

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.370 van 29 september 2015
in de zaak A. 216.835/XII-7933**

In zake: de NV CANON BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Hans Plancke
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luk De Schrijver
kantoor houdend te 9840 De Pinte
Pont Noord 15 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen partij:

de NV XEROX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stefan Deswert en Yves Stans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Marnixlaan 23
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 september 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Universiteit Gent van 17 juli 2015, goedgekeurd door de Cel Aankoopbeleid van de Universiteit Gent op 3 augustus 2015, waarmee zij beslist de opdracht voor aanneming van levering betreffende een raamcontract voor het

leveren van multifunctionals ten behoeve van de Universiteit Gent toe te wijzen aan de firma NV Xerox”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 9 september 2015 heeft de nv Xerox gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 september 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Luk De Schrijver, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Yves Stans, die loco advocaat Stefan Deswert verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 Universiteit Gent schrijft een overheidsopdracht uit met het oog “op het sluiten van een raamovereenkomst voor het huren en onderhouden van nieuwe multifunctionals” ten behoeve van de Universiteit Gent voor een periode van vijf jaar.

De opdracht wordt gegund met een open offerteaanvraag.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 27 februari 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 4 maart 2015.

Met betrekking tot de voorwaarden voor deelneming wordt in de aankondiging verwezen naar het bestek OF14/OPEU/0040.

3.2. Wat betreft de selectievereisten en meer bepaald deze met betrekking tot de economische en financiële draagkracht van de inschrijvers, bepaalt het bestek:

“1.13.2 Selectiecriteria

[...]

Inlichtingen en documenten vereist voor de beoordeling van de financiële, economische en technische minimumeisen door de UGent gesteld aan de kandidaten met het oog op de selectie zijn:

A. Economische en financiële draagkracht (artikel 67 §1 K.B. 15.07.2011):
1° een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over de laatste drie boekjaren. De gemiddelde totale omzet over de laatste drie boekjaren moet minimum 10.000.000 euro zijn.

2° de jaarrekeningen of de neergelegde jaarrekeningen, indien de wetgeving van het land van de kandidaat of inschrijver deze neerlegging voorschrijft, van de afgelopen 3 jaar, waaruit volgende ratio's berekend zullen worden:

1. Liquiditeitsratio:

vlottende activa (voor Belgische ondernemingen: code 29/58) / kort vreemd vermogen (voor Belgische ondernemingen: code 42/48 + code 492/3) → een ratio van minstens 1 moet bereikt worden, gemiddeld over de drie afgelopen jaren.

2. Solvabiliteit:

Eigen vermogen (voor Belgische ondernemingen: code 10/15) / totaal vermogen (voor Belgische ondernemingen: code 10/49) → een ratio van minstens 0,25 moet bereikt worden, gemiddeld over de drie afgelopen jaren.

3. Rentabiliteit:

Netto-winst na belasting (voor Belgische ondernemingen: code 9904) / eigen vermogen (voor Belgische ondernemingen: code 10/15) → een ratio van minstens 0,02 moet bereikt worden, gemiddeld over de afgelopen drie jaar.

[...]

Beroep doen op de draagkracht van andere entiteiten.

De inschrijver kan zich, om aan te tonen dat hij aan voormelde eisen inzake financiële- en economische draagkracht en technische- of beroepsbekwaamheid beantwoordt, ook beroepen op andere entiteiten ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten (onderaannemers, verbonden-ondernemingen, ...).

In dat geval voegt de kandidaat-inschrijver bij zijn offerte de verbintenis van deze entiteiten om de inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen.”

3.3. Op 9 april 2015 vindt de openingszitting plaats. Er worden vier offertes ingediend, volgens het proces-verbaal van opening door de volgende inschrijvers: :

- “1. Canon Belgium nv [verzoekende partij]
2. Konica Minolta Business Solutions NV/SA
3. Ricoh Belgium
4. Sa Xerox NA”.

3.4. Bij e-mailbericht van 18 juni 2015 deelt de verzoekende partij aan de aanbestedende overheid het volgende mee:

“In bijlage vindt u onze brief met betrekking tot de financiële ratio’s van Canon Belgium.

Het document van Ernst & Young is nog niet in ons bezit maar we zullen het u nasturen van zodra we het hebben ontvangen.”

Voormelde brief in bijlage, die dateert van 15 juni 2015, luidt:

“Na intern nazicht van ons dossier, zijn we tot de constatering gekomen dat er mogelijks vragen zouden kunnen ontstaan over de financiële ratio’s van Canon Belgium.

Om enige twijfel te voorkomen zijn we zo vrij geweest om u enige additionele info te doen toekomen.

Met betrekking tot 2013 zijn de financiële ratio’s dusdanig vertekend door eenmalige reorganisatiekosten als gevolg van de overname van Océ (zoals in onze jaarrekening vermeld), dat we E&Y hebben gevraagd ons bijgevoegd restatement te attesteren.

Daarnaast hebben we additioneel een verklaring van Canon Europe NV toegevoegd.”

De brief wordt tevens per post verstuurd. Daarbij wordt onder meer een bijlage gevoegd die betrekking heeft op een verslag van Ernst & Young.

3.5. De offertes worden onderzocht. Op 17 juli 2015 neemt de vice-rector van de Universiteit Gent de bestreden beslissing om de opdracht te gunnen aan de nv Xerox.

De beslissing wordt op 3 augustus 2015 goedgekeurd door de Cel Aankoopbeleid van de Universiteit Gent.

In de bestreden beslissing wordt onder meer geoordeeld dat de verzoekende partij niet voldoet aan het selectie criterium economische en financiële draagkracht en aldus niet in aanmerking komt voor gunning, om de volgende reden:

“Wat betreft de rentabiliteit werd een ratio van minstens 0,02 vereist. In het bestek werd in overeenstemming met art. 74 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 aan de kandidaten de mogelijkheid geboden om beroep te doen op de financiële draagkracht van andere entiteiten. In dit geval diende aangetoond te worden dat de onderneming beschikt over 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.

Indien dit van toepassing was, diende de overeenkomst bij indiening van de offerte toegevoegd te zijn aan het dossier alvorens de openingszitting, zijnde op donderdag 9 april 2015 om 10 u. Op datum van donderdag 18 juni ontving UGent alsnog een mail met bijgevoegd een overeenkomst waarbij beroep gedaan werd op de financiële draagkracht van Canon Europa NV. Deze bijgevoegde overeenkomst dateerde van 16 juni 2015. Hierop volgend werd op datum van 3 juli 2015 een brief ontvangen waarbij door Ernst&Young verduidelijking werd geboden i.v.m. de financiële ratio's van Canon Belgium. Universiteit Gent dient mee te delen dat, om het gelijkheidsbeginsel niet te schenden, a posteriori geen overeenkomsten meer kunnen worden aanvaard. Bij een volgend bestek wordt geadviseerd om deze documenten bij indiening van de offerte toe te voegen aan het dossier alvorens de openingszitting heeft plaatsgevonden.

Het is niet wettelijk om de selectie aan te passen op basis van deze nieuwe gegevens. Bovendien bleek reeds uit het grote prijsverschil met de andere inschrijvers dat Canon Belgium sowieso niet in aanmerking kwam voor gunning.”

3.6. Bij aangetekende brief van 18 augustus 2015 en e-mailbericht van 20 augustus 2015 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de gunningsbeslissing

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij tot tussenkoms blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie betreffende het belang uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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 kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en de formele motiveringsplicht, doordat “de verwerende partij de verduidelijkingen van de verzoekende partij over haar financiële en economische draagkracht niet in overweging heeft genomen op grond van motieven die niet deugdelijk of afdoende zijn, minstens deze motieven in de bestreden beslissing op gebrekkige wijze tot uitdrukking heeft gebracht.”

8. Ter terechtzitting doet de verzoekende partij afstand van dit middel.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. Een tweede middel wordt geput uit de schending van artikel 58, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: ‘koninklijk besluit Plaatsing’), artikel 44, § 2, tweede lid, van de “Overheidsopdrachtenrichtlijn klassieke

sectoren 2004/18/EG” en “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, [namelijk] de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden “omdat het in het bestek gehanteerde selectie criterium ‘Rentabiliteit: netto-winst na belasting/eigen vermogen: een ratio van minstens 0,02 moet bereikt worden, gemiddeld over de afgelopen drie jaar’ geen verband houdt met de opdracht en in elk geval niet in verhouding staat tot de opdracht.”

10.1. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het rentabiliteitscriterium zoals door de aanbestedende overheid in haar bestek gebruikt, onwettig is omdat een aldus geformuleerd criterium geen objectieve aanwijzing is van economische en financiële draagkracht die voor het uitvoeren van de opdracht vereist is, minstens verder gaat dan redelijkerwijze noodzakelijk is.

Volgens de verzoekende partij houdt draagkracht in de context van economische en financiële selectiecriteria in dat de onderneming een voldoende groot volume aan werken, diensten of leveringen kan realiseren om de betrokken opdracht zonder capaciteitsproblemen uit te voeren en dat de onderneming daarnaast financieel voldoende gezond is zodat zij in de loop van de opdracht niet dreigt te verdwijnen door een faillissement of een gelijkaardige procedure waarbij de continuïteit van de uitvoering van de opdracht in het gedrang zou komen.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat een ratio slechts een getal gedeeld door een ander getal is waarvan het niet redelijk is te verwachten dat de mechanische berekening van één of verschillende ratio’s automatisch belangrijke inzichten over een onderneming verschaft. Het is dan ook nodig om bijkomende informatie over de onderneming te analyseren om een correct beeld van de toestand van de onderneming te krijgen.

De verzoekende partij geeft aan dat de gevraagde ratio’s verband moeten houden met de opdracht in die zin dat zij moeten meten of het functioneren of voortbestaan van de onderneming tijdens de opdracht al dan niet in gevaar komt,

waardoor de opdracht niet of niet meer naar behoren kan worden uitgevoerd. Zo kan een redelijk verband tussen de liquiditeitsratio en de solvabiliteitsratio met de opdracht worden aangenomen. Een liquiditeitsratio meet het vermogen van de onderneming om haar lopende activiteiten te financieren en haar kortlopende schulden te betalen. Een solvabiliteitsratio meet het vermogen van de onderneming om op lange termijn al haar schulden te voldoen. De rentabiliteitsratio houdt echter geen verband met de opdracht en is geen indicator van de economische en financiële draagkracht van de onderneming. Het is een ratio die meet hoeveel winst een onderneming maakt. De ratio relateert de winst van een onderneming aan het kapitaal van een onderneming en is relevant voor de aandeelhouders van een onderneming nu het bepaalt hoeveel zij jaarlijks op de door hen gedane investering kunnen terugwinnen. Dit houdt echter geen verband met de vraag of de onderneming op korte of lange termijn haar betalingsverplichtingen kan voldoen en dus de vraag of de uitvoering van de opdracht door financiële problemen zou kunnen worden verstoord.

Een gebrek aan winstgevendheid gemeten als een gemiddelde over drie jaar hoeft niet het gevolg te zijn van een inherente verlieslatende economische activiteit waarvan het voortbestaan is bedreigd. Een verlies in een bepaald boekjaar kan reeds het gevolg zijn van een niet-recurrente gebeurtenis waardoor bepaalde kosten opgeteld worden bij de recurrente kosten die inherent aan de economische activiteit zijn. Een overname van een onderneming kan bijvoorbeeld aanleiding geven tot bijkomende eenmalige kosten zoals ontslagvergoedingen voor het personeel van de overgenomen onderneming. Deze niet-recurrente kosten kunnen zich voordoen hoewel de onderliggende verhouding tussen kosten en opbrengsten van de onderliggende economische activiteit gezond is. Een kostelijke overname kan kaderen in een groeistrategie die erop is gericht door schaalvoordelen de rentabiliteit te verhogen. Er is geen reden om dan op grond van een negatieve of lage rentabiliteitsratio gemeten over een korte periode van drie jaar aan te nemen dat een onderneming onvoldoende financiële draagkracht bezit om de opdracht uit te voeren.

De verzoekende partij heeft in de drie jaren die voor de rentabiliteitsratio in aanmerking worden genomen en in de twee jaren daarvoor mooie winsten kunnen voorleggen, behalve in het boekjaar 2013. Het plotse

significante verlies in 2013 betekent niet dat de verkoops cijfers van de verzoekende partij structureel zijn gekelderd of dat haar kosten gerelateerd aan de normale bedrijfsvoering structureel hoger liggen dan haar opbrengsten. In 2013 heeft de verzoekende partij echter het bedrijf Océ overgenomen. De verzoekende partij maakte daarbij een reorganisatiekosten van 6.357.948 euro omdat zij ontslagvergoedingen diende uit te betalen aan het personeel. Deze eenmalige kost heeft duidelijk niets te maken met de winstgevendheid van de onderliggende economische activiteit maar kadert in een strategie om de rentabiliteit ook voor de toekomst veilig te stellen. Indien met deze eenmalige kost geen rekening zou zijn gehouden, dan zou de verzoekende partij in het boekjaar 2013 een nettowinst van 1.149.269 euro hebben gerealiseerd. De in het bestek gehanteerde rentabiliteitsratio is dan ook des te meer in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen omdat zij de aanbestedende overheid niet toelaat rekening te houden met niet-recurrente gebeurtenissen die de rentabiliteit op korte termijn verlagen zonder dat zij de gezondheid van de recurrente bedrijfsvoering in gevaar brengen. Mocht de rentabiliteitsratio geen rekening houden met de kosten uit de overname van Océ, dan zou de verzoekende partij wel aan de selectievereisten voldoen. Haar economische activiteit is immers inherent winstgevend. De rentabiliteitsratio opgenomen in het bestek laat dus niet toe een positieve aanwijzing voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van de opdracht te doen.

Dit blijkt ook uit het feit dat de ratio geen rekening houdt met de mogelijkheid voor ondernemingen om hun investeringen af te schrijven. De verzoekende partij heeft in het boekjaar *goodwill* die ze uit de overname van Océ heeft verworven, alsook copiers en printers afgeschreven. Die afschrijvingen betreffen echter louter boekhoudkundige operaties die niets te maken hebben met de inherente winstgevendheid van de economische activiteit.

Daarenboven combineert de aanbestedende overheid deze niet dienstige en onevenredige rentabiliteitsvoorwaarde met draconische voorwaarden inzake omzet, solvabiliteit en liquiditeit. Zo is de omzetvoorwaarde van 10 miljoen euro gelijk aan vijf keer de totale waarde van de overeenkomst, namelijk 2 miljoen euro. Het feit dat een onderneming die aan deze strenge voorwaarden inzake omzet, liquiditeit en solvabiliteit voldoet toch nog kan worden geweigerd omwille

van de rentabiliteitsratio toont aan dat deze voorwaarde verder gaat dan nodig is om de financiële en economische draagkracht van de inschrijvers te meten.

De aard van de opdracht, namelijk de levering van gemakkelijk vervangbare roerende goederen die door talrijke marktpartijen worden aangeboden, wijst niet op bijzondere risico's indien de economische en financiële draagkracht van de inschrijvers gedurende de uitvoering van de opdracht zou worden aangetast.

De verzoekende partij heeft duidelijk de economische capaciteit om de opdracht uit te voeren. Uit haar offerte blijkt dat zij voor de jaren 2011 tot en met 2013 een omzet van 80.075.000 euro tot 162.847.000 euro kan voorleggen. De totale waarde van de gegunde opdracht is 2.061.360 euro voor een periode van vijf jaar, dit is ongeveer 400.000 euro per jaar. De totale waarde van de opdracht zou slechts 0,25%-0,5% van de omzet van de verzoekende partij vertegenwoordigen.

De inherente onwettigheid van dit selectie criterium kan volgens de verzoekende partij niet worden verholpen door een beroep te doen op artikel 74 van het koninklijk besluit Plaatsing. Het vereiste dat een selectie criterium verband moet houden met de opdracht en proportioneel moet zijn, is een autonome rechtsregel waarvan een schending op zich genomen de onwettigheid van de opdracht documenten en de daaruit voortvloeiende beslissingen tot gevolg kan hebben.

10.2. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat zelfs indien een selectie criterium wordt aanvaard waarin de aanbestedende overheid een gemaakte winst vereist over een gemiddelde periode van drie jaar om de vereiste financiële en economische draagkracht aan te tonen, dan nog rechtvaardigt dit niet dat het blijkbaar niet volstaat over die gemiddelde periode winst te maken maar tevens een specifiek niveau aan winst wordt verwacht (2% van het eigen vermogen over drie boekjaren). Er is volgens de verzoekende partij geen enkele reden om aan te nemen dat een onderneming die bijvoorbeeld slechts een winst van 1% of 1,5% ten aanzien van haar eigen vermogen realiseert, niet de financiële en economische draagkracht zou hebben om de opdracht uit te voeren. Dergelijke onderneming is perfect in staat op korte en lange termijn haar

schulden af te betalen. Een winst die lager is dan 2% kan het resultaat zijn van bijkomende kosten die de winst drukken, terwijl de inherente economische activiteit winstgevender is. Een onderneming kan beslissen om de opbrengsten uit haar winstgevende economische activiteit te herinvesteren waardoor ze minder effectieve winst maakt, maar de toekomstige winstverwachtingen stijgen en ook de waarde van de aandelen. Dit kan voor de aandeelhouder een meerwaarde betekenen, niet via winstuitkering maar via meerwaarde op de verkoop van de aandelen. Door te bepalen hoeveel winst een onderneming moet maken, gaat de aanbestedende overheid verder dan wat objectief vereist is en maakt zij het onmogelijk voor volkomen valabele en waardevolle ondernemingen om deel te nemen aan overheidsopdrachten.

Beoordeling

11. Met betrekking tot de selectie bepaalt artikel 58 van het koninklijk besluit Plaatsing:

“Art. 58. § 1. De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan :

1° de bepalingen betreffende het toegangsrecht tot de opdracht zoals omschreven in de artikelen 61 tot 66;

2° de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 67 tot 79. Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bij open procedure en vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het opleggen van een minimaal niveau verplicht.

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of, bij gebrek aan een dergelijke aankondiging, in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan welke de vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria zijn en welke de te verstrekken noodzakelijke inlichtingen en documenten zijn.”

Artikel 67 van voormeld koninklijk besluit bepaalt:

“Art. 67. § 1. De financiële en economische draagkracht van de kandidaat of de inschrijver kan over het algemeen worden aangetoond door één of meer van de volgende referenties :

1° door een bankverklaring opgesteld overeenkomstig het model vervat in

bijlage 3 of, in voorkomend geval, door het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's;

2° door de jaarrekeningen of de neergelegde jaarrekeningen, indien de wetgeving van het land van de kandidaat of inschrijver deze neerlegging voorschrijft;

3° door een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de kandidaat of de inschrijver met zijn activiteit is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.

§ 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.”

Bij het vaststellen van het minimale niveau van de selectievereisten, zoals de vereiste rentabiliteitsratio, lijkt de aanbestedende overheid krachtens deze bepalingen aldus over een ruime beoordelingsbevoegdheid te beschikken mits de vereisten voldoende verband houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding staan tot dit voorwerp.

Zulks werd ook reeds bevestigd door het Hof van Justitie in een arrest van 18 oktober 2012, C-218/11, Edukovizig. Volgens de overwegingen 27 tot en met 29 van dat arrest beschikt de aanbestedende overheid over een tamelijk grote vrijheid wat betreft de keuze van de onderdelen van de balans van een onderneming die zij in beschouwing wil nemen om de economische en financiële draagkracht te beoordelen, en ook betreffende de ter zake op te leggen minimeisen. De minimeisen inzake draagkracht die worden gekozen moeten echter wel verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en de vastgestelde minimeis moet objectief een positieve aanwijzing zijn voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van de opdracht en mag niet verder gaan dan wat daartoe redelijkerwijs noodzakelijk is.

12. Te dezen werden in de opdrachtdocumenten een omzetvereiste gesteld van gemiddeld 10.000.000 euro per jaar over de laatste drie boekjaren alsook een liquiditeitsratio van minstens 1 gemiddeld over de afgelopen drie jaren waarbij de verhouding tussen de vlottende activa en het kort vreemd vermogen

wordt berekend, een solvabiliteitsratio van minstens 0,25 gemiddeld over de afgelopen drie jaren waarbij de verhouding tussen het eigen vermogen en het totaal vermogen wordt berekend en een rentabiliteitsratio van minstens 0,02 gemiddeld over de afgelopen drie jaren waarbij de verhouding tussen de nettowinst na belasting en het eigen vermogen wordt berekend.

De verzoekende partij betoogt in het eerste onderdeel van haar middel dat een rentabiliteitsratio geen objectieve aanwijzing vormt om te beoordelen of een onderneming over een voldoende financiële draagkracht beschikt.

Daarbij lijkt te moeten worden opgemerkt dat het beoordelen van het ernstig karakter van het middel te dezen de interpretatie en invulling vereist van boekhoudkundige begrippen zoals liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit en hun bedrijfseconomische implicaties. Van de Raad van State mag niet worden verwacht dat hij de stellingen daaromtrent van de ene of andere partij volledig zou onderzoeken en onderschrijven, na een onderzoek waarvoor hij niet de tijd heeft in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, laat staan of hij dergelijk onderzoek zelfs zou kunnen verrichten op eigen gezag, zonder ondersteuning van een onafhankelijk deskundige inzake boekhouding en bedrijfseconomie.

Bijgevolg kan de Raad van State slechts gedeeltelijk het ernstig karakter van het middel onderzoeken.

Onder dat voorbehoud wordt het volgende opgemerkt.

13. De verzoekende partij meent dat een rentabiliteitsratio slechts van belang is voor de aandeelhouders en niets zegt over de economische en financiële draagkracht van een onderneming.

De verzoekende partij lijkt echter deze stelling in haar algemeenheid onvoldoende aannemelijk te maken. Het lijkt op het eerste gezicht immers niet volledig te kunnen worden uitgesloten dat de rentabiliteitsratio – overigens niet ongewoon als selectievereiste bij overheidsopdrachten – in elk geval wel relevant is voor de continuïteit van een onderneming. Zulks merkt ook de

verwerende partij op ter terechtzitting, met verwijzing naar de houding van niet-Belgische moedervennootschappen als aandeelhouders, die rentabiliteit in rekening kunnen brengen voor beslissingen betreffende het behoud van een dochtermaatschappij in België.

De rentabiliteitsratio die betrekking lijkt te hebben op de nettowinst die een onderneming realiseert, lijkt dan ook niet volledig irrelevant te zijn bij de beoordeling van de economische en financiële gezondheid van een bedrijf.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, lijkt het gegeven dat deze ratio gemiddeld genomen over een periode van drie jaar negatief kan zijn omwille van een eenmalige niet-recurrente investering zoals de overname van een ander bedrijf, wat hoge investeringskosten met zich meebrengt, op het eerste gezicht niet van aard om te dekken het gebrek aan verband met de financiële en economische draagkracht van een onderneming aan te tonen. Terwijl de verzoekende partij aangeeft dat een eenmalige investeringskost voor bijvoorbeeld een overname niets te maken heeft met de winstgevendheid van het bedrijf, lijkt op het eerste gezicht toch te moeten worden vastgesteld dat deze eenmalige kost boekhoudkundig wel zijn gevolgen lijkt te hebben voor de winstgevendheid van de onderneming over de relevante periode. Hetzelfde lijkt te gelden voor eenzelfde argument inzake de afschrijvingen, die volgens de verzoekende partij een louter boekhoudkundige operatie zouden zijn zonder effect op de inherente winstgevendheid van de economische activiteit van een onderneming.

Een aanbestedende overheid lijkt echter bij de beoordeling van de economische en financiële draagkracht van een onderneming, die volgens het hiervoor aangehaalde artikel 67 van het koninklijk besluit Plaatsing kan worden afgeleid uit de jaarrekening, zich in dat geval precies te moeten steunen op de boekhoudkundige realiteit.

In dat opzicht lijkt de voormelde ratio op het eerste gezicht wel degelijk relevant nu deze wordt afgeleid uit de jaarrekeningen, die door de voormelde bepaling uitdrukkelijk als relevant bewijsstuk bij de beoordeling van de financiële en economische draagkracht worden aanvaard. Meer in het algemeen

lijkt de verzoekende partij in ieder geval onvoldoende aannemelijk te maken dat het gegeven dat een onderneming een zware investering heeft gedaan binnen de drie jaren voorafgaand aan het indienen van haar offerte geen enkele relevantie heeft voor de economische en financiële gezondheid van de onderneming, temeer omdat er in het jaarverslag bij de jaarrekening van het boekjaar 2013 wordt op gewezen dat de economische situatie voor de onderneming zeer lastig blijft omwille van het hanteren van agressieve prijzen in de markt en het feit dat investeringen worden uitgesteld. Minstens volstaat de bewering ter terechtzitting dat het duidelijk is dat een onderneming als de verzoekende partij zonder problemen een belangrijke overname kan doen niet om de manifeste onwettigheid van het selectie criterium gesteund op de rentabiliteitsratio aan te tonen.

14. Met het vereiste dat deze ratio 0,02 moet bedragen gemiddeld over drie jaar genomen, lijkt op het eerste gezicht evenmin een disproportionele eis te worden gesteld in het licht van de aard, omvang en complexiteit van de opdracht, minstens toont de verzoekende partij dit niet aan. De vereiste waarde van 0,02 is duidelijk lager dan de waarde die gevraagd wordt voor de solvabiliteitsratio en de liquiditeitsratio. Bovendien blijken drie van de vier inschrijvers te kunnen voldoen aan deze ratio. Door de keuze voor deze ratio en deze minimumwaarde blijkt de aanbestedende overheid op het eerste gezicht bijgevolg de mededinging nietodeloos te hebben beperkt of blijkt evenmin dat de doeltreffendheid van de selectie in het gedrang kwam. In dat opzicht dienen de feiten dan ook duidelijk te worden onderscheiden van de feiten die ten grondslag lagen aan het arrest van de Raad van State waar de verzoekende partij naar verwijst en waar slechts één inschrijver aan het gestelde selectie criterium kon voldoen.

Uit hetgeen voorafgaat volgt eveneens dat de rentabiliteitsratio een op zichzelf staande toetsingsgrond lijkt, die aan een eigen finaliteit, de gewenste continuïteit van de onderneming beantwoordt. Aldus lijkt de kritiek niet ernstig, in zoverre deze inhoudt dat de onevenredigheid van de selectievereisten ook blijkt uit het feit dat wie voldoet aan de strenge voorwaarden inzake omzet, liquiditeit en solvabiliteit toch nog kan worden geweigerd omwille van de rentabiliteitsratio.

15. De verzoekende partij voert nog aan dat de aard van de opdracht, namelijk de levering van gemakkelijk vervangbare roerende goederen, multifunctionals, die door talrijke marktpartijen aangeboden worden, niet wijst op bijzondere risico's indien de economische en financiële draagkracht van de inschrijvers gedurende de uitvoering van de opdracht zou worden aangetast. Daarbij lijkt zij echter volledig voorbij te gaan aan de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid om er voor te opteren een raamovereenkomst te sluiten met een inschrijver die de uitvoering van de opdracht gedurende de volledige looptijd, met inbegrip van het onderhoud van de geleverde goederen, zal kunnen waarborgen. In dat opzicht kan er ook op worden gewezen dat de aanbestedende overheid te dezen niet gekozen heeft voor de procedure van een aanbesteding maar wel van een offerteaanvraag, waarbij rekening kan worden gehouden met kwaliteitsverschillen tussen de offertes.

16. In de mate dat de verzoekende partij nog kritiek uit op het omzetvereiste omdat de waarde van de opdracht slechts 0,25 tot 0,5% van de vereiste omzet zou bedragen, kan worden volstaan met de vaststelling dat de verzoekende partij voldeed aan de omzetvereiste en aldus geen belang lijkt te hebben bij deze kritiek, minstens niet aantoonbaar waarin haar belang hierbij bestaat.

17. Voorts lijkt met de verwerende en de tussenkomen partij te kunnen worden opgemerkt dat de verzoekende partij op geen enkele wijze de aanbestedende overheid op de hoogte heeft gebracht van het volgens haar onrechtmatige karakter van de betrokken selectie-eis. Gelet op de specifieke situatie waar de verzoekende partij nu op wijst, namelijk dat dergelijk selectievereiste, dat zoals reeds gezegd niet ongewoon lijkt, een vertekend beeld kan geven wanneer men recent, zoals de verzoekende partij, een belangrijke investeringskost heeft gedragen door de overname van een bedrijf, lijkt zij er dan des te meer toe genoodzaakt te zijn de aanbestedende overheid hiervan te gepaste tijde, dit is vóór het indienen van haar offerte, op de hoogte te brengen. Door dit niet te doen en zonder opmerkingen deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure lijkt zij het de aanbestedende overheid onmogelijk te hebben gemaakt het betrokken selectievereiste eventueel nog aan te passen, en lijkt zij het ernstig karakter van het middelonderdeel zelf te hebben tegengesproken, minstens gerelativeerd.

Het ernstig karakter van het middelonderdeel is niet aangetoond.

18. In de mate dat de verzoekende partij in het tweede onderdeel van haar middel het feit hekelt dat de aanbestedende overheid een specifiek niveau van de vereiste winst vastlegt door de rentabiliteitsratio te bepalen, kan worden volstaan met de vaststelling dat de aanbestedende overheid bij het vaststellen van de selectievereisten op grond van artikel 58, § 1, van het hiervoor aangehaalde koninklijk besluit Plaatsing verplicht is in geval van een open offerteaanvraag zoals te dezen een minimaal niveau te bepalen. In de mate dat de aanbestedende overheid aldus erin voorzag dat de financiële en economische draagkracht mede zou worden beoordeeld aan de hand van de rentabiliteitsratio, lijkt zij ertoe te zijn verplicht geweest hiervoor een te behalen minimaal niveau te bepalen.

In de mate dat de verzoekende partij van oordeel is dat het door de aanbestedende overheid te dezen opgelegde minimale niveau verder gaat dan wat noodzakelijk is om te beoordelen of een inschrijver over een voldoende financiële en economische draagkracht beschikt, kan worden verwezen naar de bespreking van het eerste onderdeel.

Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

19. Het tweede middel is in zijn geheel niet ernstig.

VIII. Besluit

20. Er zijn geen ernstig bevonden middelen. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Rechtsplegingsvergoeding

21. Er is te dezen 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 een

rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

Zoals bepaald in artikel 30/1, § 2, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan aan de tussenkomende partij, die een dergelijke vergoeding vraagt, geen rechtsplegingsvergoeding worden toegekend.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Xerox tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 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