

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 231.931 van 13 juli 2015
in de zaak A. 216.233/XII-7904

In zake: de NV G4S SECURE SOLUTIONS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Johan Joos en Sam Voet
 kantoor houdend te 1831 Diegem
 De Kleetlaan 12A
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

 de PROVINCIE ANTWERPEN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Christophe Coen
 kantoor houdend te 2018 Antwerpen
 Mechelsesteenweg 210A
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 juni 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 4 juni 2015 van de Provincie Antwerpen, waarbij de deputatie van de Provincie Antwerpen heeft beslist om [de nv G4S Secure Solutions] niet te selecteren voor een overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘het uitvoeren van bewakingsactiviteiten in één of meerdere provinciale instellingen/locaties van de provincie Antwerpen’, volgens de beperkte aanbesteding met bestek nummer 15/006, ter kennis gebracht op 10 juni 2015 [...] en daaruitvolgend [...] van de verderzetting van de beperkte aanbesteding”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 juli 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sam Voet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 provincie Antwerpen schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van diensten uit voor het uitvoeren van statische bewaking en persoonscontrole. De opdracht omvat het uitvoeren van bewakingsactiviteiten in één of meerdere provinciale instellingen/locaties van de provincie Antwerpen. De opdracht wordt onderverdeeld in twee percelen, waarbij perceel 1 betrekking heeft op ‘statische bewaking en/of persoonscontrole’, terwijl perceel 2 ‘persoonscontrole in het uitgaansmilieu’ beoogt. De opdracht heeft een duur van 43 maanden en wordt geraamd op 3.300.000 euro (btw niet inbegrepen).

De opdracht wordt door de aanbestedende overheid gekwalificeerd als een opdracht betreffende diensten van categorie 27 ‘overige diensten’ van bijlage IIB van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde

opdrachten voor werken, leveringen en diensten' en gegund volgens een beperkte aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 maart 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 1 april 2015.

3.3. De selectieleidraad vermeldt inzake de uitsluitingscriteria het volgende:

“Uitsluitingscriteria (art. 60 t.e.m. 66 KB van 15/07/2011)

Daar de aanbestedende overheid zelf toegang heeft tot bepaalde inlichtingen betreffende de situatie van de kandidaat, zal zij zelf deze inlichtingen nagaan en hoeft de kandidaat volgende attesten NIET bij te voegen:

- Een attest van niet-faillissement, afgeleverd door de Rechtbank van Koophandel, waaruit blijkt dat de kandidaat geen aangifte heeft gedaan van faillissement, geen gerechtelijke reorganisatie aangevraagd heeft of niet in staat van faillissement, vereffening of een gelijkaardige situatie verkeert;
- een RSZ-attest waaruit blijkt dat de kandidaat voldoet aan de voorschriften inzake bijdragen voor de sociale zekerheid en bestaanszekerheid.
- Een attest tot bewijs van betaling van zijn belastingen.”

De uiterste datum voor indiening van aanvragen tot deelneming is dinsdag 28 april 2015 om 11.00 uur.

3.4. Er worden vier aanvragen tot deelneming tijdig ingediend. De verzoekende partij stelt zich kandidaat voor beide percelen.

3.5. Op 4 mei 2015 levert de FOD Financiën aan de verwerende partij een negatief fiscaal attest af met betrekking tot de nv G4S Secure Solutions. Opgemerkt wordt dat de kandidaat of inschrijver de FOD Financiën “opeisbare belasting(en), administratieve boete(n), nalatigheidsintrest(en), administratieve geldboete(s) of toebehoren inzake btw” verschuldigd is waarvan de totale som meer dan 3.000 euro bedraagt.

3.6. Met een e-mailbericht van 5 mei 2015 deelt de verwerende partij het negatief fiscaal attest mee aan de verzoekende partij, waarbij tevens gewezen wordt op de mogelijkheid vervat in artikel 63, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing). Tevens wordt opgemerkt dat de beslissing geagendeerd staat op 13 mei 2015 en gevraagd om zo spoedig mogelijk en voor deze datum te reageren.

3.7. Vervolgens neemt de verzoekende partij zelf contact op met de FOD Financiën.

3.8. Op 20 mei 2015 deelt zij aan de verwerende partij een attest mee waarin volgens haar “wordt verklaard dat G4S Secure Solutions geen enkele schuldvordering heeft”. Het betreft een attest “raadpleging inzake inhoudingsplicht” waaruit blijkt dat er tot en met 28 mei 2015 geen verplichting tot inhouding geldt lastens de nv G4S Secure Solutions.

3.9. Op 21 mei 2015 ontvangt de verzoekende partij vanwege de FOD Financiën opnieuw een negatief fiscaal attest, dat zij ook meedeelt aan de verwerende partij.

3.10. Met een e-mailbericht van 26 mei 2015 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat zij alles in het werk stelt om de fout die volgens haar bij de administratie van de FOD Financiën ligt, recht te trekken. Voorts verwijst zij opnieuw naar een attest betreffende het ontbreken van een inhoudingsplicht.

3.11. Op 28 mei 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat om de procedure op tijd te kunnen afronden, het selectieverslag diezelfde dag nog moet worden gefinaliseerd. Tevens wordt meegedeeld dat het attest met betrekking tot de inhoudingsplicht niet gebruikt mag worden om G4S Secure Solutions te selecteren en gevraagd of de verzoekende partij nog over nieuwe elementen beschikt. Diezelfde dag ontvangt de verwerende partij vanwege de FOD Financiën opnieuw een negatief fiscaal attest betreffende de verzoekende partij.

3.12. Met een e-mailbericht van diezelfde dag wijst de verzoekende partij op diverse moeilijkheden om de betrokken personen bij de FOD Financiën te contacteren en het attest te verkrijgen en vraagt zij om haar de kans te geven om dit daags nadien in de voormiddag nogmaals te proberen.

3.13. Met een e-mailbericht van 29 mei 2015 om 12.35 u deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij een e-mailbericht mee van de hoofdontvanger in Brussel van 29 mei 2015 waarin het volgende wordt opgemerkt:

“Onder verwijzing naar ons telefoongesprek eerder vandaag, bevestig ik u hierbij formeel dat het ons wettelijk gezien niet mogelijk is een blanco attest 276CII af te leveren.

Het blijkt duidelijk dat er een probleem bestaat op boekhoudkundig niveau met betrekking tot de bedrijfsvoorheffing. Wij kunnen op dit ogenblik de grootorde van de eventuele schuld niet bepalen, het hele probleem dient eerst nader te worden uitgezocht.”

De verzoekende partij geeft in haar schrijven aan dat zij hoopt dat de verwerende partij dit in het dossier kan opnemen als afdoende reden.

3.14. De adviseur van de verwerende partij repliceert dat het dossier zoals werd afgesproken, en gelet op de strikte timing, reeds op de middag werd afgerond zonder de verzoekende partij te selecteren. Tevens wordt erop gewezen dat men het trouwens zeer moeilijk zou vinden om deze op grond van de bijgevoegde mail te selecteren omdat de ontvanger zelf stelt dat hij geen attest kan afleveren en de grootte-orde van het probleem niet kan inschatten.

3.15. Op 4 juni 2015 beslist de deputatie van de provincie Antwerpen om de verzoekende partij en de bvba Anvas Security uit te sluiten van deelneming aan de opdracht “omdat ze niet in orde zijn met de betaling van hun belastingen overeenkomstig de Belgische wetgeving”. Deze beslissing wordt als volgt gemotiveerd:

“Toegangsrecht en kwalitatieve selectie
Uitsluitingscriteria

- Anvas rsz, kbo ok, attest fiscale schulden negatief. [...]
- G4S rsz, kbo, ok, attest fiscale schulden negatief. Ook aan G4S werd [...] de vraag naar vorderingen gesteld. G4S stelt dat het negatieve attest het

gevolg is van een fout bij de FOD financiën. G4S kan dit echter niet staven met enig document van de FO[D] Financiën.

- [...].”

Tevens wordt beslist om de kandidaten nv Securitas en Seris Security te selecteren en uit te nodigen om een offerte in te dienen.

3.16. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 4 juni 2015 melden de raadslieden van de verzoekende partij dat zij een fiscaal bezwaarschrift heeft ingediend en de nodige betalingen aan de fiscus werden gedaan om het zogenaamd openstaand saldo (volgens hen louter voortvloeiend uit een onduidelijkheid bij de fiscus) te voldoen en dat aldus binnen het kortst mogelijke tijdsbestek een gunstig fiscaal attest zal worden overgemaakt aan de verwerende partij.

3.17. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 5 juni 2015 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij een “Getuigschrift uitgereikt om te dienen inzake aanbesteding” mee van 5 juni 2015 waarin de ontvanger van de FOD Financiën verklaart dat de verzoekende partij “op heden geen directe belastingen, nalatigheidsintresten en vervolgingskosten verschuldigd is” en waarin tevens opgemerkt wordt “artikel 551.206.674 in bewaar”.

3.18. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 10 juni 2015 wordt aan de verzoekende partij de voormelde beslissing van de deputatie 4 juni 2015 meegedeeld.

IV. 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

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Het eerste middel is genomen uit de schending van “de gelijkheid en niet-discriminatie van de inschrijvers, volgend uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de schending van de artikelen 5 en 20, §1 en § 1/1 eerste lid, van de Wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten [...], in samenlezing met de artikelen 63 juncto 61 § 2, 6° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren [...], alsook de beginselen van gelijke behandeling van kandidaten, eerlijke concurrentie, niet-discriminatie, het redelijkheidsbeginsel en de onderzoeksplichten die rusten op de aanbestedende overheid”.

Volgens de verzoekende partij heeft de aanbestedende overheid haar ten onrechte uitgesloten op grond van voormeld artikel 61, § 2, 6°, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Zij voert aan dat zij in vergelijking met de andere kandidaten geen gelijke kansen heeft gekregen om aan te tonen dat zij daadwerkelijk voldeed aan de toegangscriteria. Zij wijst erop dat zij te dezen afhing van een andere overheid, namelijk de FOD Financiën om het gunstig fiscaal attest af te geven en dat ingevolge een misverstand bij de FOD Financiën blijkbaar een negatief attest werd afgegeven aan de aanbestedende overheid, wat zij niet kon voorzien aangezien zij in het bestek ontslagen was van de verplichting om dit document bij haar aanvraag tot deelneming te voegen en zij zeer recent nog positieve attesten had verkregen. Op grond van de door haar aangeleverde informatie bleek volgens de verzoekende partij dat er louter een probleem is ontstaan op boekhoudkundig niveau met betrekking tot de bedrijfsvoorheffing en dat de FOD Financiën zelf de grootte-orde van de eventuele schuld niet kon bepalen en het probleem eerst nader diende te onderzoeken. De vertraging inzake de afgifte van een positief fiscaal attest was volgens de verzoekende partij dan ook onvoorzienbaar en buiten haar wil om, hetgeen volgens haar een situatie van overmacht uitmaakt (“fait du prince”).

Zij meent dat de aanbestedende overheid haar kandidatuur onvoldoende heeft onderzocht en haar niet voldoende tijd heeft geboden om alsnog een gunstig fiscaal attest af te leveren, ondanks het feit dat zij de aanbestedende overheid op de hoogte had gebracht van de reden van het negatief attest en van het feit dat zij er alles aan deed om zo spoedig mogelijk een positief attest te verkrijgen.

De verzoekende partij vindt het grievend dat de aanbestedende overheid geen rekening heeft gehouden met de specifieke situatie van de verzoekende partij waarbij het duidelijk was dat er sprake was van een misverstand, dat de aanbestedende overheid evenmin rekening heeft gehouden met de brief van de raadslieden van de verzoekende partij van 4 juni 2015 en dat de aanbestedende overheid niet één dag langer gewacht heeft op de afgifte van het gunstige fiscaal attest.

Dit alles geldt volgens de verzoekende partij eens te meer daar het slechts een facultatieve uitsluitingsgrond betreft, zodat de aanbestedende overheid geenszins verplicht was om haar uit te sluiten.

Beoordeling

6. Overeenkomstig het geschonden geachte artikel 61, § 2, 6°, van het koninklijk besluit Plaatsing kan in elk stadium van de gunningsprocedure worden uitgesloten van de toegang ertoe, de kandidaat of inschrijver die “niet in orde is met de betaling van zijn belastingen volgens de Belgische wetgeving of die van het land waar hij gevestigd is, overeenkomstig de bepalingen van artikel 63”.

Artikel 63, waarnaar verwezen wordt in voormeld artikel 61, § 2, 6°, en waarvan de verzoekende partij ook de schending inroept, luidt als volgt:

“[...]

§ 2 Voor een Belgische kandidaat of inschrijver verifieert de aanbestedende overheid de naleving van de fiscale verplichtingen ten opzichte van de FOD Financiën, op basis van het attest dat door die laatste wordt afgeleverd.

De kandidaat of inschrijver heeft aan de in deze paragraaf bedoelde verplichtingen voldaan, indien hij voor die verplichtingen geen schuld heeft van meer dan 3.000 euro, of voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt.

Evenwel, zelfs wanneer de in deze paragraaf bedoelde schuld groter is dan 3.000 euro, zal de kandidaat of inschrijver in orde bevonden worden indien hij, alvorens de beslissing over de selectie van de kandidaten of de gunning van de opdracht wordt genomen, al naargelang, aantoont dat hij op een aanbestedende overheid in de zin van artikel 2, 1°, van de wet of op een overheidsbedrijf in de zin van artikel 2, 2°, van de wet, één of meer schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn en waarvan het bedrag op 3.000 euro na, ten minste gelijk is aan de achterstallige afbetaling van zijn fiscale schulden.

Voor de in deze paragraaf bedoelde fiscale verplichtingen verifieert de aanbestedende overheid die via de in artikel 60, § 1, bedoelde elektronische middelen kosteloos toegang heeft tot het attest van de FOD Financiën, voor alle kandidaten of inschrijvers, al naargelang, de toestand binnen achtenveertig uur na de openingszitting, zo die plaatsvindt, dan wel binnen achtenveertig uur na het uiterste tijdstip voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of de offertes, al naargelang.

[...]”.

7. Te dezen bepaalt de selectieleidraad uitdrukkelijk dat aangezien de aanbestedende overheid zelf toegang heeft tot bepaalde inlichtingen betreffende de situatie van de kandidaat, zij zelf deze inlichtingen zal nagaan en dat de kandidaat onder meer het attest tot bewijs van betaling van zijn belastingen aldus niet hoeft toe te voegen aan zijn aanvraag tot deelneming. De kandidaten dienden aldus geen attest bij hun aanvraag tot deelneming te voegen, wat de verzoekende partij ook niet blijkt te hebben gedaan.

Het tijdstip waarop de aanbestedende overheid in dat geval dient over te gaan tot verificatie van de naleving van de fiscale verplichtingen als bedoeld in artikel 61, § 2, 6°, van het koninklijk besluit Plaatsing wordt geregeld in artikel 63, § 2, laatste lid.

8. Overeenkomstig deze bepaling dient de aanbestedende overheid voor alle kandidaten of inschrijvers, al naargelang, de toestand te verifiëren binnen achtenveertig uur na de openingszitting, zo die plaatsvindt, dan wel binnen achtenveertig uur na het uiterste tijdstip voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of de offertes, al naargelang.

9. Op grond van het fiscaal attest dient door de aanbestedende overheid te worden geverifieerd of de betrokken kandidaat of inschrijver al dan niet opeisbare fiscale schulden ten opzichte van de FOD Financiën heeft die tot zijn uitsluiting kunnen leiden.

10. Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met de bepalingen van artikel 63, § 2, tweede en derde lid, van voormeld besluit volgens welke bepalingen in orde wordt geacht met zijn fiscale verplichtingen, de kandidaat of inschrijver die geen schuld heeft van meer dan 3.000 euro of voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt, alsook de kandidaat of inschrijver die, zelfs al heeft hij een schuld groter dan 3.000 euro, alvorens de selectiebeslissing wordt genomen, kan aantonen dat hij ten aanzien van een overheid of overheidsbedrijf een schuldvordering of

schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn en waarvan het bedrag, op 3.000 euro na, minstens gelijk is aan de achterstallige afbetaling van zijn fiscale schulden.

11. Te dezen blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat de verwerende partij tot tweemaal toe vanwege de FOD Financiën op 4 mei 2015 en 28 mei 2015 een negatief fiscaal attest heeft verkregen met betrekking tot de verzoekende partij nv G4S Secure Solutions. Opgemerkt wordt dat de kandidaat of inschrijver de FOD Financiën “opeisbare belasting(en), administratieve boete(n), nalatigheidsintrest(en), administratieve geldboete(s) of toebehoren inzake btw” verschuldigd is waarvan de totale som meer dan 3.000 euro bedraagt. Ook vanwege de verzoekende partij zelf blijkt zij een vergelijkbaar negatief fiscaal attest te hebben verkregen van 21 mei 2015.

Tevens blijkt dat de verwerende partij met een e-mailbericht van 5 mei 2015 het negatief fiscaal attest van 4 mei 2015 meegedeeld heeft aan de verzoekende partij, waarbij tevens gewezen wordt op de voormelde mogelijkheid vervat in artikel 63, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Het blijkt vervolgens niet dat de verzoekende partij, alvorens de selectiebeslissing werd genomen, aangetoond heeft dat zij uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt of ten aanzien van een overheid of overheidsbedrijf een schuldvordering of schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn en waarvan het bedrag, op 3.000 euro na, minstens gelijk is aan de achterstallige betaling van haar fiscale schulden.

Het blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat de verwerende partij bij het onderzoek zou zijn tekortgekomen aan enige onderzoeksplicht.

12. De verzoekende partij wijst er enkel op dat de fout van de afgifte van een negatief attest volgens haar bij de administratie van de FOD Financiën ligt en dat zij er alles aan doet om die recht te trekken. Voorts legt zij bijkomend een attest neer met betrekking tot de inhoudingsplicht.

Op het eerste gezicht blijkt evenwel nergens uit het e-mailbericht van de FOD Financiën van 29 mei 2015 dat erkend zou worden dat het negatieve attest een gevolg zou zijn van een fout bij de FOD Financiën, doch wordt integendeel uitdrukkelijk gewezen op het feit dat er bij de verzoekende partij “een probleem bestaat op boekhoudkundig niveau met betrekking tot de bedrijfsvoorheffing” om welke reden het volgens hen “wettelijk gezien niet mogelijk is een blanco attest 276CII af te leveren”.

Voorts toont de verzoekende partij *prima facie* niet aan dat het attest met betrekking tot de inhoudingsplicht dat zij heeft voorgelegd en dat verstrekt werd met toepassing van artikel 403 van het WIB (Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992), beschouwd kan worden als een fiscaal attest in de zin van voormeld artikel 61, § 3, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing. Op het eerste gezicht blijkt uit de Federale Omzendbrief van 22 juli 2014 ‘overheidsopdrachten. Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer. Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer die illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt. Uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de fiscale en sociale schulden naar bepaalde fraudegevoelige dienstensectoren’ dat beide attesten hun eigen finaliteit hebben en dat ook de parameters die voor deze attesten worden gebruikt verschillend zijn. De verwerende partij lijkt de verzoekende partij in de loop van de procedure ook reeds te hebben meegedeeld dat dergelijk attest niet kon volstaan.

13. In de mate dat de verzoekende partij vervolgens nog aanvoert dat de verwerende partij geen rekening zou hebben gehouden met de brief van de raadslieden van de verzoekende partij van 4 juni 2015 en verwijst naar een nieuw fiscaal attest van 5 juni 2015, valt op te merken dat de aanbestedende overheid in beginsel bij het nemen van de selectiebeslissing slechts rekening kan en mag houden met de gegevens die op dat ogenblik voorliggen. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij dit schrijven of attest zou hebben ontvangen vooraleer de selectiebeslissing werd genomen.

14. Het standpunt van de verzoekende partij dat de verwerende partij te dezen had moeten wachten met het nemen van een selectiebeslissing tot een gunstig fiscaal attest zou worden afgegeven, waarbij tevens gewezen wordt op het feit dat inmiddels bijkomende betalingen werden verricht, lijkt op het eerste gezicht in te druisen tegen de bedoeling van de regelgever zoals uiteengezet in het verslag aan de Koning bij voormeld artikel 63 waarin opgemerkt wordt dat het de bedoeling is van de regelgever “om te vermijden dat een kandidaat of een inschrijver zich *a posteriori*, in de loop van de gunningsprocedure, in regel zou stellen met zijn socialezekerheids- of fiscale verplichtingen louter met het oog op het verwerven van de opdracht” (Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 7 februari 2014 ‘tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 alsook van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’, BS 21 februari 2014, 13998).

15. Bovendien lijkt het de aanbestedende overheid toe te komen en niet de verzoekende partij om de noodwendigheden van de dienst te bepalen en aldus het tijdstip te bepalen waarop de bestreden beslissing diende te worden genomen. Uit de stukken van het dossier blijkt op het eerste gezicht overigens dat de verwerende partij verscheidene malen is tegemoetgekomen aan de verzuchtingen van de verzoekende partij en, ondanks een blijkbaar strakke timing, het nemen van de selectiebeslissing reeds had uitgesteld. De aanvankelijke beslissing over de aanvragen tot deelneming was immers geagendeerd op 13 mei 2015, zodat initieel aan de verzoekende partij ook gevraagd werd om te reageren voor deze datum. Uit de selectieleidraad en het bestek blijkt ook dat de opdracht 1 september 2015 als startdatum heeft.

16. In de mate dat de verzoekende partij nog aanvoert dat zij niet kon voorzien dat een negatief attest zou worden afgegeven, valt op te merken dat de verwerende partij het negatieve attest onmiddellijk aan de verzoekende partij heeft meegedeeld en haar alsnog gedurende geruime tijd de kans heeft geboden om daarop te reageren. Voorts blijkt uit de briefwisseling met de FOD Financiën dat volgens de FOD Financiën geen positief fiscaal attest mocht worden afgegeven omdat er bij de verzoekende partij een probleem bestond op boekhoudkundig

niveau met betrekking tot de bedrijfsvoorheffing. Op het eerste gezicht betreft dit geen feit dat gelegen is buiten de wil van de verzoekende partij en lijkt dit dan ook geen geval van overmacht uit te maken.

17. Ten slotte valt *prima facie* niet in te zien waarom de verzoekende partij in vergelijking met de andere kandidaten ongelijk zou zijn behandeld. De verwerende partij lijkt bij alle kandidaten te hebben nagegaan of zij de fiscale verplichtingen hebben nageleefd, de kandidaten voor wie een negatief fiscaal attest werd afgegeven op gelijke wijze de kans geboden om aan te tonen dat aan de in artikel 63, § 2, tweede lid, bepaalde voorwaarden is voldaan, en vervolgens heeft zij niet alleen de verzoekende partij, doch ook de bvba Anvas Security uitgesloten.

18. In het licht van hetgeen hiervoor reeds werd uiteengezet, lijkt niet aangetoond dat de verwerende partij de bestreden beslissing heeft genomen met schending van de in het middel vermelde bepalingen en beginselen.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

19. Het tweede middel is geput uit de schending van “de artikelen 4, 5°, 5, 6° 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 [...], de schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de motivering van bestuurshandelingen [...], alsook de beginselen van gelijke behandeling van kandidaten, het motiverings-, rechtszekerheids-, vertrouwens- en zorgvuldigheidsbeginsel”.

Volgens de verzoekende partij zijn voormelde bepalingen en beginselen geschonden doordat de bestreden beslissing bepaalt dat de verzoekende partij niet geselecteerd wordt omdat zij niet kan staven “met enig document van de

FOD Financiën dat het negatieve attest het gevolg is van een fout bij de FOD Financiën”, terwijl uit het door de verzoekende partij bezorgde e-mailbericht van de FOD Financiën van 29 mei 2015 blijkt dat de FOD Financiën nog niet eens in staat was om de situatie correct in te schatten, laat staan een fiscaal attest af te leveren.

Daarnaast werpt zij op dat niet afdoende gemotiveerd wordt waarom de verwerende partij de verzoekende partij uitsluit op grond van de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 61, § 2, 6°, van het koninklijk besluit Plaatsing terwijl zij niet verplicht was om de verzoekende partij uit te sluiten. Volgens de verzoekende partij geldt hier, gelet op de discretionaire beoordelingsmarge, een verzwaarde motiveringsverplichting.

Ten slotte voert zij nog aan dat uit de motivering van de bestreden beslissing niet blijkt dat de verwerende partij voldoende rekening heeft gehouden met de specifieke kenmerken van de zaak, terwijl de verwerende partij nochtans wel grondig geïnformeerd was door de verzoekende partij en op die manier de gelijke behandeling der kandidaten schendt. Zij stelt dat het haar niet duidelijk is op grond van welke motieven de verwerende partij dan uiteindelijk beslist heeft om haar uit te sluiten en waarom geen rekening werd gehouden met de brief van haar raadslieden van 4 juni 2015. De beslissing wordt volgens de verzoekende partij slechts gemotiveerd door middel van een stijlformule, die niet kan volstaan. Voorts wijst zij erop dat aangezien één dag na aanname van de bestreden beslissing een positief attest werd afgegeven, de verwerende partij nog altijd uit eigen beweging haar beslissing had kunnen intrekken.

Beoordeling

20. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 5°, 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’ stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat”. Artikel 5, 6°, van voormelde wet bepaalt voorts dat deze gemotiveerde beslissing “de namen van de al dan niet

geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben” dient te bevatten.

21. Op het eerste gezicht is de verwijzing door de verzoekende partij naar artikel 29 van voormelde wet, die voormelde bepalingen tevens van toepassing verklaart op opdrachten die de Europese drempels niet bereiken, overbodig nu het te dezen een opdracht lijkt te betreffen die dit drempelbedrag overschrijdt.

22.1. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij ook afleidt uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

22.2. In de bestreden beslissing van 4 juni 2015 beslist de deputatie van de provincie Antwerpen om de verzoekende partij en de bvba Anvas Security uit te sluiten van deelneming aan de opdracht omdat ze niet in orde zijn met de betaling van hun belastingen overeenkomstig de Belgische wetgeving. Deze beslissing wordt als volgt gemotiveerd:

“Toegangsrecht en kwalitatieve selectie
Uitsluitingscriteria

- Anvas rsz, kbo ok, attest fiscale schulden negatief. Aan Anvas werd gevraagd aan te tonen dat Anvas vorderingen heeft zoals voorzien in art. 63 § 2 van het kb van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten. Anvas heeft een verklaring bezorgd evenals kopies van facturen. Hieruit kan echter niet afgeleid worden dat ze zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn.
- G4S rsz, kbo, ok, attest fiscale schulden negatief. Ook aan G4S werd [...] de vraag naar vorderingen gesteld. G4S stelt dat het negatieve attest het gevolg is van een fout bij de FOD financiën. G4S kan dit echter niet staven met enig document van de FO[D] Financiën.
- [...].”

22.3. Aldus wordt in de bestreden beslissing op het eerste gezicht op afdoende wijze weergegeven welke kandidaten werden uitgesloten en om welke reden.

Daarbij lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat uit de motivering niet zou blijken dat de verwerende partij voldoende rekening heeft gehouden met de specifieke kenmerken van de zaak of dat de motivering beperkt zou zijn tot een stijlformule.

Volgens de stukken van het administratief dossier lijkt het dat de verzoekende en de verwerende partij uitvoerig hebben gecommuniceerd over de afgegeven negatieve attesten en de oorzaak ervan, waarbij de verwerende partij ook duidelijk heeft aangegeven dat het attest met betrekking tot de inhoudingsplicht niet kon volstaan. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt in haar verzoekschrift, lijkt dan ook niet te kunnen worden aangenomen dat zij hierover in het ongewisse verkeerde. Evenmin blijkt uit het e-mailbericht van de FOD Financiën dat erkend zou worden dat het negatieve attest een gevolg zou zijn van een fout bij de FOD Financiën, doch wordt integendeel uitdrukkelijk gewezen op het feit dat het bij de verzoekende partij is dat “een probleem bestaat op boekhoudkundig niveau met betrekking tot de bedrijfsvoorheffing” om welke reden het “wettelijk gezien niet mogelijk is een blanco attest 276CII af te leveren”.

22.4. In de mate dat de verzoekende partij ook in het kader van dit middel aanvoert dat de verwerende partij geen rekening zou hebben gehouden met de brief van de raadslieden van de verzoekende partij van 4 juni 2015, valt op te merken dat de aanbestedende overheid in beginsel bij het nemen van de selectiebeslissing slechts rekening kan en mag houden met de gegevens die op dat ogenblik voorliggen.

22.5. Dat de verzoekende partij op grond van de voormelde motivering wel degelijk in staat is te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, blijkt overigens ook uit het verzoekschrift zelf waarin zij de motieven uitvoerig betwist. Aldus lijkt in elk geval aan de doelstelling van de betrokken formelemotiveringsverplichting te zijn voldaan.

23. In de mate dat de verzoekende partij voorts in dit middel nog een schending van het rechtszekerheids-, en vertrouwensbeginsel opwerpt, maakt zij op het eerste gezicht in de uiteenzetting van haar middel niet duidelijk op welke wijze deze beginselen zouden zijn geschonden en lijkt het middel niet ontvankelijk.

24. Wat de beweerde schending van de gelijke behandeling van kandidaten, het motiverings-, en zorgvuldigheidsbeginsel betreft, volstaat het voor het overige te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middel, waarin de verzoekende partij reeds de schending van de voormelde of verwante beginselen heeft ingeroepen.

Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Besluit

25. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VII. Kosten

26. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ aan de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding 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 13 juli 2015, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest