niet

noodzakelijk om te kunnen overgaan tot de selectie van de bvba Trimex. De VRT heeft in de oproep tot kandidaatstelling in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 januari 2013 en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie van 25 januari 2013 immers aangegeven dat zij voor Belgische kandidaten zelf zou controleren of aan de verplichtingen inzake sociale zekerheid was voldaan, hetgeen te dezen het geval is.

Bovendien heeft de VRT, gelet op de discussie die hieromtrent werd gevoerd in het kader van de eerste schorsingsprocedure, en zonder zich uit te spreken over de gegrondheid van deze vraag, bij schrijven van 2 juli 2013 alsnog om de overmaking van een RSZ-atteest gevraagd. Bij schrijven van 8 juli 2013 heeft de bvba Trimex een dergelijk attest overgemaakt voor de periode tot het vierde kwartaal 2012.

Gelet op voormelde elementen en na hernieuwd onderzoek bevestigt de VRT de selectiebeslissing van 8 maart 2013 en beslist zij dat de [bvba] Trimex, Fast Forward Events en Total Concept Expo geselecteerd worden.”

De selectiebeslissing en de gunningsbeslissing zijn de thans bestreden beslissingen.

3.14. De overeenkomst met de bvba Trimex wordt op 8 januari 2014 gesloten.

3.15. De Raad van State wijst op 27 mei 2014 in de zaak A. 209.046/XII-7382 het arrest nr. 227.562 waarvan de volgende overwegingen voor de huidige zaak van belang zijn:

“7. De eerste bestreden beslissing betreft de beslissing van 8 maart 2013 tot selectie van de bvba Trimex.

Zoals uit het feitenrelaas blijkt is de verwerende partij op 20 december 2013 overgegaan tot een ‘hernieuwd onderzoek’ waarbij zij de kandidatuur van de bvba Trimex, na het ontvangen van nieuwe documenten van een bank van deze inschrijver inzake diens financiële draagkracht waaruit volgens de verwerende partij zou blijken dat op het ogenblik van de kandidatuurstelling van de bvba Trimex de financiële relaties aan de verwachtingen beantwoordden, selecteert naast die van de verzoekende partij en van Fast Forward Events.

Hieruit mag worden afgeleid, al heeft de verwerende partij het over een ‘bevestiging van de selectiebeslissing van 8 maart 2013’, dat zij op 20 december 2013 is overgegaan tot een nieuw onderzoek en een nieuwe beslissing over de selectie in het kader van de gunningsprocedure voor de raamovereenkomst. De beslissing zoals genomen op 8 maart 2013 is vervangen door deze van 20 december 2013 als voorbeslissing inzake de

gunningsprocedure van de raamovereenkomst; dienvolgens heeft de verzoekende partij in elk geval geen belang meer bij haar beroep tegen de selectiebeslissing van 8 maart 2013”.

3.16. In de zaak met rolnummer A. 209.684/XII-7431 verwerpt de Raad van State bij arrest nr. 230.343 van 26 februari 2015 het beroep tot nietigverklaring ingesteld door de verzoekende partij tegen de beslissing van 22 juli 2013 van de VRT om de opdracht Media 1217 niet te gunnen aan de verzoekende partij maar aan de bvba Trimex aangezien de bestreden beslissing is ingetrokken.

#### *IV. Onderzoek van het eerste middel*

##### *Standpunt van de partijen*

4. In dit middel voert de verzoekende partij de schending aan van “art. 65/4, 65/5 en 65/7 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, de “formele en materiële motiveringsverplichting als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen”, “art. 42 e.v. (o.a. artikel 43bis en 44) hetzij art. 68 e.v. (o.a. artikel 69bis en 70) KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”, het “zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”, het voormelde “[a]l dan niet in samenhang met art. 159 van de Grondwet”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift onder meer dat met de ‘bevestiging’ *a posteriori* van de selectiebeslissing op grond van nieuwe motieven geen rekening kan worden gehouden. De verwerende partij mag zich niet beroepen op de motivering opgenomen in de gunningsbeslissing van 20 december 2013 om de ondeugdelijke motivering van de selectiebeslissing van 8 maart 2013 te regulariseren. Het kan niet dat aan een dergelijke beslissing na de beroepstermijn een verantwoording wordt toegevoegd op grond van een bankverklaring die negen maanden na die beslissing werd opgemaakt en bezorgd

aan de verwerende partij. Met een motivering *post factum* mag geen rekening worden gehouden bij de beoordeling van de wettigheid van de beslissing van 8 maart 2013. Bovendien geeft de verwerende partij toe dat die beslissing niet deugdelijk was, nu bijkomend moet worden gemotiveerd.

De selectiebeslissing van 8 maart 2013 is onwettig en de bvba Trimex had op die datum niet mogen worden geselecteerd. In de selectiebeslissing werd zonder enige motivering voorbij gegaan aan het ontbreken van de vereiste bankverklaring bij de kandidatuur van de bvba Trimex, wat de reden is van de schorsing van die beslissing bij arrest nr. 224.584 van 10 september 2013. De verzoekende partij verwijst in het verzoekschrift naar de overwegingen van dat arrest.

Indien de ‘bevestiging’ van de selectiebeslissing van 20 december 2013 moet worden beschouwd als een vervangende selectiebeslissing, dan werd de overheidsopdrachtenprocedure alleszins geschonden. De verwerende partij had de niet-geselecteerde kandidaten opnieuw in kennis moeten stellen van hun niet-selectie en de geselecteerde kandidaten hadden opnieuw moeten worden aangeschreven met het verzoek om een offerte in te dienen, wat niet is gebeurd. De verwerende partij zet in haar beslissing van 20 december 2013 de procedure voort na de opening van de offertes en niet vanaf de selectiebeslissing. De artikelen 65/4, 65/5 en 65/7 van de voornoemde wet van 24 december 1993 sluiten uit dat een gemotiveerde selectiebeslissing ter kennis wordt gebracht aan de niet-geselecteerde kandidaten nadat de geselecteerde kandidaten worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. Indien de verwerende partij de selectiebeslissing had willen overdoen, dan had zij zich terug moeten plaatsen in die fase van de procedure en de voorschriften van voormelde artikelen naleven. Nu dit niet is gebeurd, is ook de gunningsbeslissing van 20 december 2013 aangetast door onwettigheid wegens schending van voormelde artikelen. Voor het overige blijft voor de ‘bevestigingsbeslissing’ van 20 december 2013 opgaan dat deze niet draagkrachtig is gemotiveerd wat betreft de bankverklaring.

5. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord, in zoverre het middel gericht is tegen de selectiebeslissing van 8 maart 2013, dat de wettigheidskritiek tegen die beslissing niet relevant is, aangezien zij in haar

beslissing van 20 december 2013 is overgegaan tot een hernieuwd onderzoek van de kandidaatstelling van de bvba Trimex. Uit de motivering van die laatste beslissing volgt dat de selectiebeslissing van 8 maart 2013 kan worden bevestigd. De motieven die hebben geleid tot de selectiebeslissing van 8 maart 2013 zijn achterhaald door de motieven op grond waarvan de beslissing van 20 december 2013 werd genomen.

De verwerende partij stelt, in zoverre het middel is gericht tegen de beslissing van 20 december 2013, dat om zich te vergewissen van de correctheid van de selectiebeslissing van 8 maart 2013 en om gevolg te geven aan het schorsingsarrest nr. 224.584 van 10 september 2013 van de Raad van State, zij een aantal bijkomende toelichtende documenten heeft opgevraagd bij de bvba Trimex. De verwerende partij benadrukt dat de overlegging van zulke attesten of toelichtende documenten op geen enkele wijze van aard is om enige wijziging aan de kandidaatstelling in te houden. Het betreft integendeel een bijkomend bewijsstuk ter staving van de gegevens over een kandidaat die reeds op het ogenblik van zijn selectiebeslissing van 8 maart 2013 gekend waren of toen hadden kunnen gekend zijn. De Raad van State aanvaardt dat na het indienen van de offertes nog bijkomende, verduidelijkende stukken kunnen worden overgelegd indien het gaat om objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens en voor zover de onderlinge vergelijking van hun aanbiedingen er niet minder doelmatig door zou worden. Het te dezen opvragen van bijkomende bewijsstukken bij de bvba Trimex kaderde in het waarborgen van het gelijkheidsbeginsel en mededingingsbeginsel. Het zou immers onredelijk zijn om deze kandidaat, waarvan in het licht van de brief van ING van 16 december 2013 en het solvabiliteitsattest van 17 december 2013 ondubbelzinnig vaststaat dat deze over afdoende economische en financiële draagkracht beschikt, louter te weren op basis van zuiver formalistische argumenten die losstaan van de economische en financiële realiteit, en aldus de mededinging tussen de kandidaten op overdreven wijze te beperken. De vraag naar de “fasering” van de procedure is in het kader van de bestreden beslissing van 20 december 2013 niet aan de orde. De selectiebeslissing van 8 maart 2013 blijft immers integraal behouden; enkel wordt deze bijkomend ondersteund met aanvullende documentatie die inhoudelijk niets wijzigt aan deze eerdere selectiebeslissing.

De essentie van de kritiek van de Raad van State bij het arrest nr. 224.584 van 10 september 2013 bestaat erin dat op basis van de bankverklaring van juli 2013 niet uit ondubbelzinnige bewoordingen blijkt dat op het ogenblik de kandidaatstellingen dienden te zijn ingediend, namelijk op 19 februari 2013, de financiële relaties beantwoordden aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid, waardoor het vereiste van een recente bankverklaring mogelijk te soepel werd toegepast ten aanzien van de bvba Trimex. Met de bankverklaring van 16 december 2013 en het solvabiliteitsattest van 17 december 2013 wordt bevestigd dat sinds begin 2009 en tot eind 2013 de bvba Trimex een afdoende financiële en economische draagkracht had en het volle vertrouwen genoot van de bank ING. Uit deze documenten kan dan ook worden afgeleid dat op het ogenblik dat de kandidaatstellingen dienden te zijn ingediend, op 19 februari 2013, de financiële relaties beantwoordden aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid, zoals terecht wordt gesteld in het gunningsverslag van 20 december 2013. Het gegeven dat die documenten niet uitgaan van eenzelfde bank als de bank die de eerdere verklaring van juli 2013 opstelde, is geenszins pertinent om het gegronde karakter van deze selectiebeoordeling te betwisten. Het is immers niet ongewoon dat een onderneming klant is bij meer dan één bank.

6. In de laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat uit de verklaring van de bank ING van 16 december 2013 en het solvabiliteitsattest van 17 december 2013 wel degelijk blijkt dat de bvba Trimex “‘tot op heden’, dit wil zeggen sinds begin 2009 en tot 16/17 december 2013 – en dus zeker t.e.m. 19 februari 2013 (ogenblik van indienen van de kandidaatstellingen) – de bvba Trimex over een afdoende financiële en economische draagkracht beschikt”. Bijgevolg bestond er op het ogenblik van de bestreden beslissing geen enkele reden om aan te nemen dat een aantal maanden eerder, namelijk op het ogenblik van de kandidaatstelling, wel bepaalde “noemenswaardige negatieve zaken” zouden hebben bestaan. Indien zich op dit gebied toch problemen zouden gesteld hebben, dan valt vanzelfsprekend aan te nemen dat zulks in de betrokken documenten vermeld zou zijn geweest. Indien er jaren later een nieuw attest zou zijn verstrekt, zou er misschien anders over kunnen worden gedacht, doch niet voor een beoordeling die van hetzelfde jaar dateert. De aanbestedende overheid heeft de mogelijkheid om naar aanleiding van het onderzoek van de

kandidaatstellingen, en dus na indiening ervan, nog documenten op te vragen die de financiële en economische draagkracht van een kandidaat aantonen. Het opvragen van dergelijke documenten vormt geenszins een versoepeling van een selectie criterium maar heeft louter het opvragen van bijkomende gegevens tot doel, hetgeen sowieso principieel mogelijk is voor objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens. Het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘inzake de plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ benadrukt bovendien het belang om – met het oog op het uitbreiden van de mededinging – inzake de financiële en economische draagkracht bijkomende stukken op te vragen, en stelt hierbij letterlijk dat dit op zich geen afbreuk doet aan het beginsel dat offertes onveranderd blijven. De VRT beoogde zoveel als mogelijk de mededinging tussen de kandidaten te vrijwaren door één van de kandidaten de kans te bieden aanvullende informatie inzake zijn financiële en economische draagkracht over te maken en dit rekening houdend met de overwegingen die bij het koninklijk besluit van 15 juli 2011 vermeld staan. In het licht van het doel om de mededinging daadwerkelijk te laten spelen door een voldoende aantal kandidaten in aanmerking te nemen, kan de bevestigende selectiebeslissing van de VRT dan ook worden verantwoord.

### *Beoordeling*

7.1. In het arrest nr. 227.562 van 27 mei 2014 werd onder het randnummer 7 door de Raad van State aangenomen dat de selectiebeslissing van 8 maart 2013 vervangen is door die van 20 december 2013 als voorbeslissing inzake de gunningsprocedure van de raamovereenkomst.

7.2. Om de redenen zoals in het voormeld arrest onder randnummer 15 aangenomen, gaat de kwestieuze overheidsopdracht om een aanneming van leveringen. Dienvolgens zijn het de van toepassing zijnde artikelen 42 en volgende van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, die betrekking hebben op leveringen, en niet 68 en volgende van dit koninklijk besluit, die betrekking hebben op diensten.

8.1. In de aankondiging werd gevraagd naar een “recente bankverklaring” om de economische en financiële draagkracht aan te tonen. Artikel 44 van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt in dit verband:

“De financiële en economische draagkracht van de leverancier kan, over het algemeen, aangetoond worden door één of meer van de volgende referenties:  
1° door passende bankverklaringen;  
[...]”.

8.2. Zoals uiteengezet bij de feitelijke toedracht van de zaak, werden twee eerdere gunningsbeslissingen door de Raad van State geschorst. De eerste omdat de selectie van de gekozen inschrijver werd aanvaard terwijl deze bij zijn kandidaatstelling geen bankverklaring had bijgevoegd. De tweede omdat de nadien bij brief van 7 juli 2013 opgestuurde bankverklaring niet uitsloot dat op het ogenblik dat de kandidaatstellingen dienden te zijn ingediend, namelijk op 19 februari 2013, de financiële relaties niet beantwoordden aan de verwachtingen. Bij de eerste thans bestreden beslissing selecteert de verwerende partij niettemin opnieuw de bvba Trimex omdat volgens haar uit de bankverklaring en het solvabiliteitsattest van de ING België van 16 en 17 december 2013 mag worden afgeleid dat ook op het ogenblik dat de kandidaatstellingen dienden te zijn ingediend de financiële relaties beantwoordden aan de verwachtingen.

De voormelde bankverklaring en solvabiliteitsattest werden hiervoor onder randnummer 3.11. weergegeven.

8.3. De verwerende partij heeft aldus de gelegenheid geboden aan de bvba Trimex om zijn kandidatuur en offerte aan te vullen met een in het bestek opgelegd document.

Weliswaar zijn er omstandigheden denkbaar waarbij een aanbestedende overheid aan een kandidaat of inschrijver vraagt zijn kandidatuur of offerte aan te vullen met bepaalde documenten. De regelgever heeft daar ook oog voor gehad en onder meer in artikel 115, zesde lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaald dat de aanbestedende overheid bij

een offerteaanvraag slechts in contact treedt met de inschrijvers indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen. Zo ook bepaalt artikel 51 van 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’ dat “[d]e aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten”. Op basis van die laatste bepaling oordeelde het Hof van Justitie in de zaak C-336/12 van 10 oktober 2010 inzake Manova dat “het beginsel van gelijke behandeling aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat een aanbestedende dienst na afloop van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een overheidsopdracht een gegadigde verzoekt documenten over te leggen waarin diens situatie wordt beschreven, zoals de gepubliceerde balans, en waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, voor zover de stukken van die aanbesteding niet uitdrukkelijk de overlegging ervan voorschreven op straffe van uitsluiting van de inschrijving. Een dergelijk verzoek mag niet ten onrechte in het voordeel of nadeel zijn van de gegadigde of gegadigden tot wie dit verzoek is gericht.” In het kader van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, die inhouden dat een offerte niet na opening mag worden gewijzigd, is het plausibel dat een inschrijver zijn kandidatuur zou kunnen aanvullen met bijvoorbeeld stukken uitgaande van overheidsdiensten of bevattende objectieve weergaves van feitelijke toestanden.

8.4. Vraag is thans of wat de verwerende partij hier aan de bvba Trimex heeft toegelaten, aanvaardbaar is. Het antwoord is ontkennend om de volgende redenen.

De chronologie van de zaak is opmerkelijk. De uiterste datum van indiening van de kandidaturen is 19 februari 2013. Vervolgens werd de bvba Trimex op 8 maart 2013 geselecteerd en wordt de opdracht aan haar gegund op 17 mei 2013. De Raad van State schorst deze laatste beslissing in haar tenuitvoerlegging. De verwerende partij trekt daarop op 2 juli 2013 de gunningsbeslissing in waarna de bvba Trimex een bankverklaring van de bank BNP Paribas Fortis bijbrengt en de verwerende partij op 22 juli 2013 de opdracht opnieuw gunt aan

de bvba Trimex. Hierop beveelt de Raad van State schorsing van de tenuitvoerlegging van deze nieuwe gunningsbeslissing omdat deze bankverklaring niet zou voldoen. De verwerende partij trekt dan de gunningsbeslissing van 22 juli 2013 in en na een nieuwe bankverklaring, ditmaal van de bank ING, selecteert de verwerende partij de bvba Trimex opnieuw en gunt haar de opdracht op 20 december 2013, beslissingen die hier aan de orde zijn.

De tijdsspanne tussen de uiterste datum van indiening van de kandidaturen en de thans bestreden beslissingen gesteund op de verklaringen van de ING bank van 16 en 17 december 2013 bedraagt tien maanden. In die tien maanden heeft de gekozen inschrijver blijkbaar gezocht naar een passende bankverklaring hetgeen niet evident lijkt te zijn geweest. Dat de bankverklaring als element van de selectieprocedure diende te worden afgegeven terwijl de opdracht al tweemaal aan de bvba Trimex was gegund, met andere woorden, de zojuist geschetste chronologie van de feiten geeft de indruk van een particuliere logica richting gunning aan de bvba Trimex waarbinnen de aanbestedende overheid haar bestuurlijke vrijheid aan banden heeft gelegd.

In diezelfde gedachtegang dient dan ook te worden opgemerkt dat de bankverklaring en het solvabiliteitsattest de indruk geven dat ze, in de gevallen dat ze gunstig waren opgesteld, werden geschreven in de wetenschap dat de gunning sowieso aan de bvba Trimex zou toevallen hetgeen de ernst van die verklaringen fundamenteel bezwaart. De zekerheid van een belangrijke opdracht tegenover de mogelijkheid daartoe, wat het geval is wanneer het slechts om een selectie zou gaan en niet noodzakelijkerwijze om het met zekerheid verkrijgen van een gunning, is niet vrijblijvend ten aanzien van de strekking van de verklaring.

In die omstandigheden aanziet de Raad van State de voorgebrachte bankverklaringen van de ING-bank, afgeleverd ongeveer tien maanden nadat ze volgens de aankondiging waren vereist, ongeveer negen maanden na de eerste selectiebeslissing en ongeveer zeven maanden na de eerste gunning aan de bvba Trimex, niet als een “passende bankverklaring” zoals daar reglementair in is voorzien en dus niet als een deugdelijke basis om de bvba Trimex te selecteren en haar de opdracht te gunnen.

9.1. Het middel is in die mate gegrond en verantwoordt de nietigverklaring van de selectiebeslissing en de gunningsbeslissing.

9.2. Wat het niet gunnen van de opdracht aan de verzoekende partij betreft, dient het volgende te worden opgemerkt.

In het auditoraatsverslag wordt de vernietiging voorgesteld van “de beslissing van 20 december 2013 van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (VRT) om de offerte ingediend door de bvba Trimex in het kader van de overheidsopdracht Media1217, Standenbouw te selecteren en de beslissing van 20 december 2013 van de VRT om de overheidsopdracht Media 1217, Standenbouw te gunnen aan de bvba Trimex” op grond van het gegrond bevinden van het eerste middel zoals hier besproken.

De verzoekende partij weerspreekt of bekritiseert de conclusie van het auditoraatsverslag niet. Zij merkt niet op dat wat zij in haar procedurestukken aanmerkte als ook te vernietigen, namelijk “de beslissing van de VRT van 20 december 2013 om de overheidsopdracht Media 1217 [...] derhalve niet te gunnen aan verzoekster”, hier ten onrechte niet expliciet aan bod komt. Dit betekent dat de verzoekende partij te dezen aan voormelde zinsnede niet meer betekenis hecht dan het feit dat wanneer een opdracht aan een andere inschrijver wordt gegund, dit automatisch en niet meer inhoudt dan dat de opdracht niet aan haar is gegund. Overigens moet worden opgemerkt dat geen van de beide partijen aan de problematiek van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan een inschrijver te gunnen, aandacht besteedt. Ten overvloede moet worden overwogen dat de verzoekende partij, in de hypothese dat de selectiebeslissing van 20 december 2013 die van 8 maart 2013 vervangt, wat de Raad van State heeft aangenomen onder het randnummer 7.1., in haar eerste middel opmerkt dat de verwerende partij dan de niet-geselecteerde inschrijvers opnieuw had moeten in kennis stellen van hun niet-selectie en de geselecteerde kandidaten opnieuw had moeten aanschrijven met het verzoek een offerte in te dienen, wat niet is gebeurd; dit houdt in dat de verzoekende partij uit haar middel niet afleidt dat de opdracht noodzakelijkerwijze aan haar diende te worden gegund maar dat zij meende dat andere inschrijvers opnieuw bij de gunningsprocedure hadden moeten worden betrokken. Ook betoogt zij nergens

dat haar andere middelen dienden te worden begrepen in de zin dat zij daarmee ook expliciet de vernietiging van de weigeringsbeslissing vroeg en de Raad van State begrijpt ze ook niet in die zin.

In die omstandigheden is er dan ook geen aanleiding om expliciet over te gaan tot vernietiging van de beslissing van 20 december 2013 voor zover de verwerende partij de opdracht niet gunt aan de bvba Total Concept Expo.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 20 december 2013 om de offerte van de bvba Trimex in het kader van de overheidsopdracht Media 1217, Standenbouw, te selecteren en de opdracht te gunnen aan de bvba Trimex.**

**2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 175 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 februari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                  |                  |
|------------------|------------------|
| Dierk Verbiest,  | kamervoorzitter, |
| Johan Bovin,     | staatsraad,      |
| Pierre Barra,    | staatsraad,      |
| bijgestaan door  |                  |
| Bram Van Thillo, | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Bram Van Thillo**

**Dierk Verbiest**