

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.866 van 14 november 2017
in de zaak A. 223.585/XII-8453**

In zake: de NV TRIUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Schijns en Steven Menten
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE LIMBURG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de NV DELL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans en Caroline De Mulder
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86C, bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 oktober 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Provincie Limburg d.d. 05.10.2017, waarbij de overheidsopdracht: ‘Raamovereenkomst aankoop computers en onderdelen voor provinciale instellingen’, wordt gegund aan nv Dell”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 november 2017 heeft de nv Dell gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 november 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Chris Schijns, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Tessa Jordens, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Caroline De Mulder, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “Raamovereenkomst aankoop computers en onderdelen voor Provinciale Instellingen”. Het betreft een open offerteaanvraag.

De opdracht is opgesplitst in 3 percelen:

- Perceel 1: laptop computers
- Perceel 2: desktop computers
- Perceel 3: beeldschermen

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 mei 2017 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 24 mei 2017. Op 17 juni 2017 wordt een rectificatie gepubliceerd.

3.3. Wat het toegangsrecht van de inschrijvers tot de opdracht betreft, wordt in het toepasselijke bestek met referentienummer 2017N020937 onder meer het volgende bepaald:

“Juridische situatie van de inschrijver (toegangsrecht)

Volgende bewijzen worden door de aanbestedende overheid zelf opgezocht via de officiële kruispuntbank (Digiflow) en moeten niet bijgevoegd worden:

A. Een attest van niet-faillissement [...]

B. Een attest, afgeleverd door de Federale Overheidsdienst Financiën, waaruit blijkt dat de inschrijver in orde is met de fiscale verplichtingen (belastingen).

C. Een RSZ-attest [...].

De inschrijver heeft voor de toepassing van voorgaande bepaling aan de voorschriften voldaan, indien hij volgens zijn rekening, die ten laatste daags voor de opening van de offertes is opgemaakt.

1. Aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid al de vereiste aangiften heeft toegezonden [...] en

2. Op deze aangiften geen verschuldigde bijdragen van meer dan 3.000 € moet vereffenen, tenzij hij voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen waarvan hij de termijnen strikt in acht neemt. Zelfs wanneer de schuld aan bijdragen groter is dan 3.000 €, wordt de offerte niet als onregelmatig beschouwd indien de inschrijver, alvorens de beslissing tot het gunnen van de opdracht wordt genomen, aantoonst dat hij, de dag waarop het attest zijn toestand bepaalt, op een aanbestedende overheid in de zin van artikel 4, § 1 en § 2, 1° tot 8° en 10°, van de wet of op een overheidsbedrijf in de zin van artikel 26 van die wet, één of meer schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn en waarvan het bedrag op 3.000 € na, ten minste gelijk is aan de bijdragen waarvoor hij met de betaling achterstaat.”

3.4. Op 4 juli 2017 worden de offertes geopend. Twee inschrijvers dienen een offerte in, elk voor de drie percelen: de verzoekende partij en de nv Dell.

3.5. Binnen 48 uur na de opening van de offertes wordt door de verwerende partij het toegangsrecht van de beide inschrijvers gecontroleerd via de applicatie Digiflow.

Het blijkt daarbij dat de verzoekende partij voldoet aan de gestelde eisen, maar dat de nv Dell een fiscale schuld heeft waarvan de totale som meer dan 3000 euro bedraagt.

3.6. Het verslag van nazicht van 22 september 2017 vermeldt, onder “Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie van de inschrijvers” betreffende de kwalitatieve selectie onder meer :

“Besluit van de kwalitatieve selectie:
Volgende inschrijvers worden geselecteerd:

Naam	Motivering
TRIUS NV	[...]
DELL nv	Fiscaal attest: Op 4/7/2017 was de kandidaat of inschrijver opeisbare belasting(en), administratieve boete(n), nalatigheidsinterest(en) en/of vervolgingskosten inzake directe belastingen en/of belasting(en), interest(en), administratieve geldboete(s) of toebehoren inzake BTW verschuldigd aan FOD Financiën, waarvan de totale som meer dan €3.000,00 bedraagt. Op 2/10/2017 wordt het fiscaal attest door FOD Financiën beschikbaar gesteld. Aangezien de opdracht een raamovereenkomst over 4 jaren behelst, de inschrijver als een betrouwbare leverancier voor langere duur beschouwd wordt, én het fiscaal attest afgeleverd wordt in oktober 2017 –de periode van de verlengde verbintenistermijn, wordt de inschrijving aanvaard. [...].

Voorts worden de beide offertes regelmatig bevonden.
Voorgesteld wordt de drie percelen te gunnen aan de nv Dell.

3.7. In zitting van 5 oktober 2017 gunt de deputatie van de provincie Limburg de drie percelen aan de nv Dell.

3.8. Dit is de bestreden beslissing. Het verslag van nazicht van de offertes wordt aan het besluit gehecht.

3.9. Per aangetekend schrijven en e-mailbericht van 6 oktober 2017 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de gunningsbeslissing van 5 oktober 2017.

3.10. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 12 oktober 2017 vraagt de verzoekende partij de verwerende partij de gunningsbeslissing van 5 oktober 2017 in te trekken. De verwerende partij gaat niet in op dit verzoek.

IV. Tussenkoms

4. De nv Dell blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing 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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ 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.

‡BELRJEHFA-BDBGABV‡

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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), artikel 63 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), artikel 4, eerste lid, 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’ [sic], de materiële motiveringsplicht *juncto* de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ beginsel en “de beginselen van behoorlijk bestuur : in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de verwerende partij in het gunningsverslag stelt dat de verzoekende partij op datum van de opening niet voldeed aan de fiscale verplichtingen en bijgevolg de offerte van nv Dell moest geweerd worden; dat de verwerende partij daags voor gunning een nieuw fiscaal attest heeft opgevraagd, de offerte van nv Dell op basis hiervan toelaat en hiermee ten onrechte de offerte van nv Dell niet weert; dat de geponeerde motivering behept is van een motiveringsgebrek.

En terwijl het materieel motiveringsbeginsel stelt dat elke administratieve rechtshandeling moet steunen op juiste feitelijke en rechtens aanvaardbare motieven.

En terwijl elke individuele bestuurshandeling afdoende gemotiveerd moet zijn zodat de rechtsonderhorige in staat is om te begrijpen waarom het bestuur een bepaalde beslissing neemt en terwijl elk gunningscriterium moet leiden tot een objectieve vergelijking van de ingediende offertes.

En terwijl het ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel stelt dat een aanbestedende overheid niet mag afwijken van haar eigen bestekbepalingen.

En terwijl uit het zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat de overheid verplicht zorgvuldig te werk moet gaan bij de voorbereiding van een beslissing en ervoor moet zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk geïnterpreteerd en gecontroleerd worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen en dat de betrokken belangen zorgvuldig worden ingeschat en afgewogen, derwijze dat particuliere belangen niet nodeloos worden geschaad.

En terwijl geen enkele bestuurshandeling kennelijk onredelijk mag zijn.

En terwijl uit het rechtszekerheidsbeginsel volgt dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk moet zijn, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat de handeling wordt verricht en de overheid daarvan niet zonder objectieve en redelijke verantwoording mag afwijken.”

De verzoekende partij licht nog nader toe dat zij ervan uitgaat dat de verwerende partij de betrokken verificatie van de fiscale verplichtingen “heeft uitgevoerd binnen de 48u na de indiening van de offertes/na de openingszitting, zijnde uiterlijk voor 06.07.2017 14u00”, dat de verwerende partij kennelijk beschikt over een fiscaal attest van 4 juli 2017 waarin is vermeld dat de fiscale schuld op deze datum meer dan 3000 euro betrof en dat de verwerende partij meent zich te kunnen beperken tot het eenvoudigweg opvragen van een tweede fiscaal attest op 2 oktober 2017 dat kennelijk wel positief zou zijn om zo te oordelen dat de gekozen inschrijver wel voldoet aan zijn fiscale verplichtingen. De verzoekende partij meent dat deze handelwijze en *dito* motivering artikel 63, § 2, *in fine*, van het koninklijk besluit Plaatsing schendt.

De verwerende partij beschikte volgens de verzoekende partij te dezen niet over enige discretionaire bevoegdheid. Zij mocht enkel rekening houden met de status van de fiscale verplichtingen “ten laatste daags voor de opening van de offertes”. Het staat volgens de verzoekende partij buiten elke discussie dat de verwerende partij haar eigen besteksbepalingen heeft geschonden door een fiscaal attest van 2 oktober 2017 in rekening te brengen bij haar beoordeling.

Uit de bestreden beslissing blijkt voorts niet dat de gekozen inschrijver zou hebben aangetoond te voldoen aan de milderende bepaling zoals vervat in artikel 63 van het koninklijk besluit Plaatsing, noch dat de verwerende partij aan de gekozen inschrijver om de nodige uitleg dienaangaande heeft verzocht. Voorts heeft de verwerende partij aan de inschrijver voor wie een negatief fiscaal attest werd afgegeven, “niet op gelijke wijze de kans geboden om aan te tonen dat aan de in artikel 63, § 2, tweede lid, bepaalde voorwaarden zou zijn voldaan”. De verwerende partij is bijgevolg tekortgekomen aan haar onderzoeksplicht en heeft artikel 63 van het koninklijk besluit Plaatsing omzeild en de haar toegekende discretionaire bevoegdheid miskend.

De verzoekende partij voegt toe dat de nv Dell *a posteriori* haar fiscale schulden kennelijk heeft “geregulariseerd” als gevolg waarvan zij de opdracht heeft kunnen verwerven. De verwerende partij vermocht evenwel geen rekening te houden met deze regularisatie en handelde aldus onwettig. Ook staat het motief dat “de inschrijver als een betrouwbare leverancier voor een langere duur beschouwd wordt” haaks op het feit dat dezelfde inschrijver niet voldoet aan de uitsluitingscriteria. In elk geval miskent de verwerende partij volgens de verzoekende partij haar eigen bestek door met een attest van 2 oktober 2017 rekening te houden, terwijl dat bestek bepaalt: “de inschrijver heeft voor de toepassing van voorgaande bepaling aan de voorschriften voldaan, indien hij volgens zijn rekening, die ten laatste daags voor de opening van de offertes, is opgemaakt : [...]”.

Beoordeling

7. Artikel 61, § 2, van het KB 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 hetzelfde koninklijk besluit bepaalt:

“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”.

8. De vraag of een inschrijver in orde is met de fiscale verplichtingen betreft onder de gelding van het koninklijk besluit Plaatsing een facultatieve uitsluitingsgrond, zoals blijkt uit het hiervoor aangehaalde artikel 61, § 2, eerste volzin, : “ [...] *kan* in elk stadium van de gunningsprocedure worden uitgesloten [...]”. De aanbestedende overheid beschikt derhalve over de mogelijkheid, doch is niet verplicht, om een kandidaat of inschrijver die niet in orde is met de fiscale verplichtingen, uit te sluiten. De aanbestedende overheid beschikt dus in beginsel terzake over beoordelingsvrijheid.

De verzoekende partij lijkt aldus ten onrechte bij de opbouw van het middel uit te gaan van een verplichting . Zij betoogt immers “Doordat de verwerende partij op datum van de gunning niet voldeed aan de fiscale verplichtingen en bijgevolg de offerte van nv Dell *moest* geweerd worden”.

De verklaring van de verwerende partij dat zij ondanks de aanwezigheid van een fiscale schuld, de nv Dell toch toegang heeft willen en mogen verlenen, lijkt dan ook niet strijdig met artikel 63 van het koninklijk besluit Plaatsing, noch met de overeenstemmende besteksbepaling. Het valt voorts niet in te zien welk belang de verzoekende partij zou kunnen laten gelden bij het inroepen van een schending van het gelijkheidsbeginsel doordat de aanbestedende overheid aan de gekozen inschrijver nv Dell niet de kans heeft geboden om aan te tonen dat door haar aan de in artikel 63, § 2, tweede en derde lid, bepaalde voorwaarden zou zijn voldaan.

9. Voorts lijkt de verzoekende partij van het standpunt te vertrekken dat de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid enkel reikt tot de milderende maatregelen waarin artikel 63, § 2, tweede en derde lid, van het koninklijk besluit Plaatsing voorziet met betrekking tot een fiscale schuld zoals vastgesteld naar aanleiding van een controle binnen de 48 uur gerekend vanaf de uiterste indieningsdatum van de offertes. Die beweerd beperkte beoordelingsvrijheid lijkt echter geen steun te vinden in de bepalingen van artikel 61, § 2,

juncto 63, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, noch in de daarmee overeenstemmende besteksbepaling, hiervoor onder randnummer 3.3. aangehaald.

10. Het bestaan van de voormelde beoordelingsvrijheid neemt echter niet weg dat de beslissing van de aanbestedende overheid om de nv Dell, ondanks de vastgestelde fiscale schuld, toch toegang te verlenen, op deugdelijke en veruitwendigde motieven moet berusten.

De bestreden beslissing bevat de volgende motivering:

“Aangezien de opdracht een raamovereenkomst over 4 jaren behelst, de inschrijver als een betrouwbare leverancier voor langere duur beschouwd wordt, én het fiscaal attest afgeleverd wordt in oktober 2017 – de periode van de verlengde verbintenistermijn, wordt de inschrijving aanvaard”.

Anders dan de verzoekende partij het blijkbaar ziet, lijkt noch uit de bestreden beslissing, noch uit het dossier te mogen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid in strijd met het bestek het fiscaal attest van 2 oktober 2017 zou hebben in rekening gebracht in het kader van een regularisatie van de fiscale schuld na de verificatieperiode en dus ter vervanging van het attest van 4 juli 2017. De verklaring van de verwerende partij dat zij met het fiscaal attest van 2 oktober 2017 enkel rekening heeft gehouden als een beoordelingselement om de betrokken inschrijver, ondanks de initiële fiscale schuld, toch toe te laten, lijkt te mogen worden bijgevalen.

Voorts lijkt het fiscaal attest van 2 oktober 2017 niet het enige motief om de nv Dell toch toe te laten. Ook de duurtijd van de opdracht en het feit dat de inschrijver als een betrouwbare leverancier voor langere duur wordt beschouwd, worden opgegeven als motieven om de betrokken inschrijver toch toe te laten, motieven die als dusdanig niet door de verzoekende partij lijken te worden betwist.

De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht ten slotte niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid de grenzen van de redelijkheid zou hebben overschreden door op grond van de gegeven motieven, de nv Dell toch toe laten.

11. In het licht van het voorgaande, kan het besluit van de verzoekende partij dat de nv Dell had moeten worden geweerd en dat de bestreden beslissing met schending van de toepasselijke regelgeving en onzorgvuldig tot stand zou zijn gekomen, niet worden bijgevalen.

Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

13. 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.

In zoverre ook de tussenkomenende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding, moet erop worden gewezen dat artikel 30/1, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk bepaalt dat tussenkomenende partijen niet kunnen worden gehouden tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding of deze kunnen genieten.

Er is aldus geen grond om de door de tussenkomende partij gevorderde rechtsplegingsvergoeding toe te kennen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Dell 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 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 14 november 2017, 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