

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.373 van 2 mei 2019
in de zaak A. 227.808/XII-8716.**

In zake:

1. de NV HYE
2. de NV GHENT DREDGING
Samen vormend een tijdelijke vennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VAN PUBLIEK RECHT BEHEERSMAATSCHAPPIJ
ANTWERPEN MOBIEL (BAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Marie Van Den Langenbergh
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 april 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de NV van publiek recht BAM dd. 15 maart 2019 [...] waarbij ‘de kandidaat TV Hye – Ghent Dredging niet toegelaten wordt tot de volgende fase van de procedure op grond van onvoldoende financieel-economische draagkracht’ in het kader van de opdracht ‘Aanvaarbumper’ (ref. BAM 2018-016)]”, en tot het nemen van een voorlopige maatregel en het opleggen van een dwangsom.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 april 2019, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Evi Mees, die verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaten David D’Hooghe en Marie Van Den Langenbergh, die verschijnen voor de verwerende 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 verwerende partij, de nv van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM), schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “Aanvaarbumper” met referentienummer BAM-2018-016.

De opdracht wordt bekendgemaakt onder meer in het Bulletin der Aanbestedingen op 21 december 2018.

Voor de opdracht wordt toepassing gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling in de zin van artikel 38, § 1, c, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

3.2. Voor het selectie criterium “Economische en financiële draagkracht” wordt in de toelichting bij de selectiecriteria bepaald dat de kandidaat een minimale jaarlijkse “totale omzet” van 40.000.000 euro, btw niet inbegrepen, moet behalen voor elk van de laatste drie beschikbare boekjaren. Het bewijs daartoe moet blijken uit een verklaring betreffende de “totale omzet” van de kandidaat, voor elk van de laatste drie beschikbare boekjaren ondertekend door een bedrijfsrevisor.

3.3. De verwerende partij ontvangt een aanvraag tot deelneming van vier kandidaten, waaronder de verzoekende partijen die samen inschrijven als de tijdelijke vennootschap Hye-Ghent Dredging.

In de aanvraag van de verzoekende partijen is een “Attestatie omzet en bedrijfsopbrengsten boekjaren 2017-2016-2015” van de nv Hye aanwezig, opgesteld door de bvba Vyvey & C° bedrijfsrevisoren. Hierin wordt verklaard:

“In het kader van een openbare aanbesteding, verklaren wij dat wij de hiernavolgende cijfers over boekjaren 2017-2016-2015 hebben gecontroleerd en dat deze in overeenstemming zijn met de boekhouding van de vennootschap HYE NV.

Bij deze statutaire jaarrekeningen afgesloten per 30 september van elk betreffende jaar, werden goedkeurende commissarisverslagen verstrekt.

Boekjaar 2015 (01/10/2014 – 30/09/2015):

- Omzet (jaarrekeningcode 70): € 25.042.067
- Bedrijfsopbrengsten (jaarrekeningcode 70/74): € 42.855.510

Boekjaar 2016 (01/10/2015 – 30/09/2016):

- Omzet (jaarrekeningcode 70): € 21.302.945
- Bedrijfsopbrengsten (jaarrekeningcode 70/76A): € 31.980.810

Boekjaar 2017 (01/10/2016 – 30/09/2017)

- Omzet (jaarrekeningcode 70): € 27.131.636
- Bedrijfsopbrengsten (jaarrekeningcode 70/76A): € 38.680.367.”

Tevens is in die aanvraag een verklaring begrepen van Deloitte bedrijfsrevisoren, waarin wordt geattesteerd dat de nv Ghent Dredging in 2017 een “omzet” had van 17.453.648 euro, in 2016 van 17.479.160 euro en in 2015 van 19.512.783 euro.

3.4. Op 22 februari 2019 wordt een selectieverslag opgemaakt. De verzoekende partijen worden niet geselecteerd omdat zij voor het boekjaar 2016 niet zouden voldoen aan het voormelde selectievereiste van een minimumomzet van 40.000.000 euro.

De motivering in het selectieverslag luidt:

“Vastgesteld is dat Kandidaat TV Hye niet voldoet aan het selectie criterium inzake de financiële economische draagkracht. De aanvraag tot deelneming van Kandidaat TV Hye (zijnde het consortium bestaande uit de leden Hye N.V. en Ghent Dredging N.V.) geeft inzicht in de financiële en economische draagkracht. Hye nv heeft bij monde van Vyvey & Co bedrijfsrevisoren een verklaring inzake omzet en bedrijfsopbrengsten afgegeven voor de jaren 2015-2017.

Hye NV kent voor het boekjaar 2016 een jaaromzet van € 21.302.945 (zie pagina 46 Kandidatuurstelling TV Hye — Ghent Dredging_1.pdf).

Ghent Dredging heeft bij monde van Deloitte bedrijfsrevisoren een verklaring inzake omzet afgegeven voor de jaren 2015-2017. Ghent Dredging kent voor het boekjaar 2016 een jaaromzet van € 17.479.160 (zie pagina 47 Kandidatuurstelling TV Hye - Ghent Dredging_1.pdf).

De totale omzet voor kandidaat TV Hye bedraagt in 2016 daarmee € 38.782.105. Het gesommeerde bedrag is minder dan het vereiste minimumomzet van € 40.000.000 voor iedere van de drie afzonderlijke jaren 2015-2017. Er dient dan ook te worden vastgesteld dat TV Hye niet voldoet aan het minimumvereiste van het selectie criterium inzake de financieel economische draagkracht van de kandidaat.”

3.5. Op 15 maart 2019 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om zich de motieven van het selectieverslag eigen te maken en “dat de kandidaat TV Hye – Ghent Dredging niet toegelaten wordt tot de volgende fase van de procedure op grond van onvoldoende financieel-economische draagkracht”.

Dit is de bestreden beslissing.

De verwerende partij stelt de verzoekende partijen in kennis van hun niet-selectie bij aangetekend schrijven en bij e-mailbericht van 21 maart 2019, met in bijlage een uittreksel van de gemotiveerde selectiebeslissing en een uittreksel van het selectieverslag.

Op 28 maart 2019 sturen de verzoekende partijen aan de verwerende partij een e-mailbericht waarin zij betwisten dat zij voor het boekhoudkundig jaar 2016 geen omzet van 40.000.000 euro zouden hebben behaald. Zij menen dat de verwerende partij zich vergist heeft en het verkeerde cijfer uit de omzetverklaring van de nv Hye heeft gehanteerd.

De verwerende partij antwoordt hierop met een e-mailbericht van 1 april 2019 dat zij geen reden ziet om haar beslissing van niet-selectie te herzien. Volgens haar was de omzetverklaring van de bedrijfsrevisor van de nv Hye duidelijk en behoefde deze geen interpretatie.

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, 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.

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.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partijen lijken in hun middel in wezen te bekritisieren dat voor hen bij de beoordeling van het selectie criterium “financiële en economische draagkracht” enkel rekening werd gehouden met het cijfer “omzet” uit de verklaring van de bedrijfsrevisor betreffende de nv Hye in plaats van met de daarin eveneens vermelde – hogere – “bedrijfsopbrengsten”. Zij zien daarin onder meer een schending van het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partijen betogen daartoe nader dat met toepassing van artikel 67 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) het begrip “totale omzet” dient te worden begrepen als de totale som van alle opbrengsten uit de verkoop van goederen en de levering van diensten gedurende een bepaalde periode. Zij wijzen er tevens op dat de spreekwoordelijke betekenis van het begrip omzet volgens het Groot woordenboek van de Nederlandse taal van Dale “de som [is] van alle opbrengsten uit de verkoop van een bep. artikel gedurende een bep. periode”.

Zij lichten toe dat de bedrijfsrevisor van de nv Hye de boekhoudkundig zogenoemde “completed contract”-methode hanteert, waarbij in de jaarrekening een onderscheid wordt gemaakt tussen, enerzijds, “omzet”, zijnde de opbrengsten afkomstig enkel uit volledig uitgevoerde en opgeleverde contracten, en, anderzijds, “bedrijfsopbrengsten”, zijnde alle opbrengsten van de totale verkoop gedurende het betrokken boekjaar, dat wil zeggen met inbegrip van onder meer de ontvangen voorschotten voor bestellingen in uitvoering – code 71

op de jaarrekening – en de resultaten van deelnames aan tijdelijke vennootschappen – gedeelte van code 74 op de jaarrekening.

Zij menen dan ook dat de verwerende partij onzorgvuldig te werk is gegaan en de kandidaten ongelijk heeft behandeld. De verwerende partij heeft bij de verzoekende partijen immers het laagste cijfer “omzet” in aanmerking genomen, zonder rekening te houden met de eveneens vermelde “bedrijfsopbrengsten”, en zij heeft aldus niet nader de werkelijke draagwijdte van die cijfers en begrippen in die revisorenverklaring onderzocht, terwijl bij andere kandidaten – en zelfs bij medevennoot de nv Ghent Dredging – wel rekening is gehouden met de totale omzet, zijnde de totale opbrengsten voor het betrokken boekjaar.

5.2. De verwerende partij repliceert onder meer dat de voorstelling van zaken door de verzoekende partijen indruist tegen de opdrachtdocumenten, tegen artikel 67 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en tegen het boekhoudrecht. Zij meent dat indien de aanbestedende overheid een “omzetverklaring” vraagt met toepassing van het voormelde artikel, deze logischerwijze niet anders dan betrekking kan hebben op de “omzet” en niet op de bedrijfsopbrengsten. “Omzet” is volgens haar slechts een onderdeel van de ruimere categorie “bedrijfsopbrengsten” en kan hier geenszins mee worden gelijkgesteld. Voor de interpretatie van het omzetcijfer mocht zij aldus in redelijkheid afgaan op de waarachtigheid van de omzetverklaring opgesteld door een erkende bedrijfsrevisor, zonder dat deze verklaring interpretatie behoeft. Het feit dat de nv Hye bij het opstellen van haar jaarrekening de zogenoemde “completed contract”-methode zou gebruiken, zoals zij *a posteriori* toelicht, kan hieraan volgens de verwerende partij niets veranderen: “Deze methode is weliswaar toegelaten voor de waardering van jaarrekeningen, doch de kandidaat draagt zelf het eventuele risico van het gebruik van deze methode”.

De verwerende partij stelt voorts dat zij het omzetvereiste voor iedere kandidaat op dezelfde wijze heeft geïnterpreteerd, zich daarbij steunend op de verklaringen van de bedrijfsrevisoren. Zij kan en moet hierbij niet nagaan welke waarderingsmethode de verschillende kandidaten mogelijks hanteren. De omzetverklaring van de nv Hye vermeldt weliswaar dubbele cijfers voor de boekjaren 2015-2016-2017 – “omzet” en “bedrijfsopbrengsten” – doch zonder

toelichting over welke boekhoudkundige methode zij hanteert en welke cijfers volgens haar in aanmerking moeten worden genomen. Bijgevolg meent de verwerende partij dat zij terecht geen rekening heeft gehouden met de “bedrijfsopbrengsten” die op het attest van de nv Hye vermeld zijn, nu dit informatie betreft die niet werd gevraagd in de opdrachtdocumenten en die dus geheel niet relevant is. De verwerende partij benadrukt hierbij nog dat het de verantwoordelijkheid van de kandidaten zelf is om een regelmatige en volledige kandidatuur in te dienen.

Voorts betwist de verwerende partij dat zij de kandidaten niet gelijk zou hebben behandeld. Zij heeft het criterium “financiële en economische draagkracht” voor elk van hen beoordeeld op grond van enkel de omzetverklaring, zoals wordt voorgeschreven door artikel 67, § 1, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en door de opdrachtdocumenten.

Zij ontkent dan ook dat zij enkel voor de nv Hye rekening zou hebben gehouden met het omzetcijfer “in de strikte zin van het woord (jaarrekeningcode 70)”, terwijl zij bij de overige kandidaten wel rekening zou hebben gehouden met de “totale” omzet, zijnde “de bedrijfsopbrengsten (jaarrekeningcodes 70/76A)”. Zij verwijst hiertoe naar de beoordeling van de omzetverklaring van de nv Ghent Dredging en van de overige kandidaten. De omzetcijfers in die documenten stemmen overeen met de cijfers onder code 70 “omzet” van de jaarrekening, zoals uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier blijkt.

Beoordeling

6. Artikel 67, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Met betrekking tot de economische en financiële draagkracht, kan de aanbestedende overheid eisen stellen om ervoor te zorgen dat ondernemers over de nodige economische en financiële draagkracht beschikken om de opdracht uit te voeren. In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de ondernemer worden aangetoond door één of meer van de volgende referenties:

1. [...]

2. een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn; [...].”

Het voormelde begrip “omzet” lijkt nergens nader te zijn omschreven in de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten, hetgeen ook de verwerende partij in haar nota en ter terechtzitting toegeeft.

7. In de bekendmaking wordt als selectiecriteria inzake de economische en financiële draagkracht op de volgende wijze naar een “minimale jaarlijkse totale omzet” verwezen :

“De Kandidaat moet aantonen te beschikken over voldoende financiële en economische draagkracht voor het uitvoeren van de Opdracht waarvoor hij een aanvraag tot deelneming indient en om de gevraagde engagementen aan te gaan zonder een financieel risico voor BAM met zich mee te brengen, in de zin van artikel 67 van het KB Plaatsing van 18 april 2017. Of aan deze vereiste voldaan is, zal worden beoordeeld op basis van het behalen door de Kandidaat van een minimale jaarlijkse totale omzet van € 40.000.000,- excl. BTW, voor elk van de laatste drie beschikbare boekjaren.

BAM vereist hiertoe in het kader van de indiening van de aanvraag tot deelneming dat de Kandidaat Deel IV van het UEA invult en bij zijn Aanvraag tot Deelneming voegt, alsook een verklaring betreffende de totale omzet van de Kandidaat van [d]e laatste drie beschikbare boekjaren. Zie bijlage 2 voor nadere inlichtingen rond de economische en financiële draagkracht.”

In de betrokken bijlage 2 is te lezen:

“BAM zal een Kandidaat enkel selecteren nadat gecontroleerd is dat deze daadwerkelijk aan de selectiecriteria voldoet. Het bewijs daartoe blijkt uit een verklaring betreffende de totale omzet van de Kandidaat, voor elk van de laatste drie beschikbare boekjaren ondertekend door een bedrijfsrevisor (of gelijkaardige persoon in het land van oorsprong of vestiging van de Kandidaat).

BAM benadrukt dat deze documenten bij de aanvraag tot deelneming gevoegd moeten worden.

Wanneer de aanvraag tot deelneming uitgaat van een consortium of wanneer beroep wordt gedaan op andere entiteiten dient de minimale jaarlijkse totale omzet aangetoond te worden door te steunen op maximaal drie leden van het consortium en/of de entiteiten op wie beroep gedaan wordt.”

Als bewijs van de betrokken omzet wordt aldus in het bestek een verklaring van een bedrijfsrevisor vereist.

8. Wat de eerste verzoekende partij betreft, heeft de bedrijfsrevisor, klaarblijkelijk steunend op regelgeving inzake de boekhouding van ondernemingen en de boekhoudpraktijk van de nv Hye, in zijn verklaring een onderscheid gemaakt tussen “Omzet (jaarrekeningcode 70)” en “Bedrijfsopbrengsten (jaarrekeningcode 70/74)”. Daarbij is het omzetcijfer telkens voor elk van de drie betrokken boekjaren kleiner dan het cijfer van de bedrijfsopbrengsten.

De verwerende partij heeft voor de verzoekende partijen het voormelde cijfer voor omzet in rekening gebracht en niet dat van de bedrijfsopbrengsten.

Die handelwijze lijkt problematisch.

9. Door zich wat de nv Hye betreft enkel te steunen op het omzetcijfer zoals blijkt uit de verklaring van de revisor rijst meer bepaald de vraag of de verwerende partij de betrokken aanvraag tot deelneming met de nodige zorgvuldigheid heeft onderzocht en die kandidaat gelijk heeft behandeld ten overstaan van andere inschrijvers.

De verwerende partij meent dat zij de overige kandidaten en de mede-inschrijver nv Gent Dredging op exact dezelfde wijze heeft beoordeeld als de nv Hye, “[namelijk] op basis van de ‘omzet’ zoals deze is geattesteerd in de omzetverklaring van de bedrijfsrevisor en niet op basis van de bedrijfsopbrengsten”, wat de Raad van State “op basis van de vertrouwelijke stukken in het administratief dossier” kan vaststellen.

9.1. Uit het selectieverslag blijkt dat alvast voor de mede-inschrijver de nv Gent Dredging de “omzet” zoals deze werd geattesteerd in de omzetverklaring van de bedrijfsrevisor in rekening werd gebracht. In die verklaring werd nu echter juist geen opsplitsing gemaakt tussen bedrijfsopbrengsten en omzet.

9.2. Inzake de tv Artes Roegiers – Artes-Depret, wordt voor de beide ondernemingen die deel uitmaken van deze tv enkel een “verklaring totale omzet” van de cvba Grant Thornton Bedrijfsrevisoren neergelegd. Aldus kan, wat deze deelnemer betreft, niet direct worden nagegaan of de daarin vermelde bedragen overeenstemmen met die van code 70 of die van de code 70/74 uit de jaarrekening.

9.3. Wat de kandidaat tv Dimco – BDC betreft, lijkt duidelijk te kunnen worden vastgesteld dat hier in elk geval wel met de bedrijfsopbrengsten rekening werd gehouden. In de aanvraag tot deelneming is een verklaring van bedrijfsrevisoren Deloitte te vinden, waarin voor de nv Baggerwerken Decloedt & Zoon de “bedrijfsopbrengsten” en niet die van “omzet” worden vermeld. Aldus blijkt dat hier wél de bedragen van de bedrijfsopbrengsten, onder code “70/74” van de jaarrekeningen in rekening werden gebracht. De omstandigheid dat het omzetcijfer onder code 70 bij deze kandidaat ook ruim lijkt te voldoen aan het selectie criterium, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat de verwerende partij de bedrijfsopbrengsten als inhoud van een omzetverklaring heeft aanvaard bij de nv Baggerwerken Decloedt & Zoon, terwijl zij bij de nv Hye oordeelde dat de bedrijfsopbrengsten niet mochten worden gelijkgesteld met de omzet.

9.4. Aldus is in het geval van de verzoekende partijen het bedrag vermeld onder bedrijfsopbrengsten in de omzetverklaring van de nv Hye niet in rekening gebracht, maar enkel “het omzetcijfer in de strikte zin van het woord (jaarrekeningcode 70)”, om na te gaan of al dan niet is voldaan aan het betrokken selectie criterium. Zoals blijkt uit nader onderzoek van de stukken en de jaarrekeningen, heeft de verwerende partij nochtans wel de “‘totale’ omzet, zijnde de bedrijfsopbrengsten (jaarrekeningcodes 70/76A)” aanvaard om een andere inschrijver te selecteren. Bijgevolg is de verwerende partij afgeweken van haar beweerde rechtlijnigheid en heeft zij zich bezondigd aan een ongelijke behandeling van de onderscheiden inschrijvers.

10. Voorts, nu het lijkt dat de bedrijfsrevisoren zelf, afhankelijk van de boekhoudmethode van de ondernemingen, niet steeds hetzelfde attesteren onder “totale omzet” – “het omzetcijfer in de strikte zin van het woord (jaarrekeningcode 70)” dan wel “de bedrijfsopbrengsten (jaarrekeningcodes 70/76A)” – kan de verwerende partij niet worden gevolgd in haar stelling dat zij, teneinde de kandidaten op een gelijke manier te kunnen behandelen, enkel op grond van de voorgelegde verklaringen van de bedrijfsrevisoren mocht oordelen. De verzoekende partijen lijken dan ook te kunnen worden bijgevalen in hun argumentatie, dat de verwerende partij om aan de zorgvuldigheidsplicht te voldoen in elk geval nader de werkelijke draagwijdte van de cijfers en begrippen in de omzetverklaringen had moeten onderzoeken.

11. Het middel is in de besproken mate ernstig.

VI. Voorlopige maatregelen

12. De verzoekende partijen vragen dat een voorlopige maatregel wordt opgelegd en zij motiveren zulks als volgt:

“Aangezien de aanbestedende overheid klaarblijkelijk de werkzaamheden verder zet spijs de standstill, door met name reeds overgegaan te zijn tot de uitnodigingen tot het indienen van offertes en de opdrachtdocumenten, die verder gaan dan de leidraad en derhalve het bestek bevatten, dreigt de gelijke behandeling ten nadele van verzoekende partijen verder te worden gehypothekeerd.

[...] Aangezien de concurrerende geselecteerde kandidaten ondertussen reeds kennis zullen kunnen nemen van de besteksdokument, dreigen verzoekende partijen over minder voorbereidingstijd te zullen kunnen beschikken dan de concurrenten voor het voorbereiden, opstellen en indienen van hun offerte, nadat de beslissing tot niet-selectie door Uw Raad wordt geschorst en de aanbestedende overheid daardoor wordt aangezet om onmiddellijk rechtsherstel te bieden”.

13. De voorlopige maatregelen die de Raad van State mag bevelen, moeten volgens artikel 17, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, “nodig” zijn om “de belangen veilig te stellen van de partijen”. Dit houdt in dat de voorlopige maatregelen die de verzoekende

partijen vragen aan de verwerende partij op te leggen, niet verder mogen strekken dan nodig om hun belangen veilig te stellen.

Ook artikel 15, eerste lid, 1°, van de reeds hogervermelde wet van 17 juni 2013 bepaalt dat de Raad van State “de voorlopige maatregelen [kan] bevelen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad”.

14. De verwerende partij merkt in de nota met opmerkingen op:

“In het geval van een schorsing zal BAM, na intrekking van de geschorste beslissing, een nieuwe beslissing nemen waarbij het gezag van gewijsde van het gebeurlijk schorsingsarrest zal moeten worden geëerbiedigd. Indien vervolgens zou worden beslist om de verzoekende partijen te selecteren zal BAM moeten verzekeren dat de TV Hye-Ghent Dredging over voldoende voorbereidingstijd beschikt, en dat de gelijke behandeling van de inschrijvers niet in het gedrang komt. De verzoekende partijen maken niet aannemelijk dat een voorlopige maatregel – en een dwangsom – zich ter zake opdringen, nu niet blijkt dat BAM ter zake geen correcte houding zou aannemen.”

15. De verwerende partij maakt aldus aannemelijk dat zij zal handelen met de wens om de verzoekende partijen de vereiste voorbereidingstijd voor het opstellen van een offerte te geven, indien zij alsnog wordt geselecteerd. Het laat zich niet aanzien dat de verzoekende partijen, professioneel werkzaam in de betrokken sector, niet in staat zullen zijn om in een dergelijk geval een deugdelijke offerte in te dienen. Overigens kan ook moeilijk worden ingezien op welke wijze, als het bestek reeds is bezorgd aan de voorheen geselecteerde inschrijvers, die situatie kan worden omgebogen via een voorlopige maatregel.

16. In de huidige stand van de procedure is het aldus niet noodzakelijk in te gaan op de vraag tot het bevelen van voorlopige maatregelen onder verbeurte van een dwangsom. De belangen van de verzoekende partijen lijken voldoende beschermd door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

VII. Besluit en kosten

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

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de nv van publiek recht BAM van 15 maart 2019 waarbij de verzoekende partijen niet toegelaten worden tot de volgende fase van de procedure op grond van onvoldoende financieel-economische draagkracht in het kader van de opdracht “Aanvaarbumper” (ref. BAM 2018-016).

2. De Raad van State verwierpt de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen en een dwangsom.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 mei 2019, 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

XII-8716-14/14