RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 246.182 van 26 november 2019
in de zaak A. 229.469/XII-8825

In zake: de NV MERGROUP
gevestigd te 1730 Asse
Louwijn 18

tegen:

de STAD WAREGEM

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 oktober 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van het besluit “van de Stad Waregem […] dat [de nv Mergroup] werd uitgesloten voor de deelname aan het lastenboek ‘Leveren en installeren van een track-and-trace-systeem’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 november 2019, om 14.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Jan André De Saeger, CEO, die verschijnt voor de verzoekende partij, is 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 schrijft een opdracht uit voor leveringen met als voorwerp het “leveren en plaatsen van een track-and-trace-systeem” in de voertuigen en werktuigen van de stad Waregem.

De opdracht wordt geplaatst door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Het bestek nummer 2019/218 is op de opdracht van toepassing.

3.2. Zes ondernemingen, waaronder de verzoekende partij, worden uitgenodigd een offerte in te dienen, uiterlijk op 4 september 2019 om 11.30 uur.

3.3. Drie ondernemingen, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in.

3.4. Met een e-mailbericht van 23 september 2019 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat bij nazicht van de uitsluitingsgronden werd vastgesteld dat zij nog fiscale en sociale schulden heeft van meer dan 3.000 euro, en dat haar de kans wordt geboden om binnen een termijn van vijf werkdagen een bewijs van regularisatie te bezorgen.

Bij elke navolgende verificatie door de verwerende partij op de website van Telemarc op 30 september 2019, 1 oktober 2019, 3 oktober 2019, 8 oktober 2019 en 9 oktober 2019, blijkt dat de fiscale schulden van de verzoekende partij hoger zijn dan 3.000 euro.

3.5. Op 10 oktober 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Waregem om deze reden de verzoekende partij uit te sluiten van deelname aan de overheidsopdracht voor het leveren en installeren van een track-and-tracesysteem in de voertuigen en werktuigen van de stad, en de twee overige inschrijvers te selecteren voor deze opdracht.

Dit is de bestreden beslissing.

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.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. In het verzoekschrift zet de verzoekende partij uiteen wat volgt:

> "Op 15 oktober ontvingen we van de Stad Waregem een schrijven dat onze firma werd uitgesloten voor de deelname aan het lastenboek 'Leveren en installeren van een track-and-trace-systeem'.[…]
> De reden die er werd opgegeven is een schuld aan de BTW-dienst.
> De feiten zijn als volgt:
> Op 01 oktober werd de status van onze rekening bij de Belastingen nagevraagd.
> Onze rekening vertoonde toen een negatief saldo van:
> 1. 36.901,83,-€
> 2. 3.772,59,-€
> 3. 47,00,-€
> De rekening van punt 1 betrof een rekening die bij de belastingen werd ingekohierd op 29 september 2019. Verstuurd naar onze firma op 03 oktober 2019 en door ons ontvangen op 08 oktober.
> Dit bedrag betreft een akkoord afgesloten tijdens een herziening voor de aankoop van een onroerend goed dat 50% als privé werd aanzien.
> De Belastingen heeft ons hiervoor een afbetalingsplan (zie bijlage) toegestaan. Wanneer dit als een openstaande vervallen schuld wordt aanzien is onze vraag uiteraard niet van toepassing.
> De rekening van punt 2 en 3 betreft een belasting met vervaldag (geen vervallen schuld) december 2019 en onder de toegelaten 5.000,-€
> Bij de RSZ staat ons bedrijf met geen enkele schuld.
> Aangezien ons familiebedrijf reeds bij diverse gemeenten en steden actief is en we heel veel werk hebben verricht in functie van dit lastenboek vonden we ons benadeelt. En uiteraard oneerlijk beoordeelt.
> Wij nemen de vrijheid om u bij deze een vordering tot schorsing van deze openbare aanbesteding aan te vragen.
> Overtuigd te kunnen rekenen op uw begrip sluiten we met de meeste hoogachting."

Beoordeling

6. Artikel 68 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheids-opdrachten’(hierna: wet overheidsopdrachten 2016), bepaalt:

> “§ 1. Behalve om dwingende redenen van algemeen belang en behoudens het in paragraaf 3 vermelde geval, sluit de aanbestedende overheid een kandidaat of inschrijver van deelname aan de plaatsingsprocedure uit, in welk stadium van de procedure ook, wanneer de kandidaat of inschrijver niet blijkt te voldoen aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen enerzijds of socialezekerheidsbijdragen anderzijds, tenzij :
> 1° wanneer het onbetaald gebleven bedrag het door de Koning te bepalen bedrag niet overschrijdt; of
> 2° wanneer de kandidaat of inschrijver kan aantonen dat hij op een aanbestedende overheid of op een overheidsbedrijf, één of meer schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn. Deze schuldvorderingen moeten ten minste gelijk zijn aan de achterstallige afbetaling van de fiscale dan wel de sociale schulden verminderd met het door de Koning in uitvoering van de bepaling onder 1° bedoelde drempelbedrag.
> Indien de aanbestedende overheid vaststelt dat de fiscale dan wel sociale schulden het in het eerste lid, onder 1°, vermelde bedrag overschrijden, vraagt ze de kandidaat of inschrijver of deze zich in een in het eerste lid, onder 2°, bedoelde situatie bevindt.
> De aanbestedende overheid geeft elke ondernemer echter de kans om zich in de loop van de plaatsingsprocedure in regel te stellen ten opzichte van de sociale en fiscale verplichtingen nadat ze een eerste maal heeft vastgesteld dat de kandidaat of inschrijver op dit vlak niet voldeed aan de eisen. Ze stelt de ondernemer hiervan in kennis. Vanaf deze kennisgeving geeft de aanbestedende overheid de ondernemer een termijn van vijf werkdagen om het bewijs te geven van zijn regularisatie. Van deze regularisatie kan slechts éénmalig gebruik gemaakt worden. Deze termijn gaat in de dag die volgt op de kennisgeving. Voor de berekening van deze termijn is verordening nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden, niet van toepassing.
> § 2. De Koning bepaalt de in aanmerking te nemen fiscale dan wel sociale schulden, alsook de ter zake geldende nadere regels.
> § 3. Dit artikel is niet langer van toepassing indien de kandidaat of inschrijver zijn verplichtingen is nagekomen door de verschuldigde belastingen of socialezekerheidsbijdragen, met inbegrip van lopende rente of boeten, indien toepasselijk, te betalen of een bindende regeling tot betaling daarvan aan te gaan, voor zover deze betaling of het sluiten van de bindende regeling heeft plaatsgevonden vóór het indienen van een aanvraag tot deelneming, of, in openbare procedures, de termijn voor het indienen van offertes.”

Artikel 63 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaaatsing 2017), bepaalt:

> “§ 1. De kandidaat of inschrijver die niet voldaan heeft aan zijn verplichtingen inzake betaling van zijn fiscale schulden, wordt uitgesloten van de toegang tot een plaatsingsprocedure, overeenkomstig artikel 68 van de wet. De toegang tot de procedure wordt evenwel niet ontzegd aan een kandidaat of inschrijver die geen schuld heeft van meer dan 3.000 euro of die voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt.
> § 2. De aanbestedende overheid verifieert de fiscale toestand van de kandidaten of inschrijvers op basis van de attesten die elektronisch beschikbaar zijn voor de aanbestedende overheid via de Telemarc-toepassing of via gelijkaardige gratis toegankelijke elektronische toepassingen in andere lidstaten. Deze verificatie gebeurt binnen de twintig dagen na de uiterste datum voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of de offertes.
> Het Telemarc-attest vermeldt het precieze bedrag van de schuld in hoofde van de betrokken kandidaat of inschrijver.
> § 3. […]
> In het geval waarin het door Telemarc, een gelijkaardige elektronische toepassing geleverde attest van een andere lidstaat of het door de bevoegde overheid afgeleverde attest niet aantoont dat hij in regel is, kan de kandidaat of inschrijver beroep doen op de eenmalige regularisatie als bedoeld in artikel 68, § 1, derde lid, van de wet. Indien de kandidaat of inschrijver fiscale schulden heeft van meer dan 3.000 euro, toont hij aan, teneinde niet te worden uitgesloten, dat hij op een aanbestedende overheid of op een overheidsbedrijf, een of meer schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn voor een bedrag dat minstens gelijk is aan zijn schuld verminderd met 3.000 euro.
> § 4. Als er nog twijfel blijft bestaan, gaat de aanbestedende overheid na of de ondernemer zijn fiscale verplichtingen heeft nageleefd door de Federale Overheidsdienst Financiën te ondervragen voor zover die de door de aanbestedende overheid gevraagde attesten uitreikt.
> § 5. […].”

In het verslag aan de Koning is bij dit artikel te lezen:

> “Deze bepaling, die overeenstemt met artikel 63 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, slaat op de eerbiediging van de fiscale verplichtingen door de kandidaten of inschrijvers. Dit artikel geeft bovendien uitvoering aan artikel 67 van de wet.
> De eerste paragraaf verduidelijkt dat de kandidaat of inschrijver moet voldoen aan zijn verplichtingen inzake betaling van fiscale schulden, ten

einde niet uitgesloten te worden van de deelneming aan een plaatsingsprocedure. Hij mag bijgevolg geen fiscale schuld […] hebben die hoger ligt dan 3.000 euro, tenzij hij voor die schuld uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt. Er wordt op gewezen dat deze tolerantie van 3.000 euro, die reeds bestond in het koninklijk besluit van 15 juli 2011, voor de Belgische kandidaat of inschrijver vandaag wordt uitgebreid naar de buitenlandse kandidaat of inschrijver.

Het is bovendien belangrijk er aan te herinneren dat de hier bedoelde Belgische fiscale schulden de belastingen omvatten die in het attest betreffende de fiscale schulden zijn begrepen. Dit attest kan via Telemarc geraadpleegd worden. Thans omvat dit attest enkel de heffingen en belastingen die door de Federale Overheidsdienst Financiën functioneel gedefinieerd zijn onder de naam “fiscale balans”.

De tweede paragraaf voorziet dat het nazicht van de situatie van de kandidaten of inschrijvers gebeurt binnen de twintig dagen die volgen op het uiterste tijdstip voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes. Het gaat bijgevolg om een belangrijke wijziging van de termijn. Het koninklijk besluit van 15 juli 2011 voorzag slechts een termijn van 48 uur na de opening van de offertes, indien deze laatste plaats had of na de uiterste tijdstip voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes. Deze termijn van 48 uur bleek in de praktijk vaak veel te kort en dit was een bron van moeilijkheden voor de aanbestedende overheid.

Dit nazicht gebeurt, voor de Belgische kandidaten en inschrijvers, op basis van de attesten die gratis beschikbaar zijn voor de aanbestedende overheid via de Telemarc-toepassing. Voor de buitenlandse kandidaten en inschrijvers gebeurt dit nazicht door middel van andere gelijkaardige elekronische toepassingen die gratis toegankelijk zijn in een andere lidstaat. Analoog met wat voorzien is voor de sociale schulden is de periode van twintig dagen waarvan sprake in deze paragraaf slechts geldig voor het nazicht via de databanken (Telemarc of andere) [en] niet voor de attesten die geleverd worden door de Belgische of buitenlandse bevoegde overheden.

[…]

Er wordt eveneens verduidelijkt dat de kandidaat of inschrijver desgevallend het bewijs kan leveren van zijn regularisatie overeenkomstig artikel 68, § 1, derde lid, van de wet. In geval van een fiscale schuld van meer dan 3.000 euro kan hij zich eveneens beroepen op schuldvorderingen die hij heeft ten opzichte van een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf; deze schuldvorderingen moeten zeker zijn, opeisbaar en vrij van elke verbintenis ten opzichte van derden. Het past ook er nog op te wijzen dat de belanghebbende zich niet kan beperken tot het voorleggen van een factuur indien hij op dit mechanisme beroep wil doen. Hij moet in staat zijn een document voor te leggen dat uitgaat van een aanbestedende overheid of van een overheidsbedrijf.

De vierde paragraaf omvat een bepaling die de aanbestedende overheid ertoe verplicht, in geval van twijfel, zich rechtstreeks te richten tot de

> Federale Overheidsdienst Financiën met het oog op het nazicht van de eerbiediging van de fiscale verplichtingen door de kandidaat of inschrijver. […].”

7. In de brief van 15 oktober 2019 van de verwerende partij waarbij de beslissing tot uitsluiting van deelname aan de opdracht aan de verzoekende partij ter kennis wordt gebracht, is te lezen:

> “Bij de verificatie van de fiscale toestand van de inschrijvers op 17 september 2019 via de website van Telemarc bleek dat de firma Mergroup meer dan 3 000,00 euro fiscale schulden had.
> Wij hebben de firma Mergroup gedurende een voldoende ruime periode de kans gegeven om zich in regel te stellen.
> Wij hebben de fiscale toestand van de firma Mergroup nog geverifieerd op 30 september 2019, 1 oktober 2019, 3 oktober 2019, 8 oktober 2019 en 9 oktober 2019, telkens op de website van Telemarc. Op elk van deze datums waren de fiscale schulden van de firma Mergroup hoger dan 3 000,00 euro.
> Om die reden zijn wij op grond van artikel 68 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en op grond van artikel 63 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren verplicht de firma Mergroup uit te sluiten van deelname aan de overheidsopdracht voor het leveren en installeren van een track-and-trace-systeem in de voertuigen en werktuigen van de stad Waregem.”

8. Er mag worden aangenomen dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift betoogt dat het motief om tot uitsluiting van deelname aan de opdracht over te gaan, op onjuiste gegevens berust en aldus de materiële-motiveringsplicht schendt.

9. Uit het administratief dossier blijkt dat aan de verzoekende partij de mogelijkheid werd geboden om haar fiscale en RSZ-schulden te betalen, zelfs met overschrijding van de termijn van vijf werkdagen bepaald in artikel 68, § 1, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, maar dat ondanks de verrichting van zekere betalingen, uit de fiscale attesten van 30 september, 1 oktober, 3 oktober, 8 oktober en 9 oktober 2019 blijkt dat de verzoekende partij nog steeds fiscale schulden had van in totaal meer dan 3.000 euro.

10. In haar verzoekschrift wijst de verzoekende partij er evenwel op dat een afbetalingsplan werd toegestaan door de fiscale administratie voor de belastingschuld.

11. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Waregem heeft op 10 oktober 2019 beslist om de verzoekende partij uit te sluiten van deelname aan de opdracht.

Uit de stukken die de verzoekende partij heeft gevoegd bij haar verzoekschrift, blijkt dat zij pas op 16 oktober 2019 – de dag waarop zij de kennisgeving van de uitsluiting bij e-mailbericht ontvangt – een aanvraag om een afbetalingsplan te bekomen, heeft ingediend bij de Federale Overheidsdienst Financiën, dus nadat de bestreden beslissing werd genomen. De verzoekende partij heeft bijgevolg niet binnen de termijn opgelegd door artikel 68, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, aangetoond dat zij uitstel van betaling heeft verkregen en de afbetalingen daarvan strikt in acht neemt. Het afbetalingsplan werd aanvaard na het nemen van de bestreden beslissing, eveneens op 16 oktober 2019.

12. De verzoekende partij toont dan ook op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij, op het ogenblik van het nemen van de beslissing tot uitsluiting van deelname aan de opdracht, zich op onjuiste gegevens heeft gesteund. Overigens blijkt dat de verwerende partij binnen de termijn bepaald in artikel 63, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de fiscale toestand van de verzoekende partij heeft geverifieerd en dat zij als aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 63, § 4, van hetzelfde koninklijk besluit, de Federale Overheidsdienst Financiën heeft ondervraagd. De verzoekende partij brengt evenmin enig gegeven bij dat op het eerste gezicht zou toelaten om te twijfelen aan de juistheid van de vaststellingen en/of het gevolg dat hieraan werd gegeven door de aanbestedende overheid.

De verzoekende partij toont dan ook op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij haar op grond van onjuiste motieven zou hebben uitgesloten van deelname aan de opdracht.

13. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

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 bijdrage van 20 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zesentwintig november 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Johan Bovin**