

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.570 van 28 april 2016
in de zaak A. 218.879/XII-8120**

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

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Financiën
die woonplaats kiest bij
de Centrale Rechtskundige Dienst van de FOD Financiën
North Galaxy – Toren B – 26^{ste} verdieping
Koning Albert II-laan 33 bus 15
1030 Brussel

Tussenkommende partij:

de NV EURO-TAP-CONTROL-VERKOOP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom Stappers
kantoor houdend te 2300 Turnhout
Karel Oomsstraat 66
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 maart 2016, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“• De beslissing van 16 maart 2016 uitgaande van verwerende partij om de
nv Euro Tap Control Verkoop te selecteren in het kader van de

opdracht ‘Levering en installatie van kassaregisters en kassasoftware voor gebruik op een PC met bijhorende licenties in verschillende bedrijfsrestaurants van de FOD Financiën, ten behoeve van de ADBA Fedorest’,

- De gemotiveerde gunningsbeslissing van 16 maart 2016 waarbij de opdracht ‘Levering en installatie van kassaregisters en kassasoftware voor gebruik op een PC met bijhorende licenties in verschillende bedrijfsrestaurants van de FOD Financiën, ten behoeve van de ADBA Fedorest’ aan de nv Euro Tap Control Verkoop werd gegund;
- De impliciete beslissing van 16 maart 2016 om de opdracht ‘Levering en installatie van kassaregisters en kassasoftware voor gebruik op een PC met bijhorende licenties in verschillende bedrijfsrestaurants van de FOD Financiën, ten behoeve van de ADBA Fedorest’ niet te gunnen aan verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 april 2016 heeft de nv Euro-Tap-Control-Verkoop gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 april 2016, om 11.15 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Yasmine D’hanis, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij, attaché Selim Dedeli, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Tom Stappers, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 Federale Overheidsdienst Financiën schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “levering en installatie van kassaregisters en kassasoftware voor gebruik op een PC met bijhorende licenties in verschillende bedrijfsrestaurants van de FOD Financiën, ten behoeve van de ADBA Fedorest”.

De opdracht wordt gegund met toepassing van een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De aankondiging van de opdracht wordt op 19 oktober 2015 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

Het bijzonder bestek met nr. Fedorest/MPO/011/2015 is van toepassing.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 9 november 2015. Twee kandidaten, namelijk de verzoekende partij en de nv Euro-Tap-Control-Verkoop, blijken een offerte te hebben ingediend.

3.3. Op 16 maart 2016 wordt een evaluatieverslag opgemaakt. Daarin wordt voorgesteld om beide kandidaten te selecteren en vervolgens om, na onderzoek van de formele en materiële regelmatigheid van de offertes en de toetsing aan de gunningscriteria, de in het geding zijnde opdracht te gunnen aan de nv Euro-Tap-Control-Verkoop.

Op dezelfde datum beslist de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën, met verwijzing naar het evaluatieverslag, om beide kandidaten te selecteren en vervolgens om de opdracht te gunnen aan de nv Euro-Tap-Control-Verkoop. Dit zijn de eerste en tweede bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Euro-Tap-Control-Verkoop blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 20 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006), artikel 58 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), artikel 61, § 2, 4° en 7°, van het koninklijk besluit Plaatsing, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, “artikelen 4 en 5 van artikel 29 §2” 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’, van de beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het formelemotiveringsbeginsel, evenals van het bijzonder bestek FEDOREST/MPO/011/2015”.

Hierop volgt een toelichting van twaalf bladzijden.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden, onder meer doordat de “gemotiveerde gunningsbeslissing nergens vermeldt op basis van welke motieven de [tussenkomen de partij is geselecteerd,] ondanks de duidelijke betrokkenheid van deze firma in verschillende fraudeonderzoeken” en hoewel deze inschrijver zich dus “duidelijk in minstens één facultatieve uitsluitingsgrond bevond”.

De verzoekende partij licht toe dat, niettegenstaande de regelgever aan de aanbestedende overheid een ruime beslissingsbevoegdheid heeft toebedeeld om de inschrijver die zich in één van de gevallen opgesomd in artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing bevindt, al dan niet uit te sluiten, deze echter géén vrijgeleide is voor de aanbestedende overheid. In beginsel moet de aanbestedende overheid volgens de verzoekende partij een kandidaat die zich in een van die gevallen bevindt, zoals onder meer wanneer – vierde uitsluitingsgrond – hij een ernstige fout bij zijn beroepsuitoefening heeft begaan, immers

uitsluiten. Wenst de aanbestedende overheid in uitzonderlijke gevallen alsnog de inschrijver toe te laten – ondanks het feit dat hij zich in een facultatieve uitsluitingsgrond bevindt – dient zij dit behoorlijk en afdoende te motiveren.

De verzoekende partij benadrukt hierbij dat voor een uitsluiting op grond van ernstige beroepsfout een veroordeling die in kracht van gewijsde is gegaan niet is vereist. Te dezen is de tussenkomende partij “verwikkeld in een publiek bekend gemaakt onderzoek naar fraude met betrekking tot software en btw-fraude”. Zowel in de geschreven pers als op televisie is er grote richtbaarheid gegeven aan het gerechtelijk onderzoek en aan de strafbare feiten die aan de begunstigde inschrijver ten laste worden gelegd. Desalniettemin blijkt uit de gemotiveerde gunningsbeslissing dat de gekozen inschrijver zonder enig nader onderzoek én zonder enige motivering dienaangaande werd toegelaten tot de overheidsopdracht in kwestie.

De aanbestedende overheid kon onmogelijk – gelet op de massale aandacht in de pers – niet op de hoogte zijn van de lopende onderzoeken tegen de tussenkomende partij en heeft derhalve tevens het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden door het toegangsrecht niet grondiger te onderzoeken.

De verzoekende partij wijst er voorts nog op dat de zevende uitsluitingsgrond, vermeld in artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, bovendien inhoudt dat ook de inschrijver die valse verklaringen of géén informatie heeft verstrekt in het kader van inlichtingen die kunnen worden geëist met toepassing van de regels inzake toegangsrecht, kan worden uitgesloten van de gunningsprocedure. *In casu* lijkt uit het dossier te kunnen worden afgeleid dat de gekozen inschrijver “aangaande de [tegen hem lopende] strafrechtelijke onderzoeken alleszins geen correcte /volledige informatie heeft verschaft”. De zwaarwichtigheid van de vervolgde feiten is nochtans van die aard dat het verzwijgen van deze lopende onderzoeken niet anders kan worden beoordeeld dan als een handelen te kwader trouw.

De verzoekende partij besluit dat:

- “- De gekozen inschrijver een ernstige beroepsfout blijkt te hebben begaan,
- De gekozen inschrijver een valse/foutieve (impliciete) verklaring op erewoord heeft afgelegd,
- De aanbestedende overheid niet voldoende gecontroleerd heeft of de gekozen inschrijver zich in één van de facultatieve uitsluitingsgronden bevond,
- De aanbestedende overheid derhalve onterecht de gekozen inschrijver toegelaten heeft tot de opdracht
- De aanbestedende overheid de ingeroepen beginselen en reglementering geschonden heeft.”

Beoordeling

7. Artikel 20, § 1, van de wet van 15 juni 2006 stelt dat de Koning de voorschriften inzake het toegangsrecht en die inzake de kwalitatieve selectie van de kandidaten en inschrijvers bepaalt.

Artikel 61, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

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

[...]

4° bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan;

[...]

7° zich in ernstige mate heeft schuldig gemaakt aan het afleggen van valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen, opeisbaar bij toepassing van dit hoofdstuk, of die deze inlichtingen niet heeft verstrekt.

§ 3. Het bewijs dat de kandidaat of inschrijver zich niet in één van de gevallen vermeld in de §§ 1 en 2 bevindt, kan geleverd worden door :

[...]

3° voor § 2, 4° en 7° : elk middel dat de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken.

[...].”

8. In het bijzonder bestek wordt vermeld:

“4.1.1. Toegangsrecht

Door het indienen van een offerte verklaart de inschrijver zich niet in een van onderstaande uitsluitingsgevallen te bevinden. De aanbestedende overheid zal de juistheid van deze impliciete verklaring op erewoord onderzoeken in hoofde van de inschrijver wiens offerte het beste gerangschikt is. [...]

[...]

Vijfde uitsluitingscriterium.

De inschrijver mag niet bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout hebben begaan, vastgesteld op grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken.

[...]

Zevende uitsluitingscriterium.

Wordt uitgesloten van deelname aan de overheidsopdracht, de inschrijver die zich in ernstige mate heeft schuldig gemaakt aan het afleggen van valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen, opeisbaar bij toepassing van dit hoofdstuk, of die deze inlichtingen niet heeft verstrekt.”

9. In het evaluatieverslag van 16 maart 2016 is inzake het toegangsrecht te lezen:

“2.1. Toegangsrecht

[...]

Uit het onderzoek van de offertes ingediend door de firma's Euro Tap Control Verkoop nv, Alfa-Zet Systems bvba blijkt dat al deze firma's in regel zijn met hun verplichtingen op het vlak van het toegangsrecht op het vlak van de betaling van de belastingen en taxen, volgens de Belgische wetgeving of die van het land waar hij gevestigd is.

[...]

3. Onderzoek naar de impliciete verklaring op erewoord

De aanbestedende overheid heeft de impliciete verklaring op erewoord onderzocht in hoofde van de firma Euro Tap Control Verkoop nv en verklaart dat die in orde is voor alle uitsluitingscriteria vermeld in punt C. Gunning 4.1.1. ‘Toegangsrecht’ van het bestek.”

In de bestreden gunningsbeslissing wordt hieromtrent het volgende overwogen:

“Gelet op het feit dat de inschrijvers werden getoetst aan de selectiecriteria vermeld in het bestek;

Gelet op het feit dat uit dit onderzoek gebleken is dat de volgende inschrijvers kunnen worden geselecteerd, aangezien zij volledig beantwoorden aan de selectiecriteria vermeld in het bestek;

[...]

Gelet op het feit dat uit het nazicht van de persoonlijke toestand van de firma Euro Tap Control Verkoop nv is gebleken dat de impliciete verklaring op eer van Euro Tap Control Verkoop nv correct is.”

10. De toepassing van de uitsluitingsgrond vermeld in artikel 61, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing houdt in principe in dat er slechts sprake kan zijn van de vaststelling van een ernstige fout in de beroepsuitoefening wanneer het gedrag van de betrokken marktdeelnemer *in concreto* en individueel wordt beoordeeld.

Hoewel de tussenkomende partij, zoals blijkt uit een brief van 14 november 2013 gericht aan haar klanten, erkent dat het “geen geheim” is dat zij “bezoek heeft gehad van de gerechtelijke instanties”, moet tevens worden vastgesteld dat zij uitdrukkelijk in het verzoekschrift tot tussenkomst betoogt dat het haar niet “ten kwade te duiden is dat klanten in het verleden op ongeoorloofde wijze hebben gebruik gemaakt van haar software” en dat het “ongeoorloofd handelen van haar klanten [haar] uiteraard niet aanrekenbaar [is], net zomin als de handelingen van een computerkraker toe te schrijven zijn aan de provider van de internetverbinding waarmee hij werkt” .

11. De handelingen die door de verzoekende partij worden verweten aan de tussenkomende partij, worden door haar dus uitdrukkelijk betwist. De tussenkomende partij maakt ook gewag van het feit dat “niemand kennis heeft genomen van enig strafdossier” hetgeen door de verzoekende partij niet wordt tegengesproken. Ook al is zulks geen noodzakelijke voorwaarde om de uitsluitingsgrond aan te nemen, het feit dat geen concrete gegevens over strafrechtelijke vervolging of veroordeling van de tussenkomende partij voorhanden zijn, draagt bij tot de conclusie dat de betrokken feiten niet vaststaan. Deze feiten kunnen de tussenkomende partij bijgevolg niet zonder meer worden toegerekend als zijnde niet verenigbaar met de impliciete verklaring op erewoord, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij lijkt te betogen.

De verwerende partij lijkt in dit verband nog terecht aan te geven dat zij louter op grond van persberichten niet zonder meer tot uitsluiting van de gekozen inschrijver mocht beslissen en geen andere stukken voorhanden zijn betreffende een vermeende fout van die inschrijver.

Wegens de twijfel die aldus blijkbaar bestond en nog steeds bestaat over het aandeel van de tussenkomende partij in het frauduleuze handelen waar de verzoekende partij naar verwijst, lijkt in elk geval niet vast te staan dat de tussenkomende partij zich bevindt in de facultatieve uitsluitingsgrond van de ernstige fout bij de beroepsuitoefening, vermeld in voornoemd artikel 61, § 2, 4°. In die omstandigheid lijkt ook de facultatieve uitsluitingsgrond vermeld in artikel 61, § 2, 7°, van het koninklijk besluit Plaatsing, inzake valse verklaringen of niet verstrekte inlichtingen, niet dienstig te kunnen worden ingeroepen, nu deze *in casu* dezelfde fout zouden moeten betreffen.

12. Geen van de beide betrokken uitsluitingsgronden lijkt aldus vast te staan. Het middel, in zoverre het is gesteund op de premissen van de ernstige fout bij de beroepsuitoefening (artikel 61, § 2, 4°) en/of het opstellen van een valse/foutieve (impliciete) verklaring op erewoord (artikel 61, § 2, 7°), terwijl deze uitsluitingsgronden te dezen niet toepasselijk lijken, kan dan ook in zoverre niet worden bijgevalen.

Het lijkt voorts niet dat in die omstandigheid, namelijk waarbij de materialiteit van de uitsluitingsgronden al niet lijkt aangetoond, het de verwerende partij kan worden aangewreven dat deze “niet voldoende gecontroleerd heeft”, zoals de verzoekende partij betoogt, of de gekozen inschrijver zich in één van de voormelde facultatieve uitsluitingsgronden bevond of dat zij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft gemotiveerd wat die gronden betreft. De schending van de daaromtrent in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen lijkt bijgevolg niet aangetoond.

13. Het enige middel is bijgevolg niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Kosten

15. De tussenkommende partij vraagt om haar kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkommende partij, die door artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Euro-Tap-Control-Verkoop tot tussenkomst 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.

De tussenkommende 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 28 april 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest