

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 247.697 van 2 juni 2020
in de zaak A. 227.283/XII-8688

In zake: de BVBA DIERICKX WILLY - ADVOKATENKANTOOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te 2221 Heist-op-den-Berg
Dorpsstraat 91
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID (RSZ)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Van Hyfte en Gauthier Eryvn
kantoor houdend te 1060 Brussel
Gulden Vlieslaan 77
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de BVBA VAN LANDUYT & VENNOTEN
woonplaats kiezend te 1700 Dilbeek
Eikelenberg 20
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johanna De Bourgraaf
kantoor houdend te 1700 Dilbeek
Verheydenstraat 32
 2. de CVBA ADVOKATENKANTOOR DE GANCK
woonplaats kiezend te 9000 Gent
Molenaarsstraat 109
 3. Sabine VANOVERBEKE
woonplaats kiezend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 1007
-

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 januari 2019, strekt tot de nietigverklaring van:

- “- de beslissing van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid d.d. 26 oktober 2018 [...] waarbij wordt beslist dat de Kandidatuur van [de bvba Dierickx Willy - Advokatenkantoor] niet beantwoordt aan de kwalitatieve selectiecriteria zoals opgelegd door artikel 7 van het document ‘Aanstellingsprocedure voor de advocaten van de RSZ en uitvoeringsregels van het contract’ [...]
- De beslissing van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van onbekende datum, waarbij wordt beslist bepaalde inschrijvers (zes) aan te stellen als raadsman van de RSZ voor het rechtsgebied van het arbeidshof te Gent vanaf 1 januari 2019.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partijen hebben elk een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomsten zijn toegestaan bij beschikking van 30 april 2019. De tweede en de derde tussenkomende partij hebben een memorie ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven, dat de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 15 mei 2020.

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 beslist op 4 mei 2018 om een “aanstellingsprocedure” te organiseren voor advocaten om haar te vertegenwoordigen in het kader van gerechtelijke invorderingsprocedures voor sociale schuldvorderingen en in juridische geschillen in verband met de toepassing van de sociale-zekerheidswetgeving.

De wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ is volgens de verwerende partij niet van toepassing; zij beroept zich daarbij op de uitsluitingsgrond van artikel 28, § 1, eerste lid, 4°, a), van deze wet.

3.2. De aanstellingsprocedure wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 juni 2018.

3.3. Het document dat de aanstellingsprocedure regelt en de uitvoeringsregels van het contract bepaalt (hierna: het document), verduidelijkt dat de opdracht bestaat uit zes percelen, één per rechtsgebied van de diverse arbeidshoven.

De voorliggende betwisting betreft enkel het perceel voor het rechtsgebied van het Arbeidshof te Gent. Wat dat perceel betreft, wordt er bepaald dat de RSZ in beginsel zes kandidaten zal aanwijzen.

Wat de kwalitatieve selectie van de kandidaten betreft, wordt in artikel 7.2 van het document bepaald dat zij hun beroepsbekwaamheid onder meer als volgt dienen aan te tonen:

“7.2.1) De advocaat verantwoordelijk voor de uitvoering van de overeenkomst moet op datum van indiening van de offerte, gedurende ten minste vijf jaar op het tableau van de Orde van advocaten ingeschreven zijn geweest.

7.2.2) De kandidaat bevestigt dat hij in de drie jaar voorafgaand aan de datum van indiening van de offertes:

- Tussengekomen is in zijn hoedanigheid van advocaat, [...] al dan niet voor rekening van de RSZ, in het kader van twaalf gerechtelijke procedures:
 - betreffende de invordering van sociale bijdragen zoals omschreven in artikel 2.2.1), voor de hoven en rechtbanken, als eiser of verweerder
 - en/of betreffende de gerechtelijke reorganisatie of het faillissement voor de rechtbank van koophandel/ondernemingsrechtbank, of voor de beslagrechter, betreffende de middelen tot tenuitvoerlegging, zoals omschreven in artikel 2.2.1);
- Tussengekomen is in zijn hoedanigheid van advocaat, als eiser of verweerder, al dan niet voor rekening van de RSZ, in het kader van twaalf gerechtelijke procedures in verband met de toepassing van de sociale reglementering (andere dan de invordering van sociale bijdragen) zoals omschreven in artikel 2.2.2), voor de hoven en rechtbanken.

De kandidaat bewijst aan de hand van een afschrift van de gerechtelijke beslissingen of van conclusies die, indien de kandidaat dit wenst, anoniem gemaakt mogen worden, dat hij voldoet aan de hierboven gestelde voorwaarden.

7.2.3) De kandidaat bewijst dat hij, naast de advocaat die verantwoordelijk is voor de uitvoering van de overeenkomst, ten minste één advocaat-medewerker en één administratief personeelslid zal hebben voor de uitvoering van het contract.”

Luidens artikel 2.2 van het document zullen de advocaten van de RSZ worden belast met twee soorten betwistingen: 2.2.1) enerzijds, de invordering van de schuldvorderingen waarmee de RSZ belast is, en 2.2.2)

anderzijds, de vertegenwoordiging van de RSZ in het raam van de gerechtelijke procedures in verband met de toepassing van de sociale-zekerheidswetgeving.

De uiterste datum voor het indienen van de offertes is 16 juli 2018.

3.4. Er worden in totaal 92 kandidaturen ingediend voor de diverse percelen van de opdracht.

De verzoekende partij en de tussenkomende partijen dienen een kandidatuur in voor het perceel voor het rechtsgebied van het arbeidshof te Gent.

3.5. Op 15 oktober 2018 wordt een proces-verbaal van “evaluatie van de uitsluitingsgronden en de gronden voor de kwalitatieve selectie van de kandidaten” opgesteld. Er worden 33 kandidaten geselecteerd en deze worden bij de percelen vermeld op basis van hun voorkeur(en). Blijkens de bijgevoegde “tabel met kandidaten waarvan de kandidatuur niet beantwoordt aan de kwalitatieve selectievoorwaarden opgelegd door artikel 7” wordt de verzoekende partij niet geselecteerd op grond van de volgende motieven:

“BVBA Dierickx Willy - Advocatenkantoor

Reden niet ontvankelijkheid

- 7.2.2. (1ste gedachtestreepje): OK.

- 7.2.2. (2de gedachtestreepje):

De stukken 4 en 5 (bvba Yoursy) zijn dagvaardingen inzake dezelfde procedure als stuk 3.

Het stuk 7 (Nagi nv) betreft een probleem van gerechtelijke invordering.

Het stuk 10 (Kleintransport bvba) betreft dezelfde procedure als het stuk 9.

De stukken 13 en 14 (bvba Zarco) zijn te oud (2009-2011).

Op de 15 ingediende stukken, zijn er slechts 9 die in aanmerking kunnen worden genomen.”

3.6. Op 26 oktober 2018 keurt de verwerende partij het proces-verbaal van “evaluatie van de uitsluitingsgronden en de kwalitatieve selectie van de kandidaten” goed, alsook de zes processen-verbaal van evaluatie van de

toekenning van de offertes (één per perceel). Aangezien het aantal ontvankelijke offertes het aantal per perceel toe te kennen plaatsen niet overschreed, heeft de verwerende partij het “niet nodig” geacht om deze offertes te evalueren op grond van de gunningscriteria bepaald in artikel 8 van het document. Wat het rechtsgebied van het Arbeidshof te Gent betreft, worden er vijf advocaten aangesteld, onder wie de drie tussenkomende partijen.

3.7. Met een brief van 22 november 2018 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van haar niet-selectie en van de motieven tot niet-selectie.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De tweede en de derde tussenkomende partij wijzen er in hun memories op dat, hoewel in de aanstellingsprocedure was voorzien in de aanstelling van zes advocaten voor het rechtsgebied van het arbeidshof te Gent, de verwerende partij niet zes maar vijf advocaten aanstelde, waaronder de tussenkomende partijen. De verzoekende partij heeft bijgevolg geen belang om de nietigverklaring te vragen van deze vijf aanstellingen, waaronder de voornoemde tussenkomende partijen zelf.

Beoordeling

5. De stelling in de voormelde exceptie doet wezenlijk de vraag rijzen of, indien één of beide middelen gegrond zouden zijn, de eventuele vernietiging zich ook dient uit te strekken tot de beslissing tot aanstelling van de vijf advocaten voor het rechtsgebied van het arbeidshof te Gent. Nu de middelen die de verzoekende partij aanvoert enkel gericht zijn tegen de beslissing voor zover daarin haar kandidatuur niet wordt geselecteerd en bovendien, zoals hierna zal blijken, geen van beide gegrond wordt bevonden, bestaat er geen noodzaak

om over de door de tussenkomende partijen opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het eerste middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij licht toe dat zij sinds 1986 de vaste raadsman is van de verwerende partij in procedures voor de arbeidsrechtbank, en de betrokken aanstelling jaarlijks werd verlengd, zonder dat door de verwerende partij onregelmatigheden werden vastgesteld. Thans wordt haar inschrijving verworpen omdat niet zou voldaan zijn aan de kwalitatieve selectiecriteria zoals opgesomd in artikel 7.2.2, tweede gedachtestreep van het document. Van de vijftien meegedeelde referenties neemt de verwerende partij er slechts negen in aanmerking.

Op de eerste plaats vermeldt de verzoekende partij dat de verwerende partij in alle procedures opgegeven als referentie de opdrachtgever was en thans over de volledigheid van informatie beschikt met betrekking tot de door haar meegedeelde procedures. Daarnaast benadrukt zij dat artikel 7.2.2 van het document, waar duidelijk wordt gesteld dat twaalf gerechtelijke procedures als referentie worden opgegeven met betrekking tot de toepassing van de sociale reglementering zoals omschreven in artikel 2.2.2, geen interpretatie toelaat en geen nadere voorwaarden bevat met betrekking tot de modaliteiten waaraan die

gerechtelijke procedures dienen te voldoen, buiten het feit dat de inschrijver in deze procedures dient te zijn tussengekomen drie jaar voorafgaand aan de datum van de indiening van de offerte. Een gerechtelijke procedure dient volgens de verzoekende partij te worden beschouwd als een gerechtsdossier dat werd geopend naar aanleiding van het aanhangig maken van een vordering door een advocaat bij een rechtbank, waarbij het dossier wordt ingeschreven op de algemene rol onder een eigen algemeen rolnummer.

Op grond van het voorgaande betoogt de verzoekende partij dat de motivering om zes van de door haar opgegeven referenties te weren “ondeugdelijk, concreet onjuist en zelfs tegenstrijdig is”.

Wat de stukken 4 en 5 betreft, die niet in aanmerking worden genomen wegens “‘dezelfde procedure’ als [...] stuk 3” betoogt de verzoekende partij dat de betrokken procedures met afzonderlijke dagvaardingen werden ingeleid, en zij bij de bevoegde rechtbank (en ook bij haar) bekend waren onder drie verschillende rolnummers. De omstandigheid dat twee of meerdere gerechtelijke procedures of gerechtsdossiers in een latere fase samengevoegd worden, belet volgens haar niet dat zij geïndividualiseerd, en elk door hun eigen rolnummer ingeleid worden door aparte opdrachten die aan de raadsman werden toegewezen door de verwerende partij, en dus thans ook duidelijk dienen te worden beschouwd als aparte procedures. Dit blijkt ook duidelijk uit het feit dat de verzoekende partij in dezelfde dossiers nadien nog afzonderlijke gerechtelijke procedures heeft moeten voeren voor de verwerende partij met betrekking tot de ambtshalve onderwerping aan de sociale-bijdrageplicht. De weigering van deze twee referenties berust dan ook op feitelijk onjuiste overwegingen.

Het stuk 7 wordt niet aanvaard als geldige referentie omdat het een probleem van gerechtelijke invordering zou betreffen, wat niet valt onder de voorwaarde vereist in artikel 7.2.2, tweede gedachtestreep. De verzoekende partij voert aan dat het te dezen een procedure betreft die werd gesteund op de ambtshalve wijzigende berichten opgesteld door de verwerende partij ten einde

extra bijdragen te kunnen innen op reeds uitbetaalde bedragen, en aldus losstaat van de procedure tot loutere invordering van sociale bijdragen en hiermee onmogelijk gelijkgesteld kan worden. Overigens werd de procedure opgegeven in haar stuk 6 met eenzelfde voorwerp wél door de verwerende partij aanvaard als een geldige referentie.

Het stuk 10 wordt niet in aanmerking genomen wegens “‘dezelfde procedure’ als [...] stuk 9”. De verzoekende partij betoogt dat ook te dezen de betrokken procedures met afzonderlijke dagvaardingen werden ingeleid, ze bij de bevoegde rechtbank bekend waren onder verschillende rolnummers en bovendien niet werden samengevoegd door de bevoegde rechtbank.

De stukken 13 en 14 mochten volgens de verzoekende partij niet worden geweigerd wegens “te oud”, aangezien het dossiers betreffen die in een ver verleden werden opgestart maar nog steeds lopen bij de bevoegde rechtbank. Zo wijst zij erop dat zij in deze dossiers in 2017 nog conclusies heeft neergelegd – in de referentieperiode van drie jaar voorafgaand aan de indiening van de inschrijving – en de zaken werden uitgesteld in afwachting van een uitspraak van het Hof van Cassatie. Zij benadrukt dat de verwerende partij goed op de hoogte is van het feit dat beide dossiers tot op de dag van vandaag nog niet afgehandeld zijn.

De verzoekende partij besluit dat zij wel degelijk vijftien regelmatige gerechtelijke procedures heeft opgegeven, en minstens twaalf, zoals vereist door artikel 7.2.2 van het document. Haar kandidatuur werd bijgevolg ten onrechte geweerd in de kwalitatieve selectieprocedure wegens het feit dat niet zou zijn voldaan aan de eisen van beroepsbekwaamheid.

7. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij vooreerst de ontvankelijkheid van het middel omdat de verzoekende partij, hoewel zij van mening is dat artikel 7.2.2 van het document niet werd gerespecteerd, in het middel de schending ervan niet aanvoert. Vervolgens

betwist de verwerende partij de gegrondheid van het middel door per referentie verweer te voeren op de kritieken van de verzoekende partij.

8. In haar memorie van wederantwoord antwoordt de verzoekende partij dat zij duidelijk de geschonden rechtsregels heeft aangegeven, alsook een duidelijke omschrijving op welke wijze deze werden geschonden, en dat de verwerende partij het middel ook in die zin blijkt te hebben begrepen.

Ten gronde antwoordt de verzoekende partij, wat de referenties 3, 4 en 5 en de referenties 9 en 10 betreft, dat de omstandigheid dat de dagvaarding er zijn gekomen na eenzelfde controle bij de onderneming, zoals door de verwerende partij wordt aangehaald, niet de minste afbreuk doet aan het feit dat zij in verschillende opdrachten aan de verzoekende partij werden bezorgd en dat zij vervolgens hieromtrent drie, respectievelijk twee aparte gerechtelijke procedures diende op te starten. Het feit dat zij de zaken wat de referenties 3, 4 en 5 betreft, om proceseconomische redenen hangende het geding heeft laten samenvoegen, betekent niet dat ze niet meer kunnen worden beschouwd als verschillende procedures.

Wat de referentie 7 betreft, benadrukt de verzoekende partij dat ook in de procedure ressorterend onder die referentie, net zoals in deze ressorterend onder de referentie 6, die wel in aanmerking werd genomen, de verwerende partij stelt dat er in zake “eenzelfde technische bedrijfseenheid” zou zijn. Ook deze referentie handelt dus duidelijk niet over de loutere invordering van sociale bijdragen, en kan bijgevolg onmogelijk op grond hiervan worden uitgesloten.

9. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nog dat het niet aan de verwerende partij is om bij de beoordeling strengere voorwaarden te verbinden aan haar kwalitatieve selectiecriteria, die niet aanwezig zijn in het document en dus ook niet bekend waren aan de verzoekende partij op het moment van de indiening van haar referenties. Het begrip “gerechtelijke

procedure” dient te worden geïnterpreteerd in zijn spreekwoordelijke betekenis, namelijk een gerechtsdossier dat werd geopend naar aanleiding van het aanhangig maken van een vordering door een advocaat bij een rechtbank, waarbij het dossier wordt ingeschreven op de algemene rol, onder een eigen algemeen rolnummer. Dat dagvaarding gericht zijn tegen dezelfde schuldenaar is te dezen dan ook volgens haar irrelevant. Zij begrijpt dan ook niet waarom dergelijke dagvaarding van de verzoekende partij niet kunnen worden aanvaard, maar dagvaarding die gericht zijn tegen onderscheiden entiteiten doch wel handelen over eenzelfde juridische betwisting, wel. Zij blijft er dan ook bij dat de verwerende partij met het verwerpen van de referenties 4, 5 en 10 de draagwijdte van het begrip gerechtelijke procedure miskent.

Wat de referenties 13 en 14 betreft, blijft de verzoekende partij erbij dat van een zorgvuldige overheid kan worden verwacht dat zij bij enige twijfel over de geldigheid van de referenties, indien zij beschikt over alle informatie met betrekking tot deze referenties in haar centrale databank, deze raadpleegt. Het feit dat deze een groot aantal dossiers bevat, doet volgens haar geen afbreuk aan het feit dat de verwerende partij daarin op enkele ogenblikken een opzoeking kan doen op grond van de referenties die werden meegedeeld.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

10. De verzoekende partij blijkt in haar betoog meerdere keren uitdrukkelijk te verwijzen naar het voormelde artikel 7.2.2 van het document. De omstandigheid dat die bepaling niet werd opgesomd in de geschonden geachte rechtsnormen maakt op zichzelf het middel niet onontvankelijk.

De exceptie wordt verworpen.

Gegrontheid van het middel

11. De voorliggende aanstellingsprocedure strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Er dient dan ook te worden verondersteld dat zij in principe over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt om de selectiecriteria vast te stellen en bij de beoordeling of de voorgelegde referenties daaraan voldoen. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur maar mag desgevraagd wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

12. In artikel 7.2.2 van het document wordt vermeld dat de kandidaat “aan de hand van een afschrift van de gerechtelijke beslissingen of van conclusies” bewijst “dat hij voldoet aan de hierboven gestelde voorwaarden”.

De stukken 4 en 5 bij de offerte van de verzoekende partij worden door de verwerende partij verworpen omdat het “dagvaardingen [zijn] inzake dezelfde procedure als stuk 3”.

De stukken 4 en 5 blijken twee bijkomende dagvaardingen te betreffen die het voorwerp uitmaken van eenzelfde conclusie en hebben geleid tot één gerechtelijke beslissing, die werd gevoegd bij het stuk 3.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat de beoordeling dat de stukken 3, 4, en 5 dezelfde gerechtelijke procedure betreffen, onzorgvuldig zou zijn en dat de verwerende partij de draagwijdte van het begrip “gerechtelijke procedure” zou hebben miskend door met dit begrip volwaardige of zelfstandige procedures te bedoelen en niet louter bijkomende vorderingen binnen eenzelfde basisgeschiedenis. Dat de betrokken dagvaardingen initieel werden ingeschreven met een eigen rolnummer en in het kantoor van de verzoekende partij een eigen referentie dragen, doet geen afbreuk aan het voorgaande.

13. De stukken 13 en 14 bij de offerte van de verzoekende partij worden door de verwerende partij verworpen omdat ze “te oud (2009-2011)” zijn.

Het stuk 13 betreft een rechtsgeding waarbij het meest recent bijgebrachte stuk – een arrest van het hof van beroep te Antwerpen – dagtekent van 20 oktober 2011. Het stuk 14 betreft dan weer een rechtsgeding waarbij het meest recente bijgebrachte stuk – een conclusie voor de arbeidsrechtbank te Dendermonde opgesteld door de verzoekende partij – dateert van 26 november 2009.

De verwerende partij mocht dan ook op rechtmatige wijze, op grond van de voormelde door de verzoekende partij bij haar offerte gevoegde stukken, besluiten dat deze referenties aldus buiten de te dezen toepasselijke referentieperiode van drie jaar voorafgaand aan de indiening van de offertes vallen. Voor zover de verzoekende partij thans betoogt dat het rechtsgedingen betreft die nog hangende zijn en waarin zij in 2017 nog conclusies zou hebben neergelegd, volstaat de vaststelling dat die conclusies van 2017 niet bij de betrokken referenties werden gevoegd. Van een normaal zorgvuldige overheid kan bovendien in beginsel niet worden verwacht dat zij bij elke kandidaat telkens zou moeten nagaan of de betrokken zaken van de meegedeelde referenties waar zij de opdrachtgever van was, al dan niet nog hangende zijn en er al dan niet meer recente tussenkomsten zijn gebeurd.

14. Uit wat voorafgaat, volgt dat de verzoekende partij in gebreke blijft aan te tonen dat vier van de vijftien meegedeelde referenties ten onrechte zouden zijn verworpen. Zij kan bijgevolg hoogstens elf geldige referenties hebben voorgelegd, zodat zij niet voldoet aan het door artikel 7.2.2, tweede gedachtestreepje, van het document vereiste minimumaantal van twaalf.

De kritiek op de weigering van de stukken 7 en 10 kan er dan ook niet toe leiden dat er zou moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij ten onrechte niet werd geselecteerd.

15. Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

16. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel, van het redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, alsook machtsafwending.

Zij wijst erop dat de selectiecriteria in redelijke verhouding dienen te staan tot het voorwerp van de opdracht, en de overheid geen voorwaarden mag opleggen die de mededinging disproportioneel belemmeren. Met betrekking tot het aantal gevraagde referenties betekent dit dat deze enkel kunnen worden bepaald in het licht van de aard en dus de omvang van de aanstelling. De verzoekende partij betoogt alsdan dat het duidelijk is dat te dezen de kwalitatieve selectieprocedure haar doel voorbyschiet indien deze ertoe leidt dat de verzoekende partij met meer dan 30 jaar dienst en ervaring wordt afgewezen als niet beroepsbekwaam. De vereiste om een totaal van vierentwintig gerechtelijke procedures inzake sociaal-zekerheidsrecht in de afgelopen drie jaar voor te leggen – twaalf invorderingsprocedures en twaalf “andere” procedures inzake sociaal-zekerheidsrecht – terwijl zij door de verwerende partij gedurende de laatste drie jaar niet eens voor een dergelijk aantal zaken werd aangesteld, is bijgevolg volstrekt disproportioneel en tegenstrijdig. In de bestreden beslissing wordt het begrip “gerechtelijke procedure” zo strikt opgevat dat zaken met verschillende rolnummers maar in gelijkaardige procedures niet worden toegelaten als referentie, noch zaken die ouder zijn dan drie jaar maar waarbij de laatste drie jaar wel werd tussengekomen. De verzoekende partij vervolgt dat deze volstreekte disproportionaliteit leidt tot een manifeste schending van het gelijkheidsbeginsel. Zij was de laatste drie jaar “voor het behalen van voldoende referenties” volledig afhankelijk van de zaken die haar werden toebedeeld door

de verwerende partij en aangezien deze reeds gedurende meer dan dertig jaar cliënte was van de verzoekende partij, was het voor haar onmogelijk om andere referenties te behalen buiten de door de verwerende partij toebedeelde zaken. Referenties inzake gerechtelijke procedures met betrekking tot het sociaal-zekerheidsrecht kunnen enkel worden verkregen door ofwel op te treden voor de verwerende partij, dan wel tegen haar, en het is duidelijk dat het deontologisch voor de verzoekende partij onmogelijk was om op te treden tegen de verwerende partij. De verwerende partij legt hier bovendien in de aanstellingsprocedure een voorwaarde op die zij zelf in handen had en die dus favoriete advocaten kon bevoordelen, wat een vorm van machtsafwending uitmaakt. De verzoekende partij besluit dat het vereisen van een groot aantal procedures te dezen niet in verhouding staat met de aanstellingsprocedure, de betrokken selectiecriteria manifest in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel daar de verzoekende partij als huisadvocaat van de verwerende partij enkel toegang had tot de gerechtelijke procedures die door de verwerende partij aan haar werden toebedeeld, in tegenstelling tot andere kandidaten die de keuze hadden uit een ruimer cliënteelbestand, en ten slotte, de verzoekende partij aldus wordt uitgesloten op grond van een voorwaarde waarvoor zij volledig afhankelijk wordt gesteld van de keuze tot aanstelling door de verwerende partij.

17. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij op de eerste plaats de ontvankelijkheid van het middel. Verwijzend naar artikel 5 van het document, betoogt zij dat de verzoekende partij haar opmerkingen of bezwaren diende aan te voeren voordat zij haar offerte indiende, wat zij niet heeft gedaan. Vervolgens doet de verwerende partij gelden dat het betrokken kwalitatief selectie criterium wel redelijk en proportioneel is en het gelijkheidsbeginsel niet miskent, noch dat er sprake is van machtsafwending.

18. Wat de opgeworpen exceptie betreft, antwoordt de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dat de restrictieve toepassing van de kwalitatieve selectievereiste die de verwerende partij na controle van de offertes

heeft gehanteerd, niet staat beschreven in de selectiecriteria, zodat zij daaromtrent onmogelijk voorafgaand opmerkingen of bezwaren kon aanvoeren.

Ten gronde antwoordt de verzoekende partij op de eerste plaats op het argument van de verwerende partij dat deze op de bedoelde manier kan nagaan of de inschrijvers “circa 100 gerechtelijke procedures per jaar” zouden kunnen behandelen, dat daartoe in artikel 7.2.3 van het document een apart selectie criterium is opgelegd, namelijk dat de advocaat ten minste één advocaat-medewerker en één administratief personeelslid zal hebben voor de uitvoering van het contract. Dit criterium is gericht op de bepaling van de capaciteit van het kantoor, terwijl met het kwestieuze selectie criterium de kennis en de beroepsbekwaamheid van de inschrijver in de sociale materies wordt getoetst. Dit blijkt ook uit het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de procedures van invordering en de overige procedures.

Vervolgens herhaalt de verzoekende partij haar kritiek dat zij in de onmogelijkheid was om een dergelijk aantal procedures voor te leggen volgens de restrictieve redenering van de verwerende partij, omdat deze haar in de afgelopen drie jaar niet voor een dergelijk aantal zaken heeft aangesteld. Zij voegt daaraan toe dat de disproportionaliteit bovendien afgeleid kan worden uit de beslissing om 58 van de 91 kandidaten niet te selecteren op grond van een gebrek aan bewijs van beroepsbekwaamheid, terwijl alle kandidaturen werden ingezonden door kandidaten die voorheen reeds een mandaat genoten van de verwerende partij en in het verleden dus blijkbaar wel werden beschouwd als voldoende beroepsbekwaam om voor haar procedures te voeren.

Volgens de verzoekende partij maakt de verwerende partij gebruik van het selectie criterium om de intrinsieke kwaliteit van de offertes na te gaan in plaats van de geschiktheid van de kandidaten, en maakt het in feite een verdoken gunningscriterium uit. De invulling van het selectie criterium gaat haar doel voorbij en is niet in overeenstemming met het proportionaliteitsbeginsel.

19. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat de betrokken selectievoorwaarde ertoe leidt dat de verwerende partij met kennis van zaken kandidaten die in het verleden voor haar hebben gewerkt, kan uitsluiten door meer zaken te vereisen dan zij aan die kandidaten heeft toegekend in de loop van de jaren, wat onredelijk is. Minstens gaat het hier wel degelijk over een schending van het gelijkheidsbeginsel, doordat “[o]p deze manier [...] objectief niet-vergelijkbare situaties – enerzijds door de RSZ tewerkgestelde advocaten die voor hun referenties afhankelijk zijn van Verwerende partij en anderzijds door de RSZ niet-tewerkgestelde advocaten die niet afhankelijk zijn van Verwerende partij om hun referenties aan te tonen – gelijk [worden] behandeld zonder dat dit in het licht van het gelijkheidsbeginsel als redelijk verantwoord kan worden beschouwd”.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

20. De onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbe­paling verwijt, mogen in beginsel nog op ontvankelijke wijze worden aangevoerd tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure (Raad van State, algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake de nv Labonorm). Zo ook is het de verzoekende partij in de onderhavige zaak in beginsel toegelaten om onrechtmatigheden die zij aan een bepaling van het document verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere aanstellingsbeslissing.

Luidens artikel 5 van het document dient de kandidaat “[e]lke betwisting over de wettelijkheid van de huidige procedure of van één van de bepalingen in de documenten van de procedure [...] onmiddellijk en vóór de neerlegging van zijn offerte ter kennis te [brengen] van de RSZ” en erkent de kandidaat door de neerlegging van zijn offerte dat hij geen enkel voorbehoud maakt met betrekking tot de wettelijkheid van deze procedure.

De draagwijdte die de verwerende partij aan deze bepaling geeft, namelijk dat ze de verzoekende partij zou verhinderen zich in rechte te beroepen op een onwettigheid in het document die zij volgens deze bepaling tijdig diende te melden, kan niet worden aanvaard.

De exceptie wordt verworpen.

Gegrontheid van het middel

21. In de voorliggende aanstellingsprocedure voor advocaten, waarbij een publieke oproep wordt gedaan tot kandidaten, komt het aan de overheid toe datgene te bepalen waarvan blijkt moet worden gegeven om de financiële, economische en technische draagkracht van de inschrijvers aan te tonen. Daarbij moet zij op grond van het gelijkheidsbeginsel alleen reeds er zorg voor dragen dat de selectiecriteria en het vereiste niveau op zodanige wijze worden vastgesteld dat deze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. De Raad van State mag daarbij niet in de plaats van de overheid treden maar desgevraagd wel onderzoeken of zij met die vereisten niet op ontoelaatbare wijze de mededinging beperkt of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengt.

22. De verzoekende partij doet gelden dat het bedoelde kwalitatief selectie criterium inzake beroepsbekwaamheid vervat in artikel 7.2.2 van het document disproportioneel is ten aanzien van het voorwerp van de opdracht. De verzoekende partij betwist op zich niet dat met het betrokken kwalitatieve selectie criterium een bepaald aantal referenties mag worden vereist, dat bovendien, zoals de verzoekende partij zelf stelt, evenredig dient te zijn “in het licht van de aard en dus de omvang van de aanstelling”. Zij maakt vervolgens niet aannemelijk dat dit selectie criterium, waarbij wordt vereist dat de kandidaat in de afgelopen drie jaar is tussengekomen “in zijn hoedanigheid van advocaat, als eiser of verweerder, al dan niet voor rekening van de RSZ” in het kader van vierentwintig gerechtelijke procedures, disproportioneel zou zijn, in acht

genomen dat – blijkens de bijlage 2 bij het document “Volumes van het jaar 2017” – het aantal procedures voor het betrokken perceel in 2017 bijna duizend bedroeg. De omstandigheid dat de verzoekende partij ondanks “meer dan 30 jaar dienst en ervaring” niet het bewijs kan leveren dat zij aan deze drempel komt, en dat 58 van de 91 kandidaten die allen “voorheen reeds een mandaat genoten van de Verwerende partij” dit bewijs niet hebben kunnen leveren, maakt het betrokken kwalitatief selectie criterium op zich niet disproportioneel. Ook de omstandigheid dat in artikel 7.2.3 van het document de “kantoorcapaciteit” van de kandidaat wordt getoetst, maakt het betrokken selectie criterium dat peilt naar het aantal betrokken gerechtelijke procedures waarin de kandidaat is tussengekomen, niet onrechtmatig. In de mate dat de verzoekende partij vervolgens betoogt dat het te dezen om een verdoken gunningscriterium zou gaan dat de intrinsieke kwaliteit van de offerte beoogt na te gaan, geeft zij een nieuwe wending aan haar middel, die zij eerder in het debat had kunnen en moeten brengen.

De verzoekende partij blijft in gebreke op concrete wijze aan te tonen dat de verwerende partij met de voormelde kwestieuze selectie-eis, minimumeisen heeft gesteld die niet in proportionele verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

23. Voorts doet de verzoekende partij gelden dat het hanteren van het voornoemde kwalitatief selectie criterium inzake de beroepsbekwaamheid het gelijkheidsbeginsel schendt. Zij ziet een discriminatie door de gelijke behandeling van, enerzijds, door de RSZ tewerkgestelde advocaten en, anderzijds, advocaten die dat niet zijn en bijgevolg niet afhankelijk zijn van de verwerende partij om aan referenties te komen en aldus de keuze hebben uit een ruimer cliëntenbestand.

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen – of zoals te dezen een gelijke behandeling van niet-vergelijkbare gevallen – verboden is, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke

verantwoording bestaat. Wanneer de schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd, komt het aan de verzoekende partij toe voldoende concrete elementen aan te brengen om, in de eerste plaats, de niet-vergelijkbaarheid van haar eigen situatie met die van anderen aan te tonen en vervolgens waarom de gelijke behandeling daarvan een discriminatie uitmaakt.

De verzoekende partij reikt geen concrete gegevens aan die een deugdelijke vergelijking van de aangevoerde situaties mogelijk maakt. In zoverre zij beweert dat “alle kandidaturen werden ingezonden door kandidaten die voorheen reeds een mandaat genoten van Verwerende partij”, spreekt zij zichzelf alvast tegen. Ook blijkt de referenties die de gekozen kandidaten voor het betrokken perceel hebben voorgelegd, die als vertrouwelijke stukken zijn neergelegd en waarop de Raad van State vermag acht te slaan, zijn deze allen in het verleden door de RSZ aangesteld. Het uitgangspunt van de verzoekende partij, dat zij werd vergeleken met niet door de RSZ aangestelde advocaten, faalt dan ook in feite.

24. Ten slotte voert de verzoekende partij “een vorm van machtsafwending” aan, in de mate dat de verwerende partij met het betrokken selectie criterium een voorwaarde oplegt die zij zelf in de hand had en dus favoriete advocaten kon bevoordelen.

Machtsafwending is de onwettigheid die er in bestaat dat een overheid de bevoegdheid die haar tot het bereiken van een bepaald oogmerk van algemeen belang is gegeven, gebruikt voor het nastreven van een ander doel én dat het ongeoorloofde oogmerk het enig doel van de bestreden handeling is. Een verzoekende partij die machtsafwending inroept moet het bewijs leveren dat de beweegredenen die het bestuur opgeeft voor een bepaalde handeling niet de werkelijke beweegredenen zijn. Zij moet met andere woorden het bewijs leveren dat het bestuur met de bestreden beslissing een ongeoorloofd oogmerk nastreeft.

De verzoekende partij beperkt er zich te dezen toe

machtsafwending te opperen zonder echter dat specifieke bewijs te leveren. De loutere bewering dat de verzoekende partij, die in de jaren voorafgaand aan de opdracht optrad als advocaat van de verwerende partij, van die laatste in die periode geen voldoende aantal zaken zou hebben gekregen om op haar eentje de vereiste drempel te halen, vormt op zich genomen geen bewijs van een opzet daartoe in hoofde van de verwerende partij.

25. Het tweede middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De kennisgeving van dit arrest gebeurt met een e-mailbericht.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomen, begroot op 450 euro, ieder voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken op twee juni tweeduizend twintig door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest