

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.241 van 17 september 2015
in de zaak A. 216.732/XII-7926**

In zake: de CVBA DELOITTE CONSULTING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kathleen De hernois
kantoor houdend te 1831 Diegem
Berkenlaan 8a
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Begroting
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 augustus 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van de Federale Overheidsdienst Budget en Beheerscontrole, dd. 30 juli 2015, waarbij ingevolge het doorlopen van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking besloten werd Deloitte Consulting te weren als kandidaat uit de gunningsprocedure voor de opdracht ‘Aankoop van consultancydiensten voor de Federale ERP-toepassingen voor rekening van de FOD Budget en Beheerscontrole’ met als referentienummer B-B-BUDGET/FEDCOM/2014/02-F02_0”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 september 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kahtleen De hornois en Matthias Van Schel, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Regelmatigheid van de rechtspleging

3.1. De verzoekende partij maakt ter terechtzitting een “voorbehoud” omdat een onvolledig administratief dossier zou zijn neergelegd.

3.2. De Raad van State verbindt aan deze vaststelling van de verzoekende partij, mocht deze al correct zijn, in elk geval geen gevolgen voor de huidige rechtspleging, alleen reeds om de volgende redenen die verband houden met het laattijdig inroepen van dat “voorbehoud”.

In het inleidend verzoekschrift worden geen beschouwingen gewijd aan de stukkenbehandeling door de verwerende partij in de loop van de gunningsprocedure.

Voorts heeft de verzoekende partij na de neerlegging van het administratief dossier, waarbij zij toegeeft het ter griffie te hebben ingezien, voorafgaand aan de terechtzitting, noch aan de verwerende partij, noch aan de Raad van State enige opmerking daaromtrent medegedeeld. Zulks had overigens ook reeds kunnen gebeuren op zicht van de inventaris van de stukken, gevoegd bij het inleidend verzoekschrift.

IV. Feiten

4.1. De verwerende partij schrijft in 2015, via de FOD Budget en Beheerscontrole, een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking uit voor een opdracht van diensten, in de aankondiging genoemd “Aankoop van consultancydiensten voor de Federale ERP-toepassingen voor rekening van de FOD Budget en Beheerscontrole”.

Deze opdracht wordt op 10 maart 2015 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 14 maart 2015 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Het gaat om een raamovereenkomst met één onderneming en met een geraamde totale waarde van 6 miljoen euro, btw niet inbegrepen, voor de gehele duur van de raamovereenkomst (48 maanden) .

4.2. Blijkens artikel 1.5.2 van de “Oproep tot kandidaatstelling – Selectiegids” treedt de FOD Budget & Beheerscontrole hier op als opdrachtcentrale voor andere federale overheden en diensten.

Artikel 1.6.2 bevat de selectiecriteria. In artikel 1.6.2.1 worden de volgende “selectiecriteria betreffende de financiële draagkracht van de kandidaat” opgenomen :

“De jaarrekening van de kandidaat moet zonder voorbehoud goedgekeurd zijn door de revisor voor de laatste drie boekjaren.

De kandidaten die de goedgekeurde jaarrekening van de laatste drie boekjaren niet bij de Nationale Bank van België hebben ingediend, zijn

verplicht om deze bij hun kandidatuur te voegen. Deze verplichting geldt ook voor de jaarrekening die onlangs werd goedgekeurd en die nog niet bij de Nationale Bank van België werd gedeponneerd, omdat de wettelijke termijn voor het indienen ervan nog niet verstreken is. Voor eenmanszaken moet een staat van alle activa en passiva door een accountant IAB of een bedrijfsrevisor worden opgesteld. Het document moet een recente financiële toestand weerspiegelen (maximum 6 maanden oud te rekenen vanaf de datum van de opening van de kandidatuur). Indien de onderneming nog geen jaarrekening heeft gepubliceerd, volstaat een tussentijdse balans voor echt verklaard door de accountant erkend door het IAB of door de bedrijfsrevisor.

Voor de buitenlandse ondernemingen dienen tevens de goedkeurende jaarrekeningen van de drie laatste jaren of een staat van alle activa en passiva van de onderneming bij de kandidatuur te worden gevoegd. Indien de onderneming nog geen jaarrekening heeft gepubliceerd, volstaat een tussentijdse balans voor echt verklaard door de accountant of door de bedrijfsrevisor of door de persoon of instelling die een soortgelijke functie in zijn land uitoefent.

1.6.2.1.1 Financiële slagkracht

De kandidaat dient over voldoende financiële slagkracht te beschikken.

Deze financiële slagkracht zal worden beoordeeld op basis van de goedgekeurde jaarrekening van de laatste drie boekjaren. De volgende ratio's, berekend volgens de formules die de Nationale Bank van België gebruikt (zie bijlagen 2.4 en 2.5), moeten samen met de aanvraag tot deelneming worden geleverd en zullen als een geheel beoordeeld worden:

Ratio	Maatstaf
Liquiditeit in ruime zin	Groter dan 1 voor tenminste 2 van de 3 jaren
Liquiditeit in enge zin	Groter dan 0,7 voor tenminste 2 van de 3 jaren
Solvabiliteit	Groter dan 0,15 voor tenminste 2 van de 3 jaren
Brutoverkoopsmarge	Positief voor tenminste 2 van de 3 jaren
Nettoverkoopsmarge	Positief voor tenminste 2 van de 3 jaren

1.6.2.1.2 Omvang van de omzet

De kandidaat moet tijdens één van de laatste drie boekjaren een totale omzet hebben gerealiseerd van tenminste twintig (20) miljoen euro per jaar.

Hij voegt bij zijn kandidatuurstelling een verklaring inzake de totale omzet gerealiseerd tijdens de laatste drie boekjaren, tenzij de totale omzet vermeld staat op de goedgekeurde jaarrekeningen die via het elektronisch loket kunnen worden geraadpleegd (dit zijn de jaarrekeningen ingediend bij de Nationale Bank van België, opgesteld volgens het volledig

boekhoudkundig schema, of volgens het verkort boekhoudkundig schema waarop de facultatieve vermelding van de gerealiseerde totale omzet ingevuld werd).”

In de aankondiging wordt in rubriek III.2.2) “Economische en financiële draagkracht” verwezen naar “de documenten in bijlage”. Aangenomen wordt dat hiermee de voormelde selectiegids is bedoeld die volgens de nota ook via het e-Notification platform aan de geïnteresseerde ondernemingen ter beschikking werd gesteld.

4.3. De termijn voor ontvangst van aanvragen tot deelneming is in de aankondiging bepaald op 13 april 2015 om 11.00 u.

4.4. In een brief van 27 maart 2015 wijst de verzoekende partij er de verwerende partij op dat “de goedgekeurde jaarrekeningen van Deloitte Consulting cvba een vertekend beeld [geven] voor wat de gevraagde ratio’s betreft onder dit specifieke hoofdstuk van de selectiegids” en vraagt zij om, “[g]elet op artikel 67 § 2 van het KB plaatsing van 15 juli 2011 [...] als inschrijver in de mogelijkheid [te] worden voorzien om de gevraagde financiële draagkracht op een andere wijze te staven. Specifieke referenties of documenten die hiervoor kunnen weergegeven worden, ter bevestiging van de financiële slagkracht van Deloitte Consulting cvba, zijn alvast nergens limitatief opgesomd”.

Vervolgens voegt de verzoekende partij hieraan het volgende toe:

“Rekening houdende met het bovenstaande, beschrijven we graag hieronder de specifieke financiële kenmerken van Deloitte Consulting cvba, waarbij bijkomend diens financiële slagkracht wordt aangetoond.

Vooreerst lijkt het kapitaal van de vennootschap in principe laag. Naast kapitaal financieren de partners/aandeelhouders echter het bedrijf door langetermijnfunding (leningen/schulden op meer dan 1 jaar - meestal op meer dan 5 jaar). Het bedrag van deze langetermijnschuld (EUR 4,5 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2014, EUR 4,4 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2013 en EUR 4,3 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2012) kan wel beschouwd worden als kapitaal.

Vervolgens dient te worden vermeld dat tot 31 mei 2013 de winst (operationeel en financieel) van de vennootschap volledig werd verdeeld aan de partners. De winst werd niet uitgekeerd via dividenden zoals voor vennootschappen met een structuur van ‘niet-partnership’ maar als partnersvergoeding in bedrijfskosten (dus operationele kosten).

Vanaf 1 juni 2013, heeft Deloitte Consulting cvba echter zijn winstverdelingspolicy gewijzigd: een deel van de winst is ook verdeeld als dividenden.

Het bedrijf wordt aldus op dit moment gefinancierd via een onderneming waarmee een deelnemingsverhouding bestaat (Deloitte Finance). Deloitte Consulting cvba heeft een deelneming in Deloitte Finance ten belopen van EUR 24,2 M (een aanzienlijk percentage van de totaalbalans). Verder werd een aantal jaren geleden een ‘cash pooling’ systeem opgericht samen met andere Deloitte-entiteiten. Dit wordt opgenomen in de kortetermijnschulden (EUR 2,7 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2014, EUR 4,0 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2013 en EUR 4,7 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2012).

Deloitte Finance beschikt verder over kredietlijnen met verschillende banken voor meer dan (EUR 59,5 M (31 mei 2014)). De meeste van die lijnen worden niet opgebruikt, maar zijn beschikbaar om de activiteiten van het Deloitte-netwerk in België te financieren.

Dankzij de investering in Deloitte Finance heeft Deloitte Consulting cvba dividend opbrengsten geboekt van EUR 0,7 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2014, EUR 1,1 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2013 en EUR 1,0 M voor het boekjaar afgesloten per 31 mei 2012.

Ten slotte is Deloitte Consulting eveneens een ‘member firm’ van Deloitte België (EUR 370 M netto omzet per 31 mei 2014) en dus ook deel van het wereldwijde Deloitte-netwerk (met een totaal omzet van USD 34,2 miljard in 2014).

Gelet op het bovenstaande is er geen twijfel mogelijk over het feit dat de vennootschap haar verplichtingen kan nakomen.”

Ten slotte vraagt zij om “de financiële draagkracht alvast prima facie te bevestigen voor 3 april 2015 en, zo nodig, enige hieraan gerelateerde documentatie op te lijsten welke nog kan worden toegevoegd aan onze offerte”.

Op deze brief wordt blijkbaar niet geantwoord.

4.5. Blijkens het proces-verbaal van opening hebben op 13 april 2015 tien kandidaten, waaronder de verzoekende partij, een aanvraag tot deelneming ingediend.

4.6. Hoofdstuk 3 van de kandidaatstelling van de verzoekende partij betreft de financiële draagkracht en vermeldt onder 3.2 haar financiële ratio's met de toevoeging dat deze echter moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de rechtvaardigingen gegeven onder rubriek 3.3. Daarin worden eerst in essentie de punten uit de voormelde brief van 27 maart 2015 herhaald en wordt geconcludeerd dat de globale financiële sterkte van Deloitte Consulting, ondersteund door de omvang en de volledige kracht van de Deloitte groep zoals eerder omschreven en de kredietlijnen, meer dan voldoende is om aan de aanbestedende overheid de noodzakelijke zekerheid te bieden over haar financiële bekwaamheid de opdracht te beheren.

Vervolgens benadrukt de verzoekende partij in die rubriek 3.3 dat het lage niveau van de belangrijkste indicatoren gebruikt door de NBB, in het kader van de criteria vastgesteld door deze opdracht, specifiek de financiële structuur van een partnerschap weerspiegelen en geen indicatie zijn van een preciaire financiële situatie en dat daarbij voor de voorliggende opdracht de volgende vijf specifieke elementen, relevant zijn:

- de lange-termijnfinanciering van de partners moet worden beschouwd als het equivalent van kapitaal van de vennootschap;
- ingevolge de structuur van een partnerschap wordt de winst via een systeem van facturatie aan de partners en van dividenden verdeeld;
- in het verleden zijn investeringen bij Deloitte Finance gebeurd om het kasbeheer van Deloitte Consulting te verbeteren;
- Deloitte Consulting heeft als lid van de Deloitte groep toegang tot aanzienlijke (niet gebruikte) kredietlijnen;
- Deloitte Consulting maakt deel uit van Deloitte België (met een totale omzet van 370 miljoen euro in 2014) en Deloitte België is zelf een deel van de wereldwijde organisatie Deloitte (met een omzet van 34,2 miljard USD in 2014).

Zij besluit dat een onderneming zonder dergelijke structuur van partnerschap, maar met een identieke financiële performantie, wat betreft de gehanteerde indicatoren betere financiële indicatoren zou voorleggen en dat haar systeem van partnerschap aan de basis ligt van deze situatie en dat er haar inziens geen twijfel bestaat over haar mogelijkheid haar verplichtingen na te komen.

4.7. In een niet gedateerde “Gemotiveerde selectiebeslissing” selecteert de verwerende partij zeven kandidaten. Drie kandidaten waaronder de verzoekende partij worden niet geselecteerd.

Deze niet-selectie van de verzoekende partij is de bestreden beslissing.

4.8. Met een in het Frans opgestelde brief van 30 juli 2015 – maar die pas lijkt verzonden op 3 augustus 2015 – deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet werd geselecteerd omdat zij niet voldeed aan de minimale eisen inzake financiële draagkracht, waarna de volgende drie ratio’s worden vermeld: de liquiditeit in ruime zin is voor de 3 jaren kleiner dan 1 (2012: 0.39; 2013: 0.45; 2014: 0.48), de liquiditeit in enge zin is voor de 3 jaren kleiner dan 0.7 (2012: 0.03; 2013: 0.05; 2014: 0.11) en de solvabiliteit is voor de 3 jaren kleiner dan of gelijk aan 0.15 (2012 : 0.09; 2013: 0.15; 2014: 0.15).

V. Schorsingsvoorwaarden

5. 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.

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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing duidelijk stelt dat, indien de kandidaat of inschrijver kan aantonen dat hij om bepaalde redenen de gevraagde referenties niet kan voorleggen, hij zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met andere documenten die de aanbestedende overheid geschikt acht. Zij verwijst daarbij naar haar aangetekende brief van 27 maart 2015 die zij nogmaals integraal toevoegde aan haar kandidaatstelling.

Ook de rechtspraak van de Raad van State, in arrest nr. 212.054 van 15 maart 2011, bevestigt volgens haar dit principe.

Voorts blijft artikel 60 van de “nieuwe richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014” bovendien in de mogelijkheid voorzien om alternatieve bewijsmiddelen aan te reiken.

Gelet op de uitdrukkelijke bepaling in het koninklijk besluit Plaatsing en de duidelijke bevestiging in de rechtspraak van de Raad van State van het principe van deze bepaling, kon er daarenboven geenszins sprake zijn van een schending van de gelijkheid van kandidaten indien de verwerende partij alternatieve bewijsmiddelen zou hebben gevraagd aan de verzoekende partij, of op grond van haar reeds aangetoonde financiële draagkracht, laatstgenoemde zou hebben uitgenodigd tot de indiening van een offerte in de volgende fase van de procedure. Integendeel, op grond van de interne en externe onderzoeksmogelijkheden waarover de verwerende partij beschikt, houdt het uitsluiten zonder enige duiding van de verzoekende partij, ondanks haar uitdrukkelijk verzoek om eventuele alternatieve bewijsmiddelen aan te reiken, net een schending in van de gelijkheid der partijen.

“Vanuit het principe van richtlijnconforme interpretatie”, verwijst de verzoekende partij voorts nog naar considerans 83 van de voormelde Richtlijn 2014/24/EU die nogmaals het principe bevestigt van de mogelijkheid van het aanbieden van verschillende alternatieven om de financiële draagkracht te bewijzen en aldus de “aanwezige flexibiliteit binnen de ‘geest’ van de overheidsopdrachtenwetgeving ten aanzien van dit selectiecriterium”.

De verwerende partij had tevens klaarblijkelijk voldoende mogelijkheden om alternatieven aan te bieden aan de verzoekende partij om deze in de mogelijkheid te stellen haar financiële draagkracht nader aan te tonen, mocht dit überhaupt nog nodig zijn geweest gelet op de door haar reeds omstandige aangeleverde informatie omtrent haar aanwezige financiële draagkracht.

Het louter nagaan van de in de opdrachtdocumenten opgenomen criteria inzake de financiële draagkracht, zonder enig antwoord te bieden op het uitdrukkelijke verzoek van de verzoekende partij van 27 maart 2015, laat staan enige alternatieve bewijsmiddelen op te vragen, druist bijgevolg in tegen de overheidsopdrachtenwetgeving en vormt een schending van het beginsel van de gelijke behandeling van partijen.

Beoordeling

7. Vastgesteld wordt dat de verzoekende partij in het verzoekschrift niet beweert laat staan *prima facie* aantoont dat de verwerende partij hiermee de criteria inzake financiële en economische draagkracht, het vereiste niveau ervan, en de inlichtingen en documenten die de kandidaten in dit verband moesten aanleveren, niet in overeenstemming met artikel 58, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing heeft bepaald en vooraf heeft bekendgemaakt. Evenmin beweert zij, laat staan dat zij aantoont, dat de betrokken criteria inzake financiële en economische draagkracht en het vereiste niveau ervan het kader van de artikelen 58, § 1, en 67, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing te buiten zouden gaan en niet rechtsgeldig zijn. De door de verwerende partij gevraagde inlichtingen en documenten – meer bepaald de jaarrekeningen van de laatste drie boekjaren – worden door artikel 67, § 1, 2°, trouwens uitdrukkelijk als relevante bewijsstukken bij de beoordeling van de financiële en economische draagkracht aanvaard.

De verzoekende partij beweert niet en toont niet aan dat deze criteria en ratio's geen verband houden met het voorwerp van de opdracht en als dusdanig objectief niet geschikt zijn voor het bieden van informatie over de financiële draagkracht van de kandidaten voor de uitvoering van de opdracht, niet in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht of van aard zijn om de mededinging op ontoelaatbare wijze te beperken of de gelijkheid onder de kandidaten in het gedrang te brengen. Uit het feit dat zeven van de tien kandidaten voor deelname aan de gunningsfase geselecteerd werden, blijkt integendeel *prima facie* dat een voldoende graad van mededinging voor de opdracht verzekerd is.

8. De verzoekende partij neemt wel aanstoot aan het feit dat de verwerende partij besluit dat zij niet voldoet aan het vereiste van financiële draagkracht, en zulks zonder rekening te houden met haar mededeling in haar brief van 27 maart 2015 en in haar kandidaatstelling dat haar goedgekeurde jaarrekeningen “een vertekend beeld [geven] voor wat de gevraagde financiële ratio's betreft onder dit specifieke hoofdstuk van de selectiegids” en zonder haar in die omstandigheden overeenkomstig artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, de kans te hebben geboden haar financiële draagkracht aan de hand van “alternatieve bewijsmiddelen” aan te tonen.

9. Het bestreden besluit tot niet-selectie van de verzoekende partij wordt gesteund op het niet voldoen aan het selectiecriterium van financiële slagkracht omdat haar ratio voor liquiditeit in ruime zin voor de drie laatste boekjaren kleiner is dan 1, haar ratio voor liquiditeit in enge zin kleiner dan 0,7 en haar ratio voor solvabiliteit kleiner dan of gelijk aan 0,15.

10. Het komt in de eerste plaats aan de verwerende partij toe de voorgelegde documenten te beoordelen aan de hand van het betrokken selectiecriterium en zij beschikt ter zake over een ruime beoordelingsvrijheid .

11. Het in het middel geschonden geachte artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, luidt:

“§ 2. Indien de kandidaat of inschrijver om redenen die hij moet verantwoorden, niet in staat is de gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere documenten die de aanbestedende overheid geschikt acht”.

12. Het verslag aan de Koning merkt bij dit artikel 67, § 2, op (BS 9 augustus 2011, 44.900):

“Paragraaf 2 heeft betrekking op het geval waarin een kandidaat of inschrijver niet in staat is om de referenties over te leggen die de aanbestedende overheid heeft gevraagd. Bovendien beoogt paragraaf 2 van artikel 67 een andere situatie zodat niet kan worden geconcludeerd, zoals in het advies van de Raad van State, dat hierin het niet-limitatieve karakter van paragraaf 1 wordt onderstreept.”

13. In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat niet wordt aangetoond dat de verzoekende partij niet “in staat” was de gevraagde “referenties” – jaarrekeningen – over te leggen. Deze waren beschikbaar en ze zijn beoordeeld.

Evenmin voert de verzoekende partij aan, minstens niet voldoende onderbouwd, dat uit die jaarrekeningen wel blijkt dat zij voldoet aan de voorgeschreven ratio's. Integendeel wijst zij er in haar – in de kandidaatstelling

hernomen en hiervoor geciteerde – brief van 27 maart 2015 op dat haar goedgekeurde jaarrekeningen een vertekend beeld geven wat de gevraagde ratio's betreft en vraagt zij om, gelet op artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, “als inschrijver in de mogelijkheid [te] worden voorzien om de gevraagde financiële draagkracht op een andere wijze te staven”. Ook de ratio's berekend in hoofdstuk 3 van haar kandidaatstelling bevestigen dat zij niet voldoet aan de drie gevraagde ratio's. De cijfers zijn dezelfde als deze opgenomen in de bestreden beslissing. De verzoekende partij vraagt daarin echter om deze te interpreteren in het licht van de elementen vermeld in punt 3.3 van haar kandidaatstelling, hiervoor reeds weergegeven na randnummer 4.6.

14. In haar kandidaatstelling geeft de verzoekende partij, zoals ook reeds in de voormelde brief van 27 maart 2015, aan dat zij een “member firm” is van “Deloitte België” en deel uitmaakt van het “wereldwijde Deloitte-netwerk”. Ook wijst zij daarin op haar banden met “Deloitte Finance” die beschikt over aanzienlijke en voor een groot deel ongebruikte kredietlijnen, die beschikbaar zijn voor de financiering van de verzoekende partij.

15. De verzoekende partij lijkt zich te dezen echter niet te kunnen beroepen op de financiële en economische draagkracht van “Deloitte België”, “Deloitte Finance” of het “wereldwijde Deloitte-netwerk” om alsnog aan de vereisten op het vlak van financiële en economische draagkracht te voldoen. Krachtens artikel 74, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing is immers vereist dat de kandidaat of inschrijver, indien hij zich kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, aantoont dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de kandidaat of inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen.

De verzoekende partij toont het bestaan van een dergelijke verbintenis niet aan. De voormelde affirmaties gaan immers louter uit van de verzoekende partij zelf en tonen op zichzelf niet aan dat de verzoekende partij werkelijk over de middelen van “Deloitte België”, “Deloitte Finance” of het “wereldwijde Deloitte-netwerk” kan beschikken. Ook het loutere feit tot een bepaalde groep van vennootschappen te behoren lijkt – bij gebrek aan bewijs van

de ter beschikkingstelling van bekwaamheden van één of meerdere van deze vennootschappen – op zich niet te volstaan om te stellen dat men over deze bekwaamheden beschikt.

Evenmin toont de verzoekende partij aan hoe uit het ingeroepen artikel 67, § 2, een verplichting voortvloeit voor het bestuur om dergelijke verbintenis alsnog op te vragen.

16. Wat de kredietlijnen betreft wordt behoudens het globale bedrag en de bewering dat de “meeste” van deze lijnen niet worden opgebruikt maar beschikbaar zijn om “de activiteiten van het Deloitte-netwerk in België te financieren” trouwens geen enkele concrete informatie verschaft specifiek betreffende de in het geding zijnde opdracht.

17. Voorts verwijst de verzoekende partij in die kandidaatstelling, zoals in de brief van 27 maart 2015, naar een aantal “specifieke financiële kenmerken” van de onderneming van de verzoekende partij, mede verbonden met haar structuur van partnerschap, samengevat langetermijnfinanciering, winstverdelingsbeleid, “cash pooling” systeem en dividendopbrengsten Deloitte Finance.

In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat in de voormelde brief en kandidaatstelling alsook in het verzoekschrift echter elke berekening ontbreekt van de mogelijke impact van deze elementen op de gevraagde minimale ratio's, nog daargelaten de vraag of anders dergelijk complex middel zich zou lenen tot een *prima facie* onderzoek zoals vereist in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, gelet op de alsdan noodzakelijke invulling en gebruikmaking van diverse begrippen uit de boekhoudkundige sfeer.

In de mate dat in de kandidaatstelling wordt aangevoerd dat de langetermijnschulden gelijkgesteld moeten worden met kapitaal en dit als grief zou zijn bedoeld, blijkt dit laatste niet voldoende duidelijk uit het verzoekschrift en wordt die stelling, mocht ze al voor snelle toetsing door de Raad van State vatbaar zijn, bovendien niet concreet in het verzoekschrift onderbouwd.

18. De verzoekende partij lijkt integendeel in feite in die brief en in haar kandidaatstelling alsook in het middel, aan te voeren dat haar moest zijn toegestaan haar financiële en economische draagkracht aan te tonen op grond van andere, door de verwerende partij niet vereiste selectiecriteria, ook al voldeed zij niet aan de gevraagde ratio's.

Zij toont echter niet *prima facie* aan dat zulks inpasbaar is in het ingeroepen artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Om het tegendeel aan te tonen lijkt de verzoekende partij ook niet nuttig te kunnen verwijzen naar de meer vermelde richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG' die weliswaar in werking trad op 17 april 2014 maar waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken, aangezien pas uiterlijk 18 april 2016 aan de richtlijn moet zijn voldaan.

19. In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat het principe dat de kandidaat of inschrijver die kan aantonen dat hij om bepaalde redenen de gevraagde referenties niet kan voorleggen, zijn economische en financiële draagkracht mag aantonen met andere documenten die de aanbestedende overheid geschikt acht, door de Raad van State bevestigd werd in het arrest nr. 212.054 van 15 maart 2014, dient alvast te worden opgemerkt dat dit arrest niet het koninklijk besluit Plaatsing toepast. Voorts toont de verzoekende partij niet concreet en *prima facie* aan, en blijkt ook niet onmiddellijk, dat dit arrest een vergelijkbare problematiek betreft. Het blijkt minstens niet *prima facie* dat het aldaar ook ging om minimumvereisten die waren vastgesteld en waaraan niet was voldaan.

20. Aldus is de ingeroepen schending van artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing niet aangetoond. Evenmin blijkt hoe aldus, door de selectiegids toe te passen, het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Er wordt ook niet beweerd laat staan aangetoond dat andere kandidaten wel de gelegenheid hebben gekregen hun financiële draagkracht aan te tonen anders dan op de wijze gevraagd in het bestek.

21. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

22. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 7 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voorwerken, leveringen en diensten’, “juncto de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke en draagkrachtige motivering in bestuurszaken en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt meer bepaald dat de motivering in de selectiebeslissing van de verwerende partij onvoldoende draagkrachtig is, in die zin dat de aangehaalde redenen helemaal niet volstaan om de beslissing te schragen. De verzoekende partij heeft uitdrukkelijk de verwerende partij “rechtmatig verzocht”, op grond van artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, om de gevraagde financiële draagkracht in artikel 1.6.2.1.1 van de selectiegeds op een andere wijze te staven en dit vanwege het feit dat haar jaarrekeningen een vertekend beeld hiervan geven. In de aangetekende brief van 27 maart 2015 werden de specifieke financiële kenmerken van de verzoekende partij en bijkomend haar financiële draagkracht uitgebreid uiteengezet. In de selectiebeslissing wordt hierover door de verwerende partij echter met geen woord gerept. Er is duidelijk sprake van een gestandaardiseerde *pro forma* motivering. De verwerende partij mag zich echter niet aan de motiveringsplicht onttrekken door een motivering te gebruiken welke onvoldoende concreet en precies is en niet toegespitst op huidige situatie waarbij er een officieel rechtmatig verzoek wordt gericht aan de verwerende partij. Door deze stereotiepe motivering, zonder enige repliek op, laat staan een verwijzing naar, de aangetekende brief van 27 maart 2015, die werd toegevoegd aan de kandidaatstelling, blijkt duidelijk dat de verwerende partij haar beoordelingsvermogen niet met kennis van zaken heeft uitgeoefend. Gelet op de gegeven verduidelijkingen van de verzoekende partij en gelet op het feit dat deze zich nogmaals uitdrukkelijk in de kandidatuurstelling

bevonden, kan de verzoekende partij op grond van de motieven van de selectiebeslissing niet bepalen waarom de door haar ingediende kandidatuur werd afgewezen. Van een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid moet worden verwacht dat zij het voormelde expliciete verzoek, dat werd toegevoegd aan de kandidaatstelling, niet onopgemerkt en onbesproken laat en zorgvuldig onderzoekt. Het louter opstellen van een selectiebeslissing met vermelding van de niet behaalde ratio's is daarom dan ook onvoldoende aangezien er geen rekening werd gehouden met de specifieke feitelijke aspecten van het dossier. Gelet hierop heeft de aanbestedende overheid dan ook gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. De bestreden beslissing mist dan ook een deugdelijke materiële grondslag nu zij niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen.

Beoordeling

23. Luidens artikel 7, § 1, eerste lid, 1°, van de voormelde wet van 17 juni 2013 dient de aanbestedende overheid, wanneer de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat, - zoals te dezen de onderhandelingsprocedure met bekendmaking - onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde selectiebeslissing, aan elke niet-geselecteerde kandidaat “de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing” mee te delen.

De bestreden beslissing moet, voorts teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij mede afleidt uit de artikelen 2 en 3 van 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.

24. De motieven voor de niet-selectie van de verzoekende partij opgenomen in de bestreden beslissing, hiervoor weergegeven, werden hernomen in de – in het Frans opgestelde – kennisgevingsbrief van 30 juli 2015.

25. In de mate dat in het middel de formele motivering van de niet-selectie van de verzoekende partij aan de orde is, toont de verzoekende partij niet op het eerste gezicht aan waarom de haar meegedeelde en reeds eerder geciteerde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen haar niet-selectie. Het tegendeel blijkt veeleer uit het eerste middel, waarin deze niet-selectie inhoudelijk wordt betwist. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

De argumentatie dat “met geen woord wordt gerept” over haar vraag om, op grond van artikel 67, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, de gevraagde financiële draagkracht in artikel 1.6.2.1.1 van de selectiegids op een andere wijze te mogen staven en dit vanwege het feit dat de jaarrekeningen van laatstgenoemde een vertekend beeld hiervan geven, noch over de uiteenzetting van de specifieke financiële kenmerken van de verzoekende partij en haar financiële draagkracht, leidt daarbij niet tot een andere conclusie. In het eerste middel heeft de verzoekende partij immers omstandig inhoudelijk geargumenteed dat de verzoekende partij in dat licht ten onrechte niet werd geselecteerd.

26. De grief dat er duidelijk sprake is van een gestandaardiseerde *pro forma* motivering door een motivering te gebruiken die onvoldoende concreet en precies is en niet toegespitst op huidige situatie waarbij er een “officieel rechtmatig verzoek” wordt gericht aan de verwerende partij, lijkt gelet op de concrete cijfergegevens bij de drie niet bereikte ratio’s in elk geval feitelijke grondslag te missen.

Minstens blijkt in het licht van het eerste middel opnieuw niet dat een en ander de verzoekende partij niet toeliet vast te stellen waarom de door haar ingediende kandidatuur werd afgewezen en zulks vervolgens te betwisten.

27. De grief dat de verwerende partij onzorgvuldig handelde door het louter opstellen van een selectiebeslissing met vermelding van de niet behaalde ratio’s zonder rekening te houden met de specifieke feitelijke aspecten van het dossier, valt in essentie samen met het eerste middel en is om dezelfde reden niet ernstig. Evenmin is dan aangetoond dat de bestreden beslissing een deugdelijke

materiële grondslag mist nu zulks wordt afgeleid uit dezelfde grief dat deze “niet met de vereiste zorgvuldigheid tot stand is gekomen”.

28. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Kosten

30.1. Aangezien geen van de ingeroepen middelen ernstig werd bevonden, past het de kosten van de vordering ten laste te leggen van de verzoekende partij.

30.2. 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’, de verwerende partij de gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de 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 17 september 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