

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.216 van 4 juli 2022
in de zaak A. 236.618/XII-9226**

In zake: de BV VERHOEVE MARC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Igor Rogiers
kantoor houdend te 9270 Kalken
Kalkendorp 17/A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Neil Braeckevelt en Lene De Vlieger
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 juni 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Agentschap voor Natuur en Bos van 3 juni 2022 waarbij de opdracht met besteknummer ANB-TB-TOW-2021-215 met titel ‘Raamovereenkomst voor aanleg en herstel van halfverharde wegen en paden’ m.b.t. de 3 percelen werd gegund aan nv Green Road en waarbij bv Verhoeve Marc niet werd geselecteerd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 juni 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kristof De Spiegeleire, die *loco* advocaat Igor Rogiers verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Neil Braeckveldt en Lene De Vlieger, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 werken met als voorwerp “raamovereenkomst voor aanleg en herstel van halfverharde wegen en paden”.

De opdracht is onderverdeeld in drie percelen, namelijk:

- Perceel 1: regio’s Kust-Westhoek en Zandig Vlaanderen – uitgavelimiet: 362.000 euro, btw inbegrepen;
- Perceel 2: regio Vlaamse Ardennen en Schelde-Leie – uitgavelimiet: 374.000 euro, btw inbegrepen;
- Perceel 3: regio’s Antwerpse Kempen en Groene Gordels – uitgavelimiet: 433.000 euro, btw inbegrepen.

3.2. Op de opdracht is het bestek nr. ANB-TB-TOW-2021-215 van toepassing.

Het bestek beschrijft onder rubriek I.8 “Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie” de toepasselijke eisen betreffende de uitsluitingsgronden en

selectiecriteria. Wat de economische en financiële draagkracht betreft, vereist het bestek:

“Een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is over de laatste 3 beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de kandidaat of de inschrijver met zijn activiteit begonnen is, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.

Minimumeisen: Uit de verklaring van de inschrijver moet blijken dat zijn totale omzet minstens het tweevoudige bedraagt van het totaalbedrag voor het perceel of som van de percelen waarvoor ingeschreven wordt voor deze opdracht.”

3.3. De verzoekende partij heeft voor de drie percelen een offerte ingediend.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de verzoekende partij niet voldoet aan de vereiste minimumomzet voor het aantal percelen waarvoor zij een offerte heeft ingediend:

“Volgende inschrijver voldoet niet aan de selectiecriteria en wordt daarom niet geselecteerd:

Marc Verhoeve BVBA

Motivatie: De inschrijver geeft zelf in zijn offerte op een jaaromzet te draaien van 600.000 tot 900.000 euro. Uit het nazicht van de beschikbare jaarrekeningen blijkt dat dit inderdaad steeds tussen deze twee uitersten schommelt. Gezien deze onderneming inschreef op alle drie de percelen moet de jaaromzet minstens € 1.226.910 bedragen (het dubbele van de som van de percelen waarvoor werd ingeschreven). Dit is niet het geval waardoor deze inschrijver niet voldoet aan de minimale eis waardoor deze dan ook niet kan worden behouden voor verdere beoordeling.”

3.4. Op 3 juni 2022 beslist de verwerende partij om de opdracht voor de drie percelen te gunnen aan de nv Green Road.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 4, 66 en 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van artikel 68 (*sic*), § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van het gelijkheidsbeginsel, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van artikel 5, 6°, van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, “desgevallend met toepassing van artikel 159 Grondwet t.a.v. het bestek”.

De verzoekende partij voert in essentie aan dat artikel I.8 van het bestek zo begrepen moet worden dat zowel voor inschrijvers die slechts één bedrijfsactiviteit hebben als voor inschrijvers die meerdere bedrijfsactiviteiten uitoefenen, rekening wordt gehouden met de omzet over de laatste drie beschikbare boekjaren. De bestreden beslissing is onrechtmatig doordat zij voor de beoordeling van de vereiste minimumomzet slechts rekening houdt met de omzet van één jaar, en niet met de omzet over de laatste drie beschikbare boekjaren.

Voorts voert zij aan dat, indien punt I.8 van het bestek zo gelezen zou moeten worden dat voor inschrijvers die, zoals zijzelf, slechts één bedrijfsactiviteit hebben, enkel rekening gehouden wordt met de (totale) omzet van één jaar, terwijl voor inschrijvers die meerdere bedrijfsactiviteiten uitoefenen, rekening wordt gehouden met de omzet over de laatste drie beschikbare boekjaren, een discriminatie tussen die twee categorieën van inschrijvers in het leven wordt geroepen. In die lezing vraagt zij om de betrokken besteksbepaling met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten.

Beoordeling

6. Volgens het gunningsverslag voldoet de verzoekende partij niet aan het minimumvereiste inzake omzet, bepaald in artikel I.8 van het bestek. Ter uitvoering van die bepaling moet een inschrijver “een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is over de laatste 3 beschikbare boekjaren” voorleggen. Uit die verklaring moet blijken “dat zijn totale omzet minstens het tweevoudige bedraagt van het totaalbedrag voor het perceel of som van de percelen waarvoor ingeschreven wordt”.

Met de verwerende partij kan voorlopig worden aangenomen dat die besteksbepaling geïnterpreteerd moet worden in het licht van artikel 67 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De relevante bepalingen daarvan luiden als volgt:

“§ 1. 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;

3° [...].

[...]

§ 2. [...]

§ 3. Wat de in paragraaf 1, tweede lid, 2°, bedoelde verklaring van de totale omzet betreft, kan de aanbestedende overheid eisen dat de ondernemers een minimumjaaronzet realiseren, met name in het domein waarop de opdracht betrekking heeft.

De jaarlijkse minimumomzet die van de ondernemers kan worden geëist, bedraagt maximaal twee maal de geraamde waarde van de opdracht, behalve in naar behoren gemotiveerde gevallen, zoals deze in verband met de bijzondere risico's die voortvloeien uit de aard van de werken, diensten of producten. De aanbestedende overheid vermeldt de voornaamste redenen voor het opleggen van een dergelijke eis in de opdrachtdocumenten of in de te bewaren inlichtingen in de zin van artikel 164, § 1, van de wet.

[...]

§ 4. [...]

§ 5. Wanneer een opdracht in percelen is onderverdeeld, geldt dit artikel voor elk afzonderlijk perceel. De aanbestedende overheid kan echter de eis van een verplichte minimumjaaronzet voor ondernemers wel vaststellen ten aanzien van groepen van percelen, ingeval de begunstigde inschrijver verschillende percelen gegund krijgt die tegelijkertijd moeten worden uitgevoerd.”

7. In artikel 67, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit is sprake van de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om van de ondernemers te eisen dat zij een “minimumjaaronzet” realiseren, met name in het domein waarop de opdracht betrekking heeft. Die minimumjaaronzet moet blijken uit de verklaring die van de ondernemers op grond van artikel 67, § 1, tweede lid, 2°, gevraagd wordt. De verklaring moet betrekking hebben op “de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is”, en ze moet slaan op “ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren”. Op grond van artikel 67, § 5, gelden deze bepalingen in beginsel voor elk van de afzonderlijke percelen waaruit een opdracht bestaat. De aanbestedende overheid kan echter de eis van een verplichte “minimumjaaronzet” vaststellen “ten aanzien van een groep van percelen”, “ingeval (in het Frans: “*dans l'éventualité où*”) de begunstigde inschrijver meerdere percelen gegund krijgt (in het Frans: “*se verrait attribuer*”) die tegelijkertijd moeten worden uitgevoerd”.

Naar het voorlopig oordeel van de Raad van State moeten die bepalingen, in hun onderlinge samenhang, gelezen worden als volgt:

- Een inschrijver moet, naargelang het geval, zijn totale omzet opgeven (als hij slechts één bedrijfsactiviteit heeft), of zijn totale omzet én de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is (als hij meer dan één bedrijfsactiviteit heeft);
- De verklaring moet betrekking hebben op de laatste drie beschikbare boekjaren;
- De aanbestedende overheid kan een minimumjaaronzet eisen, wat betekent een minimum gemiddelde jaaronzet over de laatste drie beschikbare boekjaren, met name in het domein waarop de opdracht betrekking heeft.
- Wanneer de opdracht in percelen is onderverdeeld, kan de aanbestedende overheid, maar moet zij niet, een verplichte minimumjaaronzet eisen ten aanzien van de som van percelen waarvoor de inschrijver heeft ingeschreven, in de veronderstelling dat meer dan één van die percelen aan hem wordt gegund.

8. De Raad van State stelt vast dat artikel I.8 van het bestek tot bepaalde interpretatieproblemen aanleiding kan geven. Het verdient aanbeveling dat de verwerende partij bij toekomstige overheidsopdrachten meer aandacht besteedt aan de formulering van die bepaling, in het bijzonder in zoverre die betrekking heeft op de economische en financiële draagkracht van de inschrijvers.

Om aan die besteksbeeping haar juiste interpretatie te geven, is de Raad voorshands van oordeel dat een interpretatie in het licht van artikel 67, §§ 1, 3 en 5, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 het meest aangewezen is. Aldus lijken de bepalingen van artikel I.8 van het bestek geïnterpreteerd te moeten worden als volgt:

- Een inschrijver moet, naargelang het geval, zijn totale omzet opgeven (als hij slechts één bedrijfsactiviteit heeft), of zijn totale omzet én de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is (als hij meer dan één bedrijfsactiviteit heeft);

- De verklaring moet, zowel met betrekking tot de “totale omzet” als met betrekking tot de “omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is”, slaan op de laatste drie beschikbare boekjaren;
- Er wordt een “minimumeis” inzake de “totale omzet” opgelegd, welke betrekking heeft, niet enkel op de “totale omzet” als zodanig, maar in voorkomend geval ook op “de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is”.
- Die minimumeis heeft betrekking op de gemiddelde jaaromzet over de laatste drie beschikbare boekjaren, met name in het domein waarop de opdracht betrekking heeft.
- Die gemiddelde jaaromzet moet minstens het tweevoudige bedragen van het totaalbedrag van het perceel of van de som van de percelen waarvoor de inschrijver “ingeschreven” heeft.

9. De verzoekende partij gaat ervan uit dat artikel I.8 van het bestek zo geïnterpreteerd moet worden dat de minimumeis inzake omzet geldt voor de omzet over drie jaar samen, dus voor de som van de omzetten gerealiseerd over de laatste drie beschikbare boekjaren.

Uit het voorgaande volgt dat de Raad van State die interpretatie in de huidige stand van het geding niet bijvalt. De minimumomzet, die afgezet moet worden tegen het dubbele van het totaalbedrag van het perceel of van de som van de percelen waarvoor de inschrijver ingeschreven heeft, lijkt integendeel de omzet te zijn die het gemiddelde is van de omzetten over de laatste drie beschikbare boekjaren.

Zoals de verwerende partij opmerkt, wordt uitgegaan van een gemiddelde jaaromzet “om een genuanceerd beeld te kunnen krijgen en een inschrijver bijvoorbeeld niet te zwaar te sanctioneren voor één slecht boekjaar”. Die interpretatie is aldus in het voordeel van de inschrijvers die “een slecht jaar met minder omzet achter de rug hebben”.

Overigens heeft de verzoekende partij zelf, in haar offerte, geen som opgegeven van de omzetten over de laatste drie boekjaren. Zij heeft het integendeel over een “gemiddelde bedrijfsomzet [...] tussen de 600.000 € en

900.000 € per jaar”. Dit is een sterke aanwijzing dat ook de verzoekende partij, op het ogenblik van het indienen van haar offerte, ervan uitging dat met de gemiddelde jaaromzet rekening gehouden zou worden voor de verificatie van het beantwoorden aan de minimumeis inzake omzet.

10. In het gunningsverslag wordt vastgesteld, in verband met de offerte van de verzoekende partij, dat “het dubbele van de som van de percelen waarvoor werd ingeschreven” 1.226.910 euro bedraagt. Dit bedrag stemt inderdaad overeen met het dubbele van de som van de offertebedragen van de verzoekende partij, btw niet inbegrepen, voor de drie percelen.

Gelet op dit bedrag, en rekening houdend met de hiervoor gegeven interpretatie van artikel I.8 van het bestek, lijkt de verwerende partij dan ook te hebben kunnen aannemen dat de verzoekende partij, die “zelf in [haar] offerte [aangeeft] op een jaaromzet te draaien van 600.000 tot 900.000 euro”, niet voldoet aan de minimumeis inzake omzet.

11. Het middel, dat in zijn geheel steunt op een interpretatie van artikel I.8 van het bestek die in de huidige stand van het geding niet wordt bijgevalen, is niet ernstig.

VI. Besluit

12. Nu het enig middel niet ernstig is gebleken, wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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, een bijdrage van 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vier juli tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,
bijgestaan door
Silja Doms,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens