

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.893 van 12 november 2015
in de zaak A. 217.267/XII-7949**

In zake: de BVBA BELGAZE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR
WATERVOORZIENING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Filip Lahaye en
Jochen Vranckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 oktober 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- De beslissing d.d. 25 september 2015 uitgaande van de Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening, [...] waarbij [de bvba Belgaze] voor de overheidsopdracht getiteld ‘Raamovereenkomst 2015 voor grote uitbreidingen en aanpassingswerken in de provincie Oost-Vlaanderen’ niet wordt geselecteerd.
- De beslissing d.d. 25 september 2015 uitgaande van de Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening waarbij de overheidsopdracht getiteld ‘Raamovereenkomst 2015 voor grote uitbreidingen en aanpassingswerken in de provincie

Oost-Vlaanderen’, wordt gegund aan THV Canalco nv - Baert en zn. CVA - THV Verbraeken nv - Etwal nv;

- De impliciete beslissing d.d. 25 september 2015 uitgaande van de Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening waarbij de overheidsopdracht getiteld ‘Raamovereenkomst 2015 voor grote uitbreidingen en aanpassingswerken in de provincie Oost-Vlaanderen’, niet wordt gegund aan Belgaze bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 oktober 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gitte Laenen en Sarah Van Haegendoren, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Lahaye, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

- 3.1. In mei 2014 doet de cvba Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening een oproep tot kandidatuurstelling voor opname in het kwalificatiesysteem als hoofd- of onderaannemer voor deelname aan de beperkte aanbestedingen voor het uitvoeren van distributieleidingswerken.

De oproep wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 mei 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 mei 2014.

Op 3 juli 2014 wordt het kwalificatiestelsel voor distributieleidingswerken goedgekeurd door de verwerende partij. De geldigheid van de lijsten loopt tot 30 juni 2017.

De verzoekende partij wordt, na een verzoek hiertoe in juni 2015, eveneens opgenomen in het kwalificatiestelsel voor het uitvoeren van distributieleidingswerken.

3.2. De verwerende partij schrijft vervolgens een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als voorwerp het sluiten van een raamovereenkomst voor het aanleggen van grote uitbreidingen en aanpassingswerken in de provinciale directie Oost-Vlaanderen.

De opdracht heeft betrekking op de speciale sectoren en wordt gegund bij wijze van een beperkte aanbesteding.

3.3. Op 15 juli 2015 worden de kandidaten, opgenomen in het kwalificatiesysteem 'distributieleidingswerken', uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.4. Het bijzonder bestek met nr. 110009/1 bepaalt dat er een raamovereenkomst zal worden afgesloten met één deelnemer en dat de voorwaarden van de opdrachten gesteund op de raamovereenkomst volledig in dit bestek worden vastgelegd, met uitzondering van de af te nemen hoeveelheden.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 26 augustus 2015 om 10u15. Er blijken 8 offertes te zijn ingediend, onder meer door de verzoekende partij.

3.6. Op 28 augustus 2015, om 10u10, levert de FOD Financiën aan de verwerende partij een negatief fiscaal attest af met betrekking tot de bvba Belgaze. Geattesteerd wordt dat de kandidaat of inschrijver de FOD Financiën “opeisbare belasting(en), administratieve boete(n), nalatigheidsintrest(en), administratieve geldboete(s) of toebehoren inzake btw” verschuldigd is waarvan de totale som meer dan 3.000 euro bedraagt.

De verzoekende partij vraagt zelf op 28 augustus 2015 ook een attest op bij de FOD Financiën. Het betreft een attest “raadpleging inzake inhoudingsplicht” met toepassing van artikel 403, § 5, eerste lid van het wetboek inkomstenbelastingen 1992, waaruit blijkt dat er tot 24 september 2015 geen verplichting tot inhouding geldt lastens de bvba Belgaze.

Bij aangetekende brief van 4 september 2015 deelt de verwerende partij aan de bvba Belgaze mee dat zij naar aanleiding van het onderzoek met betrekking tot het toegangsrecht vanwege de FOD Financiën een fiscaal attest heeft verkregen waaruit blijkt dat er opeisbare fiscale schulden verschuldigd zijn waarvan de totale som meer dan 3000 euro bedraagt. Zij verzoekt de bvba Belgaze om uiterlijk op 15 september 2015 de bewijzen te bezorgen waaruit blijkt dat zij voldoet aan de uitzonderingsvoorwaarden vermeld in artikel 68, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’.

Bij aangetekende brief van 11 september 2015 deelt de verzoekende partij in antwoord op voormeld schrijven aan de verwerende partij een gunstig fiscaal attest mee van 11 september 2015 waaruit volgens haar blijkt dat er geen enkel bedrag meer verschuldigd is. Daarbij voegt zij ook nog een RSZ-atteest mee waaruit volgens haar blijkt dat er geen openstaande schuld is.

3.7. In het gunningverslag van 15 september 2015 wordt vervolgens vastgesteld dat de verzoekende partij niet in aanmerking komt voor selectie op grond van de volgende motivering:

“Bij het onderzoek van de uitsluitingsgronden is gebleken dat Belgaze bvba een opeisbare fiscale schuld heeft waarvan de totale som meer dan 3.000 euro bedraagt (cfr. attest opgevraagd via digi-flow).

Per schrijven dd. 04.09.2015 werd aan Belgaze bvba gevraagd om het bewijs te leveren dat zij voldoet aan de uitzonderingsvoorwaarden vermeld in artikel 68 §2, 3de lid van KB Plaatsing. Met andere woorden of zij 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.

Op 11.09.2015 bezorgt Belgaze bvba documenten waaruit zou blijken dat er geen opeisbare fiscale schulden meer zijn.

Er dient echter enkel rekening gehouden te worden met het fiscaal attest dat binnen de 48 uur werd opgevraagd via digi-flow. Enkel dit attest kan de fiscale toestand op het uiterste tijdstip voor het indienen van de offertes weergeven. De wetgever heeft de controletermijn van 48 uur voorgeschreven om te vermijden dat een inschrijver zich in de loop van de gunningsprocedure in regel zou stellen louter met het oog op het verwerven van de opdracht.

Aangezien Belgaze bvba niet bewijst dat zij voldoet aan de uitzonderingsvoorwaarden vermeld in artikel 68 § 2, 3de lid van KB Plaatsing dient Belgaze bvba de toegang ontzegd te worden van deze opdracht.”

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de THV Canalco nv - Baert en zn. CVA - THV Verbraeken nv - Etwal nv.

3.8. Op 25 september 2015 beslist de verwerende partij om overeenkomstig het gunningsverslag de bvba Belgaze niet te selecteren en de opdracht te gunnen aan de THV Canalco nv - Baert en zn. CVA - THV Verbraeken nv - Etwal nv.

Bij brief van 29 september 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet werd geselecteerd. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag.

Vervolgens vragen de raadslieden van de verzoekende partij bij aangetekende brief en e-mail van 5 oktober 2015 aan de verwerende partij een kopie op van het negatieve attest van de FOD Financiën van 28 augustus 2015 en verzoeken zij de verwerende partij om over te gaan tot intrekking van de

gunningsbeslissing aangezien de bvba Belgaze van mening is dat er “tijdens de periode 26.08.2015-28.08.2015” geen openstaande schuld bestond in de zin van artikel 68 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 in haren hoofde.

De verwerende partij deelt diezelfde dag het gevraagde attest mee en merkt op dat zij bij haar standpunt blijft zoals verwoord in de gemotiveerde beslissing van 25 september 2015.

De raadslieden van de verzoekende partij doen vervolgens op 6 oktober 2015 zelf navraag bij de FOD Financiën. In een e-mailbericht van diezelfde dag wordt namens de adviseur Invordering - Ontvanger te Sint-Niklaas het volgende geantwoord: “Op 11/08/2015 is er een schuld BV uitvoerbaar verklaard met artikelnr. 552801267 ten bedrage van 3907,88 €. Uw cliënt heeft deze schuld betaald op 28/08/2015. [...]”

Ten slotte ontvangt de verzoekende partij nog een kopie van de eigenlijke gunningsbeslissing van 25 september 2015, nadat haar raadslieden hierom met een e-mailbericht van 7 oktober 2015 hadden verzocht.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden 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 onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kan verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 63, § 1, en 68 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, van artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van artikel 4 samen genomen met artikel 5, 8°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, evenals van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële- en de formelemotiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en, subsidiair, het evenredigheidsbeginsel.

Het middel wordt door de verzoekende partij zelf samengevat als volgt:

“Doordat verzoekende partij op 29 september 2015 een aangetekend schrijven ontvangt vanwege verwerende partij met de melding dat zij niet wordt geselecteerd voor de opdracht ‘Raamovereenkomst 2015 voor grote uitbreidingen en aanpassingswerken in de provincie Oost-Vlaanderen’;

En doordat. uit het gunningsverslag blijkt dat de niet-selectie van verzoekster gesteund is op grond van artikel 68 van het KB Plaatsing speciale sectoren, meer bepaald op grond van het vermeende niet naleven, in hoofde van verzoekende partij, van de fiscale verplichtingen ten opzichte van de FOD Financiën;

Terwijl, verzoekende partij met haar aangetekend schrijven d.d. 11 september 2015 en het attest dat zij verkregen heeft d.d. 28 augustus 2015 afdoende had aangetoond dat er geen achterstand was op haar fiscale verplichtingen;

En terwijl, verwerende partij zelf meerdere openstaande schulden had ten laste van verzoekende partij, voor een totaal bedrag van maar liefst 85.369,50 euro, en verweerster aldus van deze schulden op de hoogte moest zijn;

Zodat, verwerende partij zich niet als een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid heeft gedragen, rekening houdend met het zorgvuldigheidsbeginsel, daar zij reeds op voorhand wist dat verzoekende partij een schuldvordering bezat 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.

Zodat, de eerste bestreden beslissing op een verkeerde feitelijke grondslag is gebaseerd en de offerte van verzoekende partij bijgevolg verkeerdelijk [werd afgewezen].”

De verzoekende partij voert aan dat haar niet-selectie op foutieve gronden berust. Zij verwijt de verwerende partij het attest slechts te hebben opgevraagd ongeveer 10 minuten voor het verstrijken van de deadline, vervolgens een week te hebben gewacht alvorens haar hierover te contacteren en in het schrijven nagelaten te hebben artikel 68 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 op te nemen. Zij voert aan dat zij aldus niet meer in de mogelijkheid was om een gelijkaardig attest van dezelfde periode af te leveren.

Aangezien de verwerende partij vervolgens nagelaten heeft te reageren op het door de verzoekende partij overgemaakte gunstig fiscaal attest van 11 september 2015, was de verzoekende partij in de mening dat zij hiermee afdoende had bewezen dat er geen opeisbare schulden waren.

Voorts erkent zij dat er inderdaad sprake is geweest van een schuld inzake bedrijfsvoorheffing van 3.907,88 euro, doch wijst zij erop dat deze schuld door haar reeds werd betaald op 27 augustus 2015 zoals volgens haar ook wordt bevestigd door de bevoegde dienst zelf. Zij meent dan ook dat zij op 28 augustus 2015 integraal voldeed aan de vereisten van artikel 68, § 2, tweede lid, van voormeld koninklijk besluit.

Zij verwijt de verwerende partij ook nagelaten te hebben enig nader onderzoek te hebben gedaan naar de stelling van de verzoekende partij na ontvangst van haar schrijven van 11 september 2015 met het bijgevoegde gunstig fiscaal attest. Nader onderzoek zou volgens haar hebben uitgewezen dat er op 28 augustus 2015 geen schulden meer waren in hoofde van de verzoekende partij. Dit klemmt volgens de verzoekende partij des te meer aangezien de verzoekende partij een openstaande schuldvordering had op de verwerende partij van maar liefst 44.368,01 euro, die de verwerende partij op 27 augustus 2015 heeft betaald. De verwerende partij had volgens haar dus moeten weten dat de verzoekende partij een zekere, opeisbare en vrij van elke verbintenis tegenover derden schuldvordering had ten aanzien van een overheidsbedrijf. Zij wijst daarnaast nog op het bestaan van twee andere openstaande schuldvorderingen op de verwerende partij die in de maand september zijn betaald.

Het is volgens haar meer dan duidelijk dat zij nooit de bedoeling heeft gehad zich *a posteriori* in orde te stellen met haar fiscale schulden om de opdracht gegund te krijgen. Zij wijst erop dat zij pas op 4 september kennis heeft gekregen van het negatief fiscaal attest, terwijl zij haar fiscale schuld reeds op 27 augustus 2015 had betaald. Zij benadrukt dat zij als zorgvuldig inschrijver op 28 augustus zelf een fiscaal attest heeft opgevraagd waaruit blijkt dat er geen achterstallige schulden waren.

Doordat de verwerende partij slechts op het laatste moment de fiscale attesten heeft opgevraagd, daarna heeft nagelaten om de verzoekende partij onverwijld op de hoogte te stellen van het verkregen negatieve fiscale attest en tevens geen enkele inspanning heeft geleverd om enig nader onderzoek te voeren na het antwoord van verzoekende partij van 11 september 2015, niettegenstaande de drie openstaande schulden die zij had ten aanzien van de verzoekende partij, moet volgens de verzoekende partij worden besloten dat de verwerende partij bij gebrek aan correcte feitenvinding niet heeft gehandeld als een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid en haar beslissing niet afdoende noch correct heeft gemotiveerd.

Subsidiair werpt de verzoekende partij nog op dat de verwerende partij het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel heeft miskend doordat zij heeft nagelaten om rekening te houden met haar eigen openstaande schulden aan de verzoekende partij, deels betaald op 27 augustus 2015, die de schuld van de verzoekende partij aan de FOD Financiën ten belope van 3.907,88 euro ruimschoots dekten. Bovendien is de sanctie, namelijk de niet-selectie van de verzoekende partij, kennelijk onredelijk rekening houdend met het nog openstaande miniem bedrag inzake bedrijfsvoorheffing van 3.907,88 euro, welke schuld bovendien volgens de verzoekende partij tijdig werd betaald. Dit geldt volgens haar des te meer nu het slechts een facultatieve uitsluitingsgrond betreft.

Beoordeling

6. In de mate dat de verzoekende partij haar middel ontleent aan een schending van de formelemotiveringsplicht, lijkt zij daarbij belang te ontberen. Gelet op haar uitgebreide kritiek in het enige middel, geeft zij ervan blijk dat zij de motieven kende zodat het normdoel van de formelemotiveringsplicht lijkt te zijn bereikt.

7. Artikel 63, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren), bepaalt:

“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 66 tot 71;”

Artikel 66, § 2, 6°, van voormeld koninklijk besluit bepaalt voorts dat overeenkomstig artikel 20 van de wet in elk stadium van de gunningsprocedure kan worden uitgesloten van de toegang ertoe, de kandidaat of inschrijver die “niet in orde is met de betaling van zijn belastingen volgens de Belgische wetgeving of die van het land waar hij gevestigd is, overeenkomstig de bepalingen van artikel 68”.

Het bewijs dat de kandidaat of inschrijver zich niet in voormeld geval bevindt, kan luidens artikel 66, § 3, geleverd worden door een attest uitgereikt door de bevoegde overheid van het betrokken land.

Artikel 68 van voormeld koninklijk besluit, zoals vervangen bij artikel 58 van het koninklijk besluit van 7 februari 2014, bepaalt:

“§ 1. Onder voorbehoud van de toepassing van artikel 65, § 1, voegt de kandidaat of de inschrijver bij zijn aanvraag tot deelneming of zijn offerte, al naargelang, een attest waaruit blijkt dat hij heeft voldaan aan zijn fiscale verplichtingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is.

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

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

Evenwel, zelfs wanneer de in deze paragraaf bedoelde schuld groter is dan 3.000 euro, zal de kandidaat of inschrijver in orde bevonden worden indien hij, alvorens de beslissing over de selectie van de kandidaten of de gunning van de opdracht wordt genomen, al naargelang, 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 65, § 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 aanvraag tot deelneming of de offerte, al naargelang.

§ 3. De aanbestedende overheid kan overgaan tot de verificatie van de naleving van de betaling van andere dan de in paragraaf 2 bedoelde fiscale schulden. In dat geval duidt zij in de opdrachtdocumenten precies aan welke andere fiscale schulden zij wenst te onderzoeken alsook aan de hand van welke documenten.”

8. Overeenkomstig voormeld artikel 68, § 2, vierde lid, dient de aanbestedende overheid voor alle kandidaten of inschrijvers, al naargelang, de toestand te verifiëren binnen achtenveertig uur na de openingszitting, zo die plaatsvindt, dan wel binnen achtenveertig uur na het uiterste tijdstip voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of de offertes, al naargelang.

In het verslag aan de Koning bij deze bepaling wordt erop gewezen dat voormelde bepaling noodzakelijk was gelet op “het principe dat de aanbestedende overheid bij het onderzoek van de uitsluitingsgronden steeds dient na te gaan wat de persoonlijke toestand was op het uiterste tijdstip voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes (openingszitting)– dit om te vermijden dat een kandidaat of een inschrijver zich a posteriori, in de loop van de gunningsprocedure, in regel zou stellen met zijn socialezekerheids- of fiscale verplichtingen louter met het oog op het verwerven van de opdracht”.

Toegelicht wordt dat het na de voormelde termijn van achtenveertig uur, gezien de dynamische benadering, immers onmogelijk wordt om via Telemarc een attest op te vragen dat de fiscale toestand weergeeft op het uiterste tijdstip voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of de offertes.

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

Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met de bepalingen van artikel 68, § 2, tweede en derde lid, van voormeld koninklijk besluit volgens welke bepalingen in orde wordt geacht met zijn fiscale verplichtingen, de kandidaat of inschrijver die geen schuld heeft van meer dan 3.000 euro of voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt, alsook de kandidaat of inschrijver die, zelfs al heeft hij een schuld groter dan 3.000 euro, alvorens de selectiebeslissing wordt genomen, kan aantonen dat hij ten aanzien van een overheid of overheidsbedrijf een schuldvordering of schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn en waarvan het bedrag, op 3.000 euro na, minstens gelijk is aan de achterstallige afbetaling van zijn fiscale schulden.

9. Te dezen blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat de verwerende partij vanwege de FOD Financiën op 28 augustus 2015, om 10u10, zijnde binnen de vereiste 48 u na de opening van de offertes, een negatief fiscaal attest van Digiflow heeft verkregen met betrekking tot de verzoekende partij. Tevens blijkt zij de verzoekende partij met een aangetekend schrijven van 4 september 2015 te hebben meegedeeld dat zij een negatief fiscaal attest had verkregen en haar verzocht te hebben om uiterlijk op 15 september 2015 de bewijzen te bezorgen waaruit blijkt dat zij voldoet aan de tweede voormelde uitzonderingsvoorwaarde.

De verzoekende partij blijkt in antwoord op voormeld schrijven op 11 september 2015 aan de verwerende partij een gunstig fiscaal attest te hebben meegedeeld van 11 september 2015 waaruit volgens haar blijkt dat er geen enkel bedrag meer verschuldigd is. Daarnaast voegt zij ook nog een RSZ-attest waaruit volgens haar blijkt dat er geen openstaande schuld is.

In het gunningsverslag van 15 september 2015 wordt dit gunstig attest van 11 september 2015 echter niet aanvaard omdat enkel rekening kan worden gehouden met het fiscaal attest dat binnen de 48 uur werd opgevraagd via Digiflow, aangezien enkel dat attest de fiscale toestand op het uiterste tijdstip voor het indienen van de offertes weergeeft. Tevens wordt er in het gunningsverslag op gewezen dat de verzoekende partij niet bewijst dat zij voldoet aan de

uitzonderingsvoorwaarde vermeld in artikel 68, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’.

10. Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij aldus te hebben gehandeld overeenkomstig de aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen zowel wat betreft de termijn van het opvragen van het attest als wat betreft de uitnodiging aan de verzoekende partij om aan te tonen dat zij voldeed aan de uitzonderingsvoorwaarden vermeld in artikel 68, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren. Bovendien lijkt zij rekening te hebben gehouden met voormelde doelstelling van de regelgever zoals deze blijkt uit het verslag aan de Koning.

Nu de reglementering uitdrukkelijk in een termijn van 48 uur voorziet, lijkt het de verwerende partij niet ten kwade te kunnen worden geduid dat zij pas op het einde van deze termijn voormeld attest heeft opgevraagd. Overigens rijst op het eerste gezicht de vraag welk belang de verzoekende partij heeft bij haar kritiek daarbij nu zij erkent dat er inderdaad sprake is geweest van een schuld van 3.907,88 euro wat betreft de bedrijfsvoorheffing voor de maand april 2015, waarvoor zij pas op 27 augustus 2015 opdracht tot betaling blijkt te hebben gegeven. Op het eerste gezicht valt dan ook niet in te zien waarom de aanbestedende overheid een positief attest zou hebben verkregen indien zij het attest eerder had opgevraagd.

Aangezien het attest werd gevraagd op het einde van de 48 uur termijn, valt op het eerste gezicht ook niet in te zien hoe de verzoekende partij alsnog een positief attest voor dezelfde periode had kunnen verkrijgen, ook al had de verwerende partij haar vroeger op de hoogte gebracht van het negatief fiscaal attest.

Voorts lijkt de verwerende partij in haar schrijven op het eerste gezicht duidelijk te hebben gewezen op de uitzonderingsvoorwaarden vermeld in artikel 68, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, zonder dat het op het eerste gezicht noodzakelijk lijkt dat zij deze bepalingen in haar schrijven zelf herneemt.

11. De verzoekende partij lijkt bovendien op het eerste gezicht, alvorens de bestreden beslissing werd genomen, geen stukken te hebben bezorgd aan de verwerende partij die van aard konden zijn geweest om bij de verwerende partij gereede twijfel te doen ontstaan over de juistheid van voormeld fiscaal attest van 28 augustus 2015 en die noopten tot nader onderzoek.

Zo blijkt de verzoekende partij het attest “raadpleging inzake inhoudingsplicht” van 28 augustus 2015 waar zij haar middel mee op steunt, niet aan de verwerende partij te hebben meegedeeld bij haar schrijven van 11 september 2015.

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

13. Voorts heeft de verzoekende partij in haar schrijven van 11 september 2015 geenszins de verwerende partij erop attent gemaakt, wat zij in de onderhavige procedure wel doet, dat er inderdaad sprake is geweest van een schuld inzake bedrijfsvoorheffing van 3.907,88 euro, doch dat deze schuld door haar reeds werd betaald op 27 augustus 2015 en dat zij dan ook “op 28 augustus 2015 integraal voldeed aan de vereisten van artikel 68, § 2, tweede lid, van voormeld koninklijk besluit”.

In de mate dat zij dit in de onderhavige procedure wel doet, valt op te merken dat de betaling in beginsel pas definitief op het ogenblik dat de rekening van de begunstigde wordt “gecrediteerd”. Uit de stukken voorgelegd door de verzoekende partij blijkt op het eerste gezicht dat zij op 27 augustus 2015 opdracht tot betaling heeft gegeven. Zoals blijkt uit de artikelen VII.39 en VII.44, § 1, van het wetboek van Economisch Recht kan dergelijke overschrijving echter meerdere dagen in beslag nemen. Het door de verzoekende partij voorgelegde e-mailbericht van de adviseur invordering - ontvanger van 6 oktober 2015 waarin wordt opgemerkt dat er op 11 augustus 2015 een schuld bedrijfsvoorheffing uitvoerbaar werd verklaard ten bedrage van 3907,88 euro en dat de verzoekende partij deze schuld heeft betaald op 28 augustus 2015, is dan ook niet van aard om gereede twijfel te doen ontstaan over de juistheid van het attest dat door de FOD Financiën op die dag werd afgeleverd om 10u10 in de ochtend, wat het uiterste tijdstip is binnen de termijn van 48u. Uit het verslag aan de Koning blijkt dat de inschrijvers moeten kunnen aantonen geen belastingschulden van meer dan 3000 euro te hebben “op het uiterste tijdstip voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes (openingszitting)”. Aldus lijkt zij niet aan te tonen dat zij op dat moment schuldenvrij was.

Evenmin blijkt de verzoekende partij, ondanks het feit dat zij hiertoe met de voormelde brief van 5 september 2015 uitdrukkelijk werd uitgenodigd, de verwerende partij te hebben gewezen op het bestaan van de drie schuldvorderingen waar zij thans in haar verzoekschrift naar verwijst. Op het eerste gezicht blijkt nergens uit voormeld koninklijk besluit dat een inschrijver van voormelde verplichting zou zijn ontheven ingeval de schuldvordering betrekking heeft op de aanbestedende overheid zelf. De verwerende partij lijkt in dit verband ook terecht op te merken dat zij, zelfs indien aangenomen zou worden dat zij uit eigen beweging het bestaan van dergelijke opeisbare schuldvorderingen diende na te gaan, zij nog steeds niet zelf zou hebben kunnen vaststellen dat voldaan was aan de voorwaarden van voormeld artikel 68, § 2, derde lid, aangezien het voor een aanbestedende overheid op grond van het fiscaal attest niet mogelijk lijkt de exacte omvang van de achterstallige schulden te achterhalen.

Aldus heeft de verzoekende partij niet “alvorens de beslissing over de selectie van de kandidaten of de gunning van de opdracht wordt genomen”, al naargelang, aangetoond, zoals artikel 68, § 2, derde lid, vereist, dat voldaan was aan de voorwaarden van deze bepaling.

14. Het louter overmaken van een nieuw positief fiscaal attest van een latere datum, te dezen 11 september 2015, zoals de verzoekende partij blijkt te hebben gedaan, volstaat op het eerste gezicht niet in het licht van de huidige toepasselijke wetgeving.

15. Uit al het voorgaande volgt op het eerste gezicht niet dat de bestreden beslissing gesteund zou zijn op foutieve gronden, noch dat de verwerende partij bij het onderzoek tekort zou zijn gekomen aan haar zorgvuldigheidsplicht.

16. Het feit dat artikel 66, § 2, 6°, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ een facultatieve uitsluitingsgrond betreft, lijkt niet tot een andere conclusie te nopen.

In het verslag aan de Koning wordt er immers uitdrukkelijk op gewezen dat hoewel de aanbestedende overheid in voormelde gevallen niet verplicht is de kandidaat of inschrijver van deelname aan de opdracht uit te sluiten, het beginsel van behoorlijk bestuur niettemin inhoudt dat een aanbestedende overheid zich niet met dergelijke kandidaten of inschrijvers inlaat. Alleen bij uitzondering, bijvoorbeeld wanneer een onderneming in moeilijkheden over een monopolie beschikt voor de levering van goederen bestemd voor de voltooiing van een installatie, zou de aanbestedende overheid een beslissing kunnen rechtvaardigen waarbij ze de betrokken onderneming toegang verleent tot de opdracht.

In de mate dat de verzoekende partij ten slotte doet gelden dat de sanctie, namelijk de niet-selectie van de verzoekende partij, kennelijk onredelijk zou zijn rekening houdend met het nog openstaand miniem bedrag inzake bedrijfsvoorheffing van 3.907,88 euro, dient te worden herhaald dat het voor de verwerende partij op het eerste gezicht op grond van het fiscaal attest niet mogelijk was de exacte omvang van de achterstallige schulden te achterhalen. De verzo-

kende partij blijkt zelf nagelaten te hebben om hierover enige informatie te verschaffen in haar schrijven van 11 september 2015.

Bovendien heeft de regelgever zelf dienaangaande 3000 euro als grensbedrag bepaald.

Er blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat de verwerende partij te dezen het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel zou hebben miskend.

17. Het enige middel is niet ernstig.

VI. Besluit

18. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VII. Kosten

19. 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’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 november 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Bovin