

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.657 van 22 oktober 2015
in de zaak A. 217.152/XII-7941**

In zake: de VZW AIB-VINÇOTTE BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels-Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BRUSSELSE MAATSCHAPPIJ VOOR WATERBEHEER
(BMWV), naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Dubois en Audrey Baeyens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Flageyplein 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 oktober 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van
“1. de beslissing van (de algemeen directeur van) de Brusselse Maatschappij voor Waterbeheer (BMWV) van 18 september 2015 om de offerte van [de vzw AIB-Vinçotte Belgium] voor geen van de 4 percelen te selecteren voor de overheidsopdracht betreffende de ‘Wettelijk opgelegde keuringen van elektrische installaties, hijstoestellen en andere uitrustingen die wettelijk aan keuringen onderworpen zijn’
2. de beslissing van (de algemeen directeur van) de Brusselse Maatschappij voor Waterbeheer (BMWV) van 18 september 2015 om de overheidsopdracht betreffende de ‘Wettelijk opgelegde keuringen van elektrische installaties,

- hijstoestellen en andere uitrustingen die wettelijk aan keuringen onderworpen zijn', te gunnen aan de vzw Bureau voor Technische Inspecties (= belanghebbende partij) voor wat betreft perceel 1
3. de impliciete beslissing om perceel 1 niet te gunnen aan [de vzw AIB-Vinçotte Belgium], niettegenstaande zij de laagste prijs heeft geboden (enig gunningscriterium)''.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

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

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Audrey Baeyens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest andersluidend 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 Brusselse Maatschappij voor Waterbeheer (BMWV) maakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 juni 2015 een overheidsopdracht van diensten bekend, te gunnen volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, voor de wettelijk opgelegde keuringen van elektrische installaties, hijstoestellen en andere uitrustingen die wettelijk aan keuringen onderworpen zijn.

De opdracht bestaat uit vier percelen.

Op 12 juni 2015 en op 29 juni 2015 wordt een rechtzettingsbericht gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen. Met het laatste bericht wordt de uiterste datum voor de indiening van de offertes verplaatst naar 17 juli 2015 om 11.00 uur.

3.2. Vijf inschrijvers, waarbij de verzoekende partij en de vzw Bureau voor Technische Inspecties, dienen een offerte in.

3.3. De offerte van de verzoekende partij wordt als eerste gerangschikt voor perceel 1, doch wordt om de volgende reden met de eerste bestreden beslissing uitgesloten:

“Aangezien [...] de BMWB na verificatie bij DIGIFLOW vaststelt, dat A.I.B. Vinçotte Belgium zich bevindt in het vierde uitsluitingsgeval zoals bedoeld door artikel 12a van het bestek; hetzij met andere woorden, dat A.I.B. Vinçotte Belgium niet voldoet aan haar fiscale verplichtingen zoals bedoeld in artikel 63 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011; dat inderdaad de DIGIFLOW website preciseert dat de kandidaat of de inschrijver aan de FOD Financiën betaling verschuldigd is van belasting(en), opeisbare administratieve boete(s), nalatigheidsintrest(en), vervolgingskosten inzake directe belasting(en) en/of taks(en), intrest(en), belastingboetes of bijkomende kosten betreffende de btw waarvan de globale som hoger is dan 3.000 euro”.

Op 18 september 2015 wordt de opdracht, wat het eerste perceel betreft, gegund aan de vzw Bureau voor Technische Inspecties, en dit voor een duur van 36 kalendermaanden.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

De impliciete beslissing om dit perceel niet te gunnen aan de verzoekende partij, “niettegenstaande zij de laagste prijs heeft geboden”, is de derde bestreden beslissing.

3.4. Bij aangetekende brief van 18 september 2015 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar “offertes [*sic*] voor de vier percelen in het kader van de bovenstaande overheidsopdracht niet geselecteerd [*sic*] werd” en wordt een kopie van de beslissing van 18 september 2015 toegevoegd.

Deze zogenoemde niet-selectie lijkt de eerste bestreden beslissing.

IV. Voorwerp van het beroep

4. Ter terechtzitting specificeert de verzoekende partij dat het voorwerp van de vordering slechts het eerste perceel betreft.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. In een exceptie onzegt de verwerende partij de verzoekende partij belang bij haar vordering, omdat “de opdracht in uitvoering is”.

5.2. Deze exceptie wordt niet aanvaard, alleen reeds omdat de verwerende partij niet aangeeft in welke fase van uitvoering de opdracht zich bevindt zodat het nog niet blijkt dat de verzoekende partij na de gevraagde schorsing en eventuele daaropvolgende nietigverklaring geen enkele kans meer maakt om nog een deel van de opdracht gegund te krijgen en uit te voeren. De opdracht loopt immers over 36 kalendermaanden.

6.1. In een tweede exceptie betwist de verwerende partij opnieuw het belang van de verzoekende partij bij de vordering, omdat zij op geen enkele wijze uiteenzet “dat zij uiteindelijk de opdracht had moeten toegewezen krijgen”.

6.2. Ook deze exceptie wordt niet bijgevalen. In het algemeen hoeft een verzoekende partij immers niet te bewijzen dat zij het recht heeft om zich in elk geval de opdracht te zien gunnen, om belang te hebben bij de schorsing, zelfs van een impliciete weigering om haar de opdracht te gunnen.

Voorts faalt de exceptie in de feiten: de verzoekende partij heeft juist wel degelijk gemotiveerd uiteengezet, op bladzijde drie van haar verzoekschrift, nodig of niet, dat “(impliciet) het eerste perceel niet [werd] toegewezen aan verzoekster, alhoewel zij de laagste prijs had geboden, dit het enige gunningscriterium was en uit de gunningsbeslissing blijkt dat niet tot onderhandelingen werd overgegaan”, om vervolgens op bladzijde 4 te besluiten dit perceel “zodoende aan haar had moeten toegewezen worden”.

VI. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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 beslissingen 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke

‡CCKPLFEDA-BCCEFEV‡

onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert in het enige middel de schending aan van de artikelen 61, § 1, 61, § 2, 6° en 63, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011 (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van artikel 492 van het wetboek inkomstenbelastingen, van het “gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel” afgeleid uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van artikel 12 van het bestek, van het vertrouwensbeginsel en van het redelijkheidsbeginsel. Zij vraagt tevens de “toepassing van artikel 159 Grondwet”.

De verzoekende partij zet onder meer uiteen dat zij het onbegrijpelijk acht dat er “op 24 juli 2015 uit Digiflow een negatief fiscaal attest is gerold” en dat de “verwerende partij zonder verder onderzoek de offerte van verzoekster heeft geweerd”. Jarenlang verkreeg zij immers van de fiscus niettegenstaande een lopend fiscaal geschil gunstige fiscale attesten, om te kunnen aanwenden bij overheidsopdrachten, zodat zij niet kon vermoeden dat ditmaal een negatief fiscaal attest zou worden afgegeven. Volgens haar “zit/zat er [blijkbaar] een bug in Digiflow zodanig dat geen rekening wordt gehouden met de lopende fiscale bezwaren en procedures of werd door laattijdige input te laat rekening gehouden met het meest recente bezwaarschrift van 24 juni 2015”.

De verzoekende partij betoogt ook dat de verwerende partij een dergelijke “drastische beslissing als een uitsluiting” heeft genomen zonder “passend onderzoek” en bijgevolg haar onderzoeksplicht “grof [heeft] miskend”. De verwerende partij heeft zich niet bevraagd bij de fiscus over het hoe en waarom van het negatief fiscaal attest en heeft de verzoekende partij niet de kans geboden om zich daaromtrent te verantwoorden. Uit het arrest nr. 231.931 van 13 juli 2015 van de Raad van State volgt nochtans dat “van een opdrachtgevende overheid mag

‡CCKPLFEDA-BCCEFEV‡

verwacht worden dat zij zich niet blind verlaat op het door Digiflow aangeleverde attest”.

In deze zaak drong volgens haar een waarachtig onderzoek zich nochtans op, des te meer omdat (a) het automatisch en eenzijdig beroep op Digiflow van recente datum is en het systeem dus nog met kinderziekten kan kampen, – en blijkbaar kampt; (b) AIB Vinçotte toch wel een zeer gerenommeerde naam is in de sector zodat een vermeend insolvaliteitsrisico zeker niet vanzelfsprekend is; (c) het Digiflow-attest te laat werd opgevraagd.

Verweer

9. In haar nota werpt de verwerende partij tegen dat in het aangegeven arrest de feiten niet vergelijkbaar zijn met de feiten uit onderhavige zaak; “Immers, in het door verzoekende partij ingeroepen arrest, werd een regeling getroffen met de fiscus en werden de achterstallen betaald, hetgeen aanleiding gaf (minstens kon geven) tot een gunstig attest. *In casu* zijn de uitzonderingsgronden van artikel 63 KB van 15 juli 2011 niet van toepassing, hetgeen verwerende partij noopte de offerte van verzoekende partij uit te sluiten voor perceel 1. Voorts heeft verwerende partij onderzoek gedaan naar de mogelijke toepassingsgronden uit artikel 63 KB van 15 juli 2011, maar is hierbij tot de vaststelling gekomen dat er geen uitzonderlijke redenen waren om niet tot uitsluiting over te gaan”.

Beoordeling

10. Artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“Overeenkomstig artikel 20 van de wet kan in elk stadium van de gunningsprocedure worden uitgesloten van de toegang ertoe, de kandidaat of inschrijver die :

[...]

6° 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, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“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, aantoonst 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”.

11. Te dezen bepaalt het bestek uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid zelf bij “de inschrijver wiens offerte op de eerste plaats gerangschikt staat” de echtheid van de impliciete verklaring op erewoord zal nagaan wat onder meer de naleving van zijn fiscale verplichtingen betreft zoals bedoeld in artikel 63 van het koninklijk besluit Plaatsing. De kandidaten dienden aldus geen attest daaromtrent bij hun aanvraag tot deelneming te voegen, wat de verzoekende partij ook niet blijkt te hebben gedaan.

12. Te dezen blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat de verwerende partij vanwege de FOD Financiën op 24 juli 2015 een negatief fiscaal attest heeft verkregen met betrekking tot de verzoekende partij, en zich daarop heeft gesteund bij haar besluitvorming .

De verzoekende partij legt echter bij haar verzoekschrift positieve fiscale attesten voor van 7 juli 2015 en 23 september 2015. In haar stuk 7 brengt zij twee beslissingen aan waarbij voorafgaand aan de huidige opdracht in de maanden maart en juni 2015 aan haar een opdracht werd gegund “sedert de Digiflow-toets”.

De verzoekende partij bracht aldus reeds in haar verzoekschrift gerede twijfel bij over de juistheid van het attest waarover de verwerende partij beschikte en waarop deze zich steunde, overigens een datum betreffend na het verlopen van de in de regelgeving bepaalde termijn van 48 uur. Daarbij komt dat ter terechtzitting de verzoekende partij bijkomend een attest van diezelfde datum als het Digiflow-attest voorlegt waarbij de adviseur-generaal-gewestelijk directeur van het inningscentrum bevestigt dat de betrokken inschrijver “op datum van vrijdag 24 juli 2015”, zijnde dezelfde datum waarop het Digiflow-attest slaat, “geen enkele opeisbare belasting, administratieve boete, nalatigheidsinterest, noch vervolgingskosten in zake directe belastingen en geen enkele opeisbare belasting, interest, administratieve geldboete of toebehoren inzake btw verschuldigd is”, waarvan de totale som meer dan 3.000 euro bedraagt.

13. Aldus lijkt het motief voor de afwijzing van de verzoekende partij als inschrijver ondeugdelijk, want gesteund op een *prima facie* onjuist attest dat door het nieuwe dat later is verstrekt wordt tegengesproken, en lijkt dat eerste attest heden eigenlijk als ingetrokken te moeten worden beschouwd. Bijgevolg is op het eerste gezicht de toepassing van artikel 61, §2, van het koninklijk besluit Plaatsing, en de handhaving van de rechtsgevolgen daarvan, niet rechtmatig en is het middel in die mate ernstig.

Het gebruik van het Digiflow-attest heeft geleid tot de eerste en de tweede bestreden beslissing. Hun tenuitvoerlegging dient bijgevolg te worden geschorst.

Wat de derde bestreden beslissing betreft, de impliciete weigering om perceel 1 aan de verzoekende partij te gunnen, zet de verwerende partij niet uiteen en wordt niet spontaan ingezien waarom het perceel 1 niet aan de verzoekende partij had dienen te worden gegund, in de bijzondere omstandigheid

‡CCKPLFEDA-BCCEFEV‡

dat het meervermelde Digiflow-attest nu ondeugdelijk lijkt of van geen waarde meer en lijkt het dat met haar offerte voor perceel 1 de verzoekende partij de laagste prijs bood en zij op grond daarvan recht op die gunning heeft gehad en nog heeft op het deel van de opdracht dat nog niet is uitgevoerd. Ook die impliciete beslissing wordt bijgevolg in haar tenuitvoerlegging geschorst.

VIII. Besluit

14. Het enige middel is in de besproken mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

IX. Kosten

15. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijk procesverloop, de kosten, rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissingen van de Brusselse Maatschappij voor Waterbeheer (BMWB) van 18 september 2015 inzake perceel 1 van de overheidsopdracht betreffende de ‘Wettelijk opgelegde keuringen van elektrische installaties, hijstoestellen en andere uitrustingen die wettelijk aan keuringen onderworpen zijn’

- om de vzw AIB-Vinçotte Belgium uit te sluiten,
- om dit perceel te gunnen aan vzw Bureau voor Technische Inspecties en
- impliciet te weigeren het perceel te gunnen aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 oktober 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest