

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.518 van 19 januari 2021
in de zaak A. 232.497/XII-9004**

In zake: de NV EVODIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Maartje Jongbloet en Thomas Eyskens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA FLUVIUS SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stephanie Taelemans en Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de BVBA WIREWAVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jochen Ooms en Kristof Uytterhoeven
kantoor houdend te 2600 Berchem
Potvlietlaan 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

2. de NV CEBEO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Fien D'Haenens
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het

besluit dd. 2 december 2020 waarbij [de cvba] Fluvius System Operator meedeelt aan [de nv] Evodis dat haar de opdracht ‘FLU19L074 Microtubes’ niet wordt gegund”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 4 januari 2021 hebben de bvba Wirewave en de nv Cebeo gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 januari 2021, om 11.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Thomas Eyskens en Maartje Jongbloet, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Ann-Sofie Custers en Charlotte Persoons, die *loco* advocaten Gitte Laenen en Stephanie Taelemans verschijnen voor de verwerende partij, advocaat Jochen Ooms, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Fien D’Haenens, die *loco* advocaat Sofie Logie verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 de levering van microtubes en hulpstukken, en dit in opdracht en voor rekening van

Fluvius Antwerpen, Fluvius Limburg, Gaselwest, Imewo, Fluvius West, Intergem, Iveka, Iverlek, PBE, Riobra en Sibelgas die allen als aanbesteder voor de opdracht dienen te worden beschouwd. Het betreft een opdracht in de speciale sectoren.

De plaatsingswijze is de openbare procedure. De opdracht is onderverdeeld in drie percelen, namelijk perceel 1 “Direct install microtubes 12x1,0mm”, perceel 2 “Direct Burial DB1 + DB2” en perceel 3 “Direct Burial Bundles”.

De opdracht betreft het sluiten van één raamovereenkomst met één ondernemer per perceel, behoudens voor perceel 1 en 3 waarvoor er een raamovereenkomst zal worden afgesloten met twee ondernemers.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 31 augustus 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 4 september 2020.

3.3. Het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek bepaalt:

“2.1.10.2 Selectiecriteria

Om de economische en financiële draagkracht van de inschrijvers te waarborgen, wordt aan de inschrijvers het volgende gevraagd:

- De inschrijver dient een verklaring voor te leggen (eventueel gestaafd met een jaarrekening) waaruit kan worden afgeleid dat de minimale jaaromzet in de laatste 3 boekjaren van het bedrijf, met name in het domein van deze opdracht, minimaal 1.500.000 € bedraagt.”

De prijs is het enig gunningscriterium.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 1 oktober 2020. Zes inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in, telkens voor alle percelen.

3.5. In het gunningsverslag worden alle inschrijvers geselecteerd. De beoordeling in het gunningsverslag luidt als volgt :

“7.2 Onderzoek in kader van geschiktheid
7.2.1 Financiële en economische draagkracht
Er werden geen kandidaturen uitgesloten.
[...].”

De offerte van de verzoekende partij wordt, wat perceel 2 betreft, in het gunningsverslag substantieel onregelmatig bevonden.

Na toetsing van de offertes aan het gunningscriterium, wordt voorgesteld om de opdracht als volgt te gunnen:

“

10. Gunningsvoorstel

Er wordt voorgesteld het totaalbedrag van € **2.804.000** als volgt te gunnen:

Perceel	Opdrachtnemer(s)	Volume (m)	Waarde €/jaar	Waarde %
P1	Cebeo N.V. (50%)	1.482.000	€ 192.660	27,5 %
P1	6X International (50%)	1.482.000	€ 192.660	27,5 %
P2	Cebeo N.V	89.000	€ 56.490	8 %
P3	Cebeo N.V. (4 art + 1 art 50%)	88.000	€ 174.550	24,9 %
P3	Wirewave (1 art 50%)	46.000	€ 84.640	12,1 %
	TOTAAL	3.187.000	€ 701.000	100%

”

3.6. Op 2 december 2020 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsvoorstel te gunnen.

Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht gedagtekend 3 december 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte substantieel onregelmatig werd bevonden voor perceel 2 en dat haar offerte niet werd gekozen voor de percelen 1 en 3.

3.7. Met een e-mailbericht van 16 december 2020 worden de stukken van het administratief dossier, die door de verwerende partij als niet vertrouwelijk worden aangewezen, bezorgd aan de raadsman van de verzoekende partij.

IV. Tussenkomst

4. De bvba Wirewave en de nv Cebeo blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg worden hun verzoeken tot tussenkomst ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De tweede tussenkomende partij dient naast haar verzoekschrift in tussenkomst enkele dagen na het verlopen van de in de beschikking van vaststelling vastgestelde termijn een “nota” in.

Vanuit het oogpunt van een goede rechtsbedeling is het passend dit stuk hoogstens ten titel van inlichting te bejegenen.

VI. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

6. Het beroep, woordelijk gericht tegen de niet-gunning van de opdracht aan de verzoekende partij, mag in het licht van onder meer de middelen worden geacht te zijn gericht tegen de gunningsbeslissing van 2 december 2020 die de beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij impliceert.

Voorts lijkt uit de omschrijving van de bestreden beslissing in het verzoekschrift te mogen worden afgeleid dat uitsluitend de beslissingen die verband houden met de gunning van de percelen 1 en 3 van de opdracht, het voorwerp uitmaken van het beroep. Het beroep lijkt aldus geen betrekking te hebben op de beslissing die genomen werd over perceel 2 van de opdracht in het kader waarvan de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig werd verklaard. Ter terechtzitting wordt deze zienswijze door de verzoekende partij bevestigd.

VII. Ontvankelijkheid van de vordering

7. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de tweede tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen.

Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VIII. Schorsingsvoorwaarden

8.1. 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.

8.2. 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.

IX. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: *formelemotiveringswet*), van het materieelmotiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van artikel 147, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: *wet overheidsopdrachten 2016*), van artikel 151, § 2, *juncto* artikel 71, tweede lid, van diezelfde wet, van artikel 70 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: *koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren*) *juncto* artikel 67, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: *koninklijk besluit plaatsing klassieke sectoren*), van artikel 2.1.10.2 van het bestek “FLU19L074/4900002116 Microtubes”, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en van “het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, zoals tevens vervat in artikel 4” van de wet overheidsopdrachten 2016.

9.1. In een eerste middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de in het gunningsverslag opgenomen motivering aangaande het voldoen aan het selectievereiste inzake de financiële en economische draagkracht manifest gebrekkig is in het licht van de artikelen 2 en 3 van de *formelemotiveringswet* en het materieelmotiveringsbeginsel.

De bestreden beslissing vermeldt niet welke juridische en feitelijke overwegingen aan de beslissing tot selectie van alle kandidaten ten grondslag liggen. Zo wordt er niet uiteengezet op grond van welke feiten de verwerende partij heeft kunnen besluiten dat iedere kandidaat over een minimale jaaromzet van 1.500.000 euro in de laatste drie boekjaren van het bedrijf in het domein van de opdracht beschikt, laat staan dat deze beslissing wordt ondersteund met een verwijzing naar de door de kandidaten voorgelegde verklaring omtrent de omzet of naar de vraag of deze kandidaten eventueel een beroep hebben gedaan op de draagkracht van een derde. Daarenboven kan uit de bestreden beslissing

evenmin worden opgemaakt of de verklaringen omtrent de omzet van de verschillende kandidaten naar behoren zijn onderzocht en inhoudelijk zijn beoordeeld, dan wel of het bestaan van de vereiste omzet naar behoren is bewezen.

Bovendien, zo vervolgt de verzoekende partij, getuigt de bestreden beslissing aldus ook van een uiterst onzorgvuldig en onredelijk bestuur, daar de beslissing niet lijkt te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met zorgvuldigheid werden vastgesteld en door de verwerende partij deugdelijk werden onderzocht.

Voor zover, zo merkt de verzoekende partij voorts op, dat de verwerende partij onder verwijzing naar een bepaalde rechtspraak van de Raad van State zou argumenteren dat zij zich met betrekking tot de selectievoorwaarden tot een summiere motivering mag beperken, brengt de verzoekende partij het arrest van de Raad van State nr. 242.230 van 28 augustus 2018 in herinnering. De Raad heeft volgens haar met dit arrest aangenomen dat de loutere verklaring dat geen enkele kandidatuur werd afgewezen, niet volstaat in het licht van de formelemotiveringsplicht. Meer nog oordeelde de Raad dat de beslissing in dat geval gewoonweg niet is gemotiveerd. Dat de verwerende partij zich in de thans bestreden beslissing beperkt tot de vaststelling dat “[e]r [...] geen kandidaturen [werden] uitgesloten” bij gebrek aan financiële en economische draagkracht, kan volgens haar dan ook niet worden aanvaard.

Daarbij komt volgens de verzoekende partij nog dat zij het administratief dossier heeft opgevraagd, maar slechts beperkte stukken heeft ontvangen. Zij wijst er ook op dat overeenkomstig de rechtspraak van de Raad geen rekening mag worden gehouden met argumenten die naderhand worden aangevoerd.

9.2. In een tweede middelonderdeel argumenteert de verzoekende partij dat de uiterst summiere motivering in de bestreden beslissing in ieder geval enkel en alleen zou kunnen volstaan wanneer er zich bij de selectie geen bijzondere moeilijkheden hebben voorgedaan. Dit is te dezen niet zo aangezien blijkt dat de conformiteit van bepaalde offertes of de voorwaarden waaraan de kandidaturen moesten voldoen, vragen kunnen doen rijzen.

Vervolgens zet zij uiteen dat bij het voldoen door minstens vier kandidaten aan de kwestieuze selectievoorwaarde vraagtekens kunnen worden geplaatst waardoor de motivering van de selectie van deze kandidaten in de bestreden beslissing dan ook in geen geval volstaat.

Onverminderd het formeelmotiveringsgebrek waarmee de betreden beslissing is behept, moet in ieder geval volgens de verzoekende partij worden vastgesteld dat niet valt in te zien hoe de verwerende partij de kandidaturen van minstens de bvba 6X International, de bv Wirewave en de nv Cebeo voor de opdracht heeft kunnen selecteren.

Het bestek bepaalt niet wat er moet worden verstaan onder “het domein van deze opdracht” maar uit verschillende gegevens en in een eerste hypothese kan volgens de verzoekende partij worden afgeleid dat het domein van de opdracht moet worden gelijkgesteld met het voorwerp ervan.

De verwerende partij had bij de toetsing van de kandidaten aan de selectievoorwaarden dan ook moeten nagaan of zij beschikten over een minimale jaaromzet van 1.500.000 euro in de afgelopen drie boekjaren voor de aankoop en levering van microtubes en hulpstukken.

Noch uit het administratief dossier, noch uit de bestreden beslissing of het gunningsverslag kan worden afgeleid dat deze kandidaten aan deze voorwaarde voldoen, of dat dit door de verwerende partij minstens naar behoren is onderzocht.

Wanneer de verwerende partij bij de toetsing van de hierboven genoemde kandidaten aan de voorwaarde van financiële en economische draagkracht, in een tweede hypothese, enkel en alleen zou hebben nagegaan of deze kandidaten over een totale jaaromzet van 1.500.000 euro beschikten in de afgelopen drie boekjaren, en dit niet zou hebben betrokken op het domein van de opdracht, moet in elk geval worden vastgesteld dat dit een flagrante schending zou zijn van artikel 147, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en artikel 2.1.10.2 van het bestek, daar de verwerende

partij zelf heeft bepaald dat er een bepaalde jaaromzet vereist was “met name in het domein van deze opdracht”.

In deze tweede hypothese beschikt de verwerende partij bovendien over een uiterst discretionaire bevoegdheid, waardoor het dan ook absoluut niet te verantwoorden is dat de wijze waarop zij de financiële en economische draagkracht van de hierboven genoemde partijen heeft onderzocht niet blijkt uit de bestreden beslissing, het gunningsverslag of het administratief dossier.

9.3. In een derde middelonderdeel voegt de verzoekende partij er nog aan toe dat in elk geval moet worden opgemerkt dat de verwerende partij niet had mogen beslissen dat de bvba 6X International, de bv Wirewave en de nv Cebeo voldoen aan het selectievereiste inzake financiële en economische draagkracht, omwille van een gebrek aan materiële draagkracht.

Zij onderbouwt deze argumentatie, die hierna uitgebreider aan bod komt bij de beoordeling, onder meer door verwijzing naar de jaarrekeningen van de betrokken inschrijvers.

Beoordeling

10.1. In het eerste middelonderdeel betoogt de verzoekende partij in essentie dat de in het gunningsverslag opgenomen motivering aangaande het voldoen aan het selectievereiste inzake de financiële en economische draagkracht manifest gebrekkig is in het licht van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet en het materieelmotiveringsbeginsel.

Met betrekking tot het onderzoek van de kwalitatieve selectie van de inschrijvers wordt in het gunningsverslag per selectie criterium vermeld dat geen kandidaten worden uitgesloten en wordt aldus aangenomen dat alle inschrijvers aan het criterium voldoen.

Deze weerslag in het gunningsverslag, die weliswaar, wat het gevoerde onderzoek inzake de selectiecriteria betreft, bondig is, lijkt echter

afdoende in het geval dat de verwerende partij van oordeel is dat werd voldaan aan de selectiecriteria.

Zowel uit het gunningsverslag zelf, uit het document “Check administratieve regelmatigheid” als uit de vragen tot verduidelijking, die de verwerende partij de inschrijvers blijkt te hebben gesteld in het kader van de kwalitatieve selectie, blijkt op het eerste gezicht ook dat de gegeven motivering geenszins een loutere stijlformule betreft, doch dat de verwerende partij uitvoerig lijkt te hebben onderzocht of de inschrijvers voldeden aan het gestelde selectievereiste van de financiële en economische bekwaamheid.

De verzoekende partij lijkt ook niet dienstig te kunnen verwijzen naar het arrest nr. 242.230 van 28 augustus 2018 waarin de Raad heeft geoordeeld dat de loutere verklaring dat geen enkele kandidatuur werd afgewezen in de concrete omstandigheden van die zaak niet volstond in het licht van de formelemotiveringsplicht. De Raad was toen immers van oordeel dat het een geval betrof waarin de fase die eraan voorafging bijzondere moeilijkheden had opgeleverd, in welk geval een dergelijke beknopte motivering niet kan volstaan.

De bijzondere moeilijkheden waar de verzoekende partij in onderhavige zaak naar verwijst om het vereiste van een ruimere formele motivering te ondersteunen, lijken op het eerste gezicht echter louter te zijn gestoeld op een eigen interpretatie die de verzoekende partij achteraf geeft aan de betrokken besteksbeplanning. Overigens blijkt uit stuk 6.2 van het administratief dossier dat de verzoekende partij reeds vóór de indiening van haar beroep op de hoogte was van de interpretatie van deze besteksbeplanning door de verwerende partij en de wijze waarop de verwerende partij aldus de kandidaten getoetst heeft aan het voormelde selectievereiste.

Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

10.2.1. In het tweede middelonderdeel betoogt de verzoekende partij in essentie dat, nu het bestek niet bepaalt wat er moet worden verstaan onder “het domein van deze opdracht”, dit gelijkgesteld moet worden met het voorwerp ervan. De verwerende partij had bij de toetsing van de kandidaten aan de

selectievoorwaarden volgens haar dan ook moeten nagaan of deze kandidaten beschikten over een minimale jaaromzet van 1.500.000 euro in de afgelopen drie boekjaren voor de aankoop en levering van microtubes en hulpstukken. Nergens blijkt uit, zo betoogt zij, dat de kandidaten aan deze voorwaarde voldoen, of dat dit door de verwerende partij is nagegaan. In de mate dat de verwerende partij bij de toetsing van de kandidaten aan de voorwaarde van financiële en economische draagkracht, enkel zou hebben nagegaan of deze kandidaten over een totale jaaromzet van 1.500.000 euro beschikten in de afgelopen drie boekjaren, is dit volgens de verzoekende partij een flagrante wetsschending aangezien de verwerende partij zelf heeft bepaald dat er een bepaalde jaaromzet vereist was “met name in het domein van deze opdracht”.

10.2.2. Te dezen dienden de inschrijvers om hun economische en financiële draagkracht aan te tonen volgens het bestek “een verklaring voor te leggen (eventueel gestaafd met een jaarrekening) waaruit kan worden afgeleid dat de minimale jaaromzet in de laatste 3 boekjaren van het bedrijf, met name in het domein van deze opdracht, minimaal 1.500.000 € bedraagt”.

Uit de stukken van het administratief dossier en de nota blijkt dat de verwerende partij de verwijzing in het voormelde selectievereiste naar “het domein van deze opdracht” niet heeft geïnterpreteerd als gelijk te stellen met het voorwerp van de opdracht. Zij heeft daarentegen er voor geopteerd om een selectie criterium op te nemen met een minimale omzet binnen het “domein” van de opdracht, en niet binnen het “voorwerp” van de opdracht, dit met het oog op een ruimere mededinging.

Artikel 67, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing klassieke sectoren *juncto* artikel 70 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren, bepaalt uitdrukkelijk dat, wat de in paragraaf 1, tweede lid, 2°, in het voormelde artikel 67 bedoelde verklaring van de totale omzet betreft, de aanbestedende overheid mag eisen “dat de ondernemers een minimumjaaromzet realiseren, met name in het domein waarop de opdracht betrekking heeft”, zoals zij te dezen lijkt te hebben gedaan.

De interpretatie van de verwerende partij dat het domein van de opdracht waarnaar wordt verwezen het glasvezelmateriaal is, hetgeen aldus ruimer blijkt te zijn dan enkel en alleen het voorwerp van de opdracht, dat betrekking heeft op de aankoop en levering van microtubes en hulpstukken, lijkt op het eerste gezicht niet onrechtmatig.

Volgens de letterlijke bewoordingen van de betrokken besteksbepaling wordt verwezen naar “het domein” van de opdracht. Aangenomen lijkt dan ook te kunnen worden dat de verwerende partij in haar bestek vroeg om een minimale jaaromzet van 1.500.000 euro binnen het domein van de opdracht, zijnde glasvezelmateriaal, en niet binnen het voorwerp van de opdracht, zijnde microtubes.

Deze interpretatie lijkt op het eerste gezicht overigens ook bevestiging te vinden in de in de aankondiging vermelde CPV-code Hoofdcategorie “32560000 Glasvezelmateriaal”.

Ook blijkt het “domein van deze opdracht” op het eerste gezicht duidelijk uit bijlage 8 bij het bijzonder bestek – Technisch Lastenboek, waarin verwezen wordt naar de aanleg van glasvezelnetten.

De ruimere interpretatie die de verwerende partij aldus geeft aan de betrokken besteksbepaling, lijkt op het eerste gezicht ook meer tegemoet te komen aan het vereiste van proportionaliteit van de gestelde selectievereisten zoals omschreven in artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, evenals overeen te stemmen met het doel van de regelgever zoals ook uiteengezet in het verslag aan de Koning bij het voormelde artikel 67 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (BS 9 mei 2017, bladzijden 55370 tot 55371).

Hierbij mag ook worden opgemerkt dat de verzoekende partij bij het indienen van haar offerte ter staving van haar economische en financiële draagkracht haar jaarrekening met vermelding van haar totale omzetcijfers heeft bijgevoegd. Haar interpretatie dat de besteksbepaling diende te worden begrepen in de zin dat omzetcijfers inzake de aankoop en levering van microtubes en

hulpstukken dienden te worden voorgelegd, lijkt aldus evenmin bevestiging te vinden in haar eigen offerte.

Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

10.3. In het derde middelonderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij in elk geval niet had mogen beslissen dat de bvba 6X International, de bvba Wirewave en de nv Cebeo voldoen aan het selectievereiste inzake financiële en economische draagkracht en dat omwille van een gebrek aan materiële draagkracht.

10.3.1. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat het feit dat de bvba 6X International een beroep deed op de draagkracht van een derde, niet blijkt uit de bestreden beslissing of het gunningsverslag, hetgeen op zich al op een motiveringsgebrek zou duiden, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middelonderdeel. Bovendien blijkt uit het verzoekschrift dat de verzoekende partij hiervan kennis had vóór het indienen van het verzoekschrift nu zij zelf verwijst naar de tabel “Check administratieve regelmatigheid” en het “PV van opening” zodat aan het doel van de formelemotiveringsplicht lijkt te zijn voldaan.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de bvba 6X International een beroep doet op de economische en financiële draagkracht van een derde, met name van de onderneming K-net, waarvan tevens de jaarrekeningen en een UEA bij de offerte zijn gevoegd. Op het eerste gezicht mocht de verwerende partij op grond van de antwoorden op de vragen tot verduidelijking voorts terecht vaststellen dat de onderneming K-net voldoende omzet genereert binnen het domein van de opdracht. Ook blijkt door deze derde een verbintenis inzake draagkracht te zijn voorgelegd.

10.3.2. Wat de bvba Wirewave betreft, valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe uit de door de verzoekende partij bijgebrachte verwijzing naar de brutomarges van deze inschrijver, zou kunnen worden afgeleid dat deze inschrijver niet aan het gestelde omzetvereiste inzake economische en financiële bekwaamheid zou voldoen.

Uit de stukken van het administratief dossier lijkt voorts dat deze inschrijver opgave heeft gedaan van zijn omzet over de laatste drie jaar, gestaafd door een verklaring van zijn boekhouder. Tevens blijkt deze inschrijver te hebben verduidelijkt dat de vennootschap pas werd opgericht op 2 februari 2016, dat het eerste boekjaar liep tot 30 september 2017 en haar laatste boekjaar dus tot 30 september 2020, dus vóór de opening van de offertes.

De kwestieuze besteksbepaling lijkt ook te moeten worden gelezen in samenhang met artikel 70 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren *juncto* artikel 67, § 1, tweede lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing klassieke sectoren. Overeenkomstig deze bepalingen dient de verklaring betrekking te hebben op ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen.

De verzoekende partij maakt bijgevolg niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid onzorgvuldig of in strijd met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* zou hebben gehandeld door deze inschrijver in het licht van het voorgaande te selecteren op grond van de door hem opgegeven omzetcijfers voor de boekjaren 2018, 2019 en 2020.

10.3.3. In de mate dat de verzoekende partij ten aanzien van de nv Cebeo betwist dat de opgegeven omzetcijfers betrekking zouden hebben op het domein van de opdracht, valt op te merken dat uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij deze inschrijver hierover specifiek heeft bevraagd, waarna deze inschrijver heeft bevestigd dat het inderdaad effectieve levering van gelijkaardige materialen betreft. Er blijkt op het eerste gezicht ook niet hoe de verwijzing naar de website van deze inschrijver, die blijkbaar niet volledig toegankelijk is voor niet-geregistreerde klanten, hieraan afbreuk doet.

De bewering van de verzoekende partij dat de verwerende partij “blindelings” zou hebben aangenomen dat deze inschrijver voldoende omzet in het domein heeft, lijkt aldus feitelijke grondslag te missen.

10.3.4. Evenmin blijkt op het eerste gezicht dat de inschrijvers bij de beoordeling van hun financiële en economische draagkracht ongelijk zouden zijn behandeld.

Zo blijkt de verzoekende partij immers evenzeer door de verwerende partij bij e-mailbericht van 6 oktober 2020 te zijn gevraagd om een ontbrekend omzetcijfer te bezorgen, alsook onder meer te verduidelijken voor welk aspect de verzoekende partij een beroep wenst te doen op de draagkracht van een derde. Bij e-mailbericht van 7 oktober 2020 heeft de verzoekende partij het ontbrekend omzetcijfer bezorgd en verduidelijkt dat zij een beroep wenst te doen op de financiële draagkracht van deze derde.

Aldus lijkt de verzoekende partij zich op het eerste gezicht bezwaarlijk te kunnen beroepen op een ongelijke behandeling door de verwerende partij bij de beoordeling van de selectievereisten in vergelijking met de overige inschrijvers.

10.3.5. Het derde middelonderdeel is niet ernstig.

11. Het middel is niet ernstig.

X. Besluit

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

BESLISSING

1. De verzoeken van de bvba Wirewave en de nv Cebeo tot tussenkomst worden 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, 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 tussenkommsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negentien januari tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra