

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 257.048 van 4 juli 2023
in de zaak A. 239.278/XII-9377**

In zake: de NV PUBLIC CONSTRUCT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B bus 41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

SPORT VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Keuster en Uschi Steurs
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV CROOKED SKATEPARK CONSTRUCTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9160 Lokeren
Begijnhofstraat 8 bus 0003
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 juni 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Administrateur-Generaal van ‘Sport Vlaanderen’ van de Vlaamse gemeenschap met betrekking tot de overheidsopdracht voor leveringen onder vorm van een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking ‘Groepsaankoop tot het leveren van een pop-up skatepark’ [...] waarbij de

opdracht werd gegund aan BV Crooked Skatepark Constructions, en niet aan de economisch meest voordelige regelmatige inschrijver, namelijk de verzoekster”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 20 juni 2023 heeft de bv Crooked Skatepark Constructions gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 juni 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Uschi Steurs, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Elke Casteleyn, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 leveringen voor een ‘groepsaankoop [voor] het leveren van een pop-up skatepark’. Het betreft een raamovereenkomst, waarbij Sport Vlaanderen optreedt als aankoopcentrale ten behoeve en voor rekening van diverse afnemers. De opdracht wordt geplaatst met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt volgens het gunningsverslag bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 januari 2023.

3.3. Het bestek met referentie 2023_SV_GA_PUSP is van toepassing op deze opdracht.

Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht nader als volgt:

“Het voorwerp van de opdracht en de raamovereenkomst is de levering van een pop-up skatepark bij diverse afnemers in Vlaanderen. Met een aantal losse toestellen, geplaatst op een daarvoor voorziene ondergrond, kan je een uitdagende flow creëren op een tijdelijk of meer permanent skatepark. De toestellen zijn apart aan te kopen of combineerbaar tot een door de eindgebruikers gewenste flow. Er worden toestellen gekozen voor verschillende niveaus en leeftijdsgroepen, uiteraard rekening houdend met de nodige veiligheidsmaatregelen. In totaliteit biedt de inschrijver minstens 15 verschillende toestellen aan volgens de in het bestek opgenomen verdeling waaruit de afnemer een eigen keuze kan samenstellen. Toestellen worden per stuk aangekocht met een minimum van 8 stuks per bestelling uit minimum 4 verschillende types toestellen.”

Wat de kwalitatieve selectie van de inschrijvers betreft, bepaalt het bestek het volgende inzake hun financiële en economische draagkracht:

“8. Financiële en economische draagkracht

26. De inschrijver dient over een voldoende gezonde financiële en economische draagkracht te beschikken waardoor hij in staat is deze opdracht tot een goed einde te kunnen brengen. De liquiditeit, rendabiliteit en solvabiliteit moet dan ook voldoende zijn om de opdracht te kunnen uitvoeren.

De inschrijver moet hiertoe de financiële ratio's berekenen aan de hand van de jaarrekeningen van de laatste drie (3) jaren.

Deze jaarrekeningen moeten worden toegevoegd. De ratio's en financiële gegevens staan vermeld in Bijlage 4.

Zij betreffen onder meer:

- ☐ Voor de solvabiliteit zal minstens de ratio van de 'algemene schuldgraad' worden gehanteerd (vreemd vermogen / totaal vermogen);
- ☐ Voor de liquiditeit zal minstens de ratio 'liquiditeit in enge zin' worden gehanteerd (vorderingen op ten hoogste één jaar & geldbeleggingen en liquide middelen / schulden op ten hoogste één jaar);

□ Voor de rendabiliteit zal minstens de ratio ‘brutorendabiliteit van het eigen vermogen na belastingen’ worden gehanteerd (cash-flow na belastingen / eigen vermogen).

Doelstelling van de controle: deze ratio’s mogen niet wijzen op een risico op discontinuïteit van de inschrijver. Er wordt aangenomen dat er een risico op discontinuïteit bestaat indien gedurende de laatste drie (3) boekjaren twee maal een negatief eigen vermogen of twee maal verlies vóór belasting wordt vastgesteld.

De inschrijver mag bijkomende informatie verstrekken door bijvoorbeeld te wijzen op een garantie van de moeder vennootschap bij de bepaling van de solvabiliteit.

In elk geval kan enkel rekening worden gehouden met bijkomende informatie indien deze wordt gestaafd met bewijsstukken waaruit een afdwingbare en onvoorwaardelijke verbintenis van de betrokken vennootschap blijkt én wordt aangetoond dat de vennootschap zelf voldoende solvabel is.

De Aanbesteder heeft het recht ook andere ratio’s te bepalen en de ratio’s te herberekenen door correcties uit te voeren op de gegevens in de jaarrekeningen. De Aanbesteder kan ook rekening houden met de omzet, balanstotaal, verklaringen van de bedrijfsrevisor, ...

De inschrijver moet Bijlage 4 invullen en toevoegen aan de offerte met inbegrip van de jaarrekeningen van de afgelopen drie boekjaren. De berekening van de ratio’s en de gevraagde gegevens moeten worden geattesteerd door een interne/externe accountant/boekhouder of een bedrijfsrevisor.”

3.4. Drie inschrijvers dienen een offerte in, namelijk de bv Aannemersbedrijf Buytaert, de bv Crooked Skatepark Constructions (afgekort ‘CSC’), zijnde de tussenkomende partij en de nv Public Construct, zijnde de verzoekende partij.

3.5. Op 3 mei 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld. De drie offertes worden formeel en materieel regelmatig verklaard.

Wat het selectie-onderzoek betreft, wordt het volgende vastgesteld over de bv CSC inzake haar financiële en economische draagkracht:

“De inschrijver is opgericht in 2022 zodat enkel de ratio’s en de jaarrekening van het eerste boekjaar kunnen worden bezorgd.

Hieruit blijkt dat er geen reden is om aan te nemen dat de continuïteit van de opdracht niet kan worden gegarandeerd.

Deze inschrijver voldoet aan de voorwaarden voor de financieel-economische draagkracht.”

Ook de twee overige inschrijvers voldoen volgens het gunningsverslag aan de voorwaarden inzake de financiële en economische draagkracht. De drie inschrijvers voldoen tevens aan de vereisten inzake technische bekwaamheid. De drie inschrijvers worden geselecteerd.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de hand van de gunningscriteria. Deze toetsing resulteert in de volgende rangschikking:

1. CSC
2. Public Construct
3. Buytaert.

De evaluatiewerkgroep adviseert dan ook om de opdracht te gunnen aan de bv CSC.

3.6. Op 12 mei 2023 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de bv CSC.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkost

4. De bv Crooked Skatepark Constructions blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 41, § 4, 71, eerste lid, 2°, en 81 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 67 en 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 8 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) “samen gelezen met hoofdstuk 8 van het opdrachtdocument/ bijzonder bestek ‘Financiële en Economische draagkracht’, samen gelezen met het principe ‘patere legem quam ipse fecisti’”, artikel 29/1 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet) en “ondergeschikt het materieel motiveringsbeginsel; [d]e algemene beginselen van behoorlijk bestuur namelijk het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij licht toe, onder meer, dat uit het bestek duidelijk de bezorgdheid van de verwerende partij blijkt om de opdracht te gunnen aan een financieel draagkrachtige inschrijver. De verwerende partij laat expliciet gelden dat zij de offerte enkel wenst te gunnen aan een inschrijver “die gedurende drie jaar een financieel stabiel parcours reed”. Daartoe moesten de jaarrekeningen van de voorbije drie jaren worden voorgelegd, alsook moest van deze jaren de solvabiliteitsratio, de liquiditeitsratio en de rendabiliteitsratio berekend worden. Offertes die in de voorbije drie boekjaren tweemaal een negatief eigen vermogen of tweemaal verlies voor belastingen optekenden, konden niet geselecteerd worden. Door de offerte van de gekozen inschrijver te selecteren die niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek, gelet op het feit dat er slechts één jaarrekening werd bijgevoegd, is de bestreden beslissing onwettig want strijdig met het eigen bestek

en dus met het principe *patere legem quam ipse fecisti*. Bovendien blijkt “de jaarrekening van het eerste boekjaar” van de gekozen inschrijver waarnaar de verwerende partij in de bestreden beslissing verwijst, nog niet te zijn neergelegd bij de National Bank, blijkt dit eerste boekjaar een verkort boekjaar “van goed 11 maanden”, en blijkt uit de oprichtingsakte van de gekozen inschrijver dat een kapitaal is volgestort van slechts 2.000 euro. Er is volgens de verzoekende partij dan ook geen sprake van een bewijs van een stabiele financiële situatie.

De verzoekende partij verwijst naar arrest nr. 218.931 van 18 april 2012 waarin de Raad van State volgens haar oordeelde dat, wanneer in het bestek financiële gegevens van de afgelopen drie jaren worden gevraagd, de aanbestedende overheid enkel ondernemingen heeft willen toelaten die minstens drie jaar bestonden op het moment van de inschrijving. Zij erkent dat er een evolutie in de rechtspraak is, “in die zin dat het niet (meer) zo zou zijn dat jonge ondernemingen per definitie dienen uitgesloten te worden”. Uit arrest nr. 242.053 van 2 juli 2018 volgt evenwel dat een inschrijver die in de “objectieve onmogelijkheid” verkeert om aan de eisen gesteld in het bestek te voldoen, zelf het initiatief dient te nemen om alternatieve bewijsmiddelen in te roepen op grond van artikel 67, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Als dat niet gebeurt, dan mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren. Volgens de verzoekende partij is dat ook in de voorliggende zaak het geval: de gekozen inschrijver voldoet niet aan de gestelde selectievoorwaarden en heeft nagelaten enig initiatief te nemen om met andere documenten de verwerende partij te overtuigen van zijn financiële en economische draagkracht. Voornoemd artikel 67, § 1, derde lid, bepaalt duidelijk dat het over “andere documenten” moet gaan. De aanbestedende overheid kan dus niet, zoals te dezen, uit een onderdeel van het gevraagde dossier een extrapolerende redenering ontwikkelen.

De verzoekende partij vervolgt dat “[sowieso] de motivering niet correct [is]”. De verwerende partij kon niet naar recht overwegen dat, gelet op dat ene goed boekjaar, er geen reden is om aan de continuïteit van de betrokken onderneming te twijfelen. Deze motivering strijdt met wat in het bestek is

opgelegd. Om de continuïteit van de onderneming goed te kunnen inschatten moet er een analyse van de boekhouding over drie jaren gebeuren. De motivering is bijgevolg ook in strijd met de feiten en hoe dan ook niet afdoende.

7. In haar nota met opmerkingen betoogt de verwerende partij in de eerste plaats dat het bestek niet zo strikt mag worden gelezen als de verzoekende partij dat doet:

“Uit alle bovenvermelde bepalingen van het bestek samen gelezen, blijkt het beoogde resultaat van de aanbestedende overheid inzake de financiële en economische draagkracht, namelijk het gunnen van de opdracht aan een inschrijver met een voldoende gezonde financiële en economische draagkracht hetgeen hem in staat stelt om de opdracht tot een goed einde te brengen. Hiertoe wordt de opgave van ratio's en jaarrekeningen gevraagd. Het bestek bepaalt echter ook uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid het recht heeft om ook rekening te houden met andere elementen zoals omzet, balanstotaal, verklaringen van de bedrijfsrevisor, ...

Hieruit blijkt dat de vraag tot het opgeven van ratio's en jaarrekeningen van de afgelopen drie jaar geenszins absoluut is, doch dat de aanbestedende overheid zich het recht heeft voorbehouden om het mogelijk te maken ook rekening te houden met andere elementen. Op geen enkele wijze heeft de aanbestedende overheid de bedoeling gehad om jonge ondernemingen dewelke minder dan drie jaar bestaan uit te sluiten.

De stelling van verzoekende partij dat de bepalingen met betrekking tot de financiële en economische draagkracht op straffe van absolute nietigheid zijn én dat verwerende partij enkel de opdracht wenst te gunnen aan een inschrijver die gedurende drie jaar een financieel parcours reed, is dan ook niet correct. Verwerende partij wenst de opdracht te gunnen aan een inschrijver dewelke beschikt over een voldoende gezonde financiële en economische draagkracht om de opdracht tot een goed einde te brengen, waarbij de aanbestedende overheid vraagt om jaarrekeningen en ratio's te voegen van de laatste drie jaar, doch waarbij de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt om rekening te houden met bijkomende informatie én met andere elementen zoals omzet, balanstotaal, ...”

De vermelding van het begrip “moet” doet hieraan geen afbreuk. De gevraagde documenten ter ondersteuning van de financiële en economische draagkracht zijn immers allemaal vrij raadpleegbaar via de Balanscentrale van de Nationale Bank. De gevraagde ratio's kunnen eenvoudig worden berekend aan de hand van de neergelegde jaarrekeningen. Een aanbestedende overheid moet zich

redelijk opstellen en deze documenten zelf raadplegen om zo de ratio's te berekenen in geval deze niet worden gevoegd, zoals de verwerende partij heeft gedaan voor een andere inschrijver. Van enige absolute vereiste inzake het zelf bijbrengen van de gevraagde rekeningen en ratio's is dan ook geen sprake.

De verwerende partij wijst er ook op dat selectiecriteria verband moeten houden en in verhouding moeten staan met het voorwerp van de opdracht. Zij brengt in herinnering dat de voorliggende opdracht van veeleer beperkte omvang is met een waarde van hoogstens 53.750,00 euro, btw niet inbegrepen, per jaar. Volgens de verwerende partij is de voorliggende zaak op geen enkele wijze te vergelijken met de zaak die aan de basis ligt van arrest nr. 218.931 van 18 april 2012, gezien de verschillende grootteorde van de opdracht en de bestekbepaling in die zaak die uitdrukkelijk stelde dat “inschrijvers die de vereiste documenten niet verstrekken [...] worden uitgesloten”.

In zijn offerte heeft de gekozen inschrijver verduidelijkt dat hij in 2022 is opgericht maar dat hij al enkele jaren skatetoestellen en skateparken bouwt onder een andere onderneming, de vzw Vzweetje. Daarnaast heeft de gekozen inschrijver bij zijn offerte door een bedrijfsrevisor geattesteerde ratio's voor 2022 gevoegd, alsook de resultatenrekening voor dat jaar. Hieruit blijkt volgens de verwerende partij een gezonde algemene bedrijfsstructuur, die ruimschoots voldoet om de voorliggende opdracht tot een goed einde te brengen.

De opmerkingen van de verzoekende partij dat de betreffende jaarrekening nog niet is neergelegd bij de Nationale Bank, dat het eerste boekjaar 11 maanden bedraagt, en dat het bedrag van het volgestort kapitaal gering is, zijn volgens de verwerende partij irrelevant om de financiële en economische draagkracht te beoordelen. De gekozen inschrijver dient bovendien niet te beschikken over een grote reserve gezien de inschrijver op bestelling werkt en geen risico loopt met deze werkwijze, in combinatie met weinig vereist materiaal en materieel en weinig *overhead* kosten.

De verwerende partij verwijst ten slotte nog naar richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, en de bijhorende bijlage XII met betrekking tot de bewijsmiddelen voor selectiecriteria. Daarin wordt de overlegging van omzetcijfers over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren afhankelijk gesteld van “de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken cijfers beschikbaar zijn”. Hieruit volgt dat de aanbestedende overheid rekening dient te houden met de oprichtingsdatum van de ondernemer, en er van enige uitsluiting louter en alleen omdat een inschrijver nog geen drie jaar actief is, geen sprake kan zijn.

8. De tussenkomenende partij werpt vooreerst op dat te dezen geen schending kan voorliggen van de artikelen 41, § 4, en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, noch van artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, noch van artikel 29/1 van de rechtsbeschermingswet.

Zij benadrukt voorts dat de verzoekende partij een verkeerde lezing geeft aan de vereisten gesteld in het bestek inzake de financiële en economische draagkracht. Uit het bestek blijkt dat de verwerende partij de opdracht wenst te gunnen aan een financieel gezonde onderneming, die in staat is de opdracht tot een goed einde te brengen. Volgens haar is zij daartoe perfect in staat.

Zij licht toe dat de bv CSC is ontstaan uit een financieel gezonde vzw en legt de jaarrekeningen 2020 en 2021 van die vzw in de huidige procedure als vertrouwelijk stuk neer. Zij stelt dat de gezonde financiële situatie van de bv CSC ook blijkt uit de in de offerte opgegeven referenties, waarmee de verwerende partij ook rekening kon houden. Het beperkte startkapitaal en het verkorte boekjaar zijn niet relevant.

De tussenkommende partij betwist de interpretatie van het bestek dat de opdracht enkel gegund zou mogen worden aan een inschrijver die minstens drie jaar actief is. Deze lezing is disproportioneel met de “zwaarte” van de opdracht en kan niet worden beschouwd als een redelijke en normale interpretatie in het licht van de specifieke vereisten van de opdracht, namelijk een raamovereenkomst met individuele opdrachten die financieel van een beperkte waarde zullen zijn. Het bestek verbindt overigens geen “nietigheidssanctie” aan het niet-voorleggen van de jaarrekeningen van de afgelopen drie jaar. Arrest nr. 218.931 van de Raad van State, waarnaar de verzoekende partij ter ondersteuning van haar standpunt verwijst, werd in de rechtsleer bekritiseerd als “wel erg streng”. Volgens de tussenkommende partij kan in ieder geval niet worden betwist dat zij over voldoende financiële draagkracht beschikt om deze opdracht uit te voeren en dat er geen risico is op discontinuïteit:

- “(i) CSC bouwt reeds jarenlang skate-infrastructuur onder Vzweetje. In de offerte wordt hier uitdrukkelijk naar verwezen;
- (ii) CSC werd opgericht net omdat het onderdeel skate-infrastructuur bij Vzweetje een dergelijke sterke groei kende;
- (iii) CSC voegde bij haar offerte de ratio’s voor 2022, geattesteerd [door] een externe boekhouder; daaruit blijken gezonde, positieve ratio’s, een omzet van EUR 50.271,50 en een winst voor belasting van EUR 12.217,24;
- (iv) CSC voegde bij haar offerte tevens de jaarrekening voor 2022 en bedrijfsresultaten; daarin staan tevens de gerealiseerde omzet per factuur opgenomen zodat verwerende partij een zeer gedetailleerde kennis had van de activiteiten van CSC;
- (v) CSC voegde drie referenties met opdrachtbedrag (ook opgenomen in de bedrijfsresultaten); daaruit blijkt dat CSC met gemak de deelopdrachten zal kunnen uitvoeren.”

Beoordeling

9. Artikel 67, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt 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° overlegging van jaarrekeningen of uittreksels uit de jaarrekeningen, indien de wetgeving van het land waar de ondernemer is gevestigd publicatie van jaarrekeningen voorschrijft;

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° het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's of, in voorkomend geval, een bankverklaring.

Niettemin, wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende overheid gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere documenten die de aanbestedende overheid geschikt acht.

§ 2. Wat betreft de overlegging van de in paragraaf 1, tweede lid, 1°, bedoelde jaarrekeningen of uittreksels uit jaarrekeningen kan de aanbestedende overheid eisen dat de ondernemers informatie verstrekken over hun jaarrekeningen, met name over de verhouding tussen de activa en de passiva. De verhouding tussen de activa en de passiva kan in aanmerking genomen worden wanneer de aanbestedende overheid de methodes en de criteria hiervoor in de opdrachtdocumenten vermeldt. Deze methoden en criteria moeten transparant, objectief en niet-discriminerend zijn.”

In het bestek wordt in punt 8. ‘Financiële en economische draagkracht’, zoals hiervoor weergegeven (overweging 3.3), uitdrukkelijk het belang voor de aanbestedende overheid benadrukt van een voldoende gezonde financiële en economische draagkracht in hoofde van de inschrijvers, die hun moet toelaten de opdracht tot een goed einde te kunnen brengen. In dat verband wordt in het bestek gevraagd om de jaarrekening en de betrokken boekhoudkundige ratio's van de laatste drie boekjaren voor te leggen. Voorts wordt gesteld dat de aanbestedende overheid “het recht [heeft] ook andere ratio's te bepalen en de ratio's te herberekenen door correcties uit te voeren op de gegevens in de jaarrekeningen [en dat zij] ook rekening [kan] houden met de omzet, balanstotaal, verklaringen van de bedrijfsrevisor...”

10. De gekozen inschrijver blijkt te zijn opgericht bij notariële akte verleden op 24 januari 2022. Deze onderneming bestond op het ogenblik van de uiterste datum voor het indienen van de offertes op 6 maart 2023 dus nog maar een goed jaar. Aldus kon zij *ipso facto* niet voldoen aan de voormelde besteksvereiste van het voorleggen van drie jaarrekeningen en de betrokken boekhoudkundige ratio's van de afgelopen drie boekjaren. Zij voegt bij haar offerte wel een rapport “Bezittingen en schulden. Resultatenrekening” van de bv CSC voor de periode 24 januari 2022 – 31 december 2022 en een attest van een externe boekhouder met opgave van de drie gevraagde ratio's, het balanstotaal, de omzet en de winst vóór belastingen van 2022, waaruit positieve cijfers blijken.

11. Met de verwerende partij lijkt te kunnen worden vastgesteld dat de betrokken bestekbepaling op het eerste gezicht niet zo “absoluut” is opgesteld dat ondernemingen die nog geen drie jaar bestaan “automatisch” zijn uitgesloten.

Zij maakt integendeel aannemelijk dat de vraag tot het opgeven van ratio's en jaarrekeningen van de afgelopen drie jaar moet worden gelezen in het licht van de doelstelling van de controle, namelijk de bescherming van de aanbestedende overheid tegen een risico van discontinuïteit van de inschrijver bij de uitvoering van de opdracht, en in het licht van het voorwerp van de opdracht, een raamovereenkomst met een beperkte waarde. Zij lijkt er terecht op te wijzen dat de aanbestedende overheid in deze bestekbepaling, gelezen in samenhang met artikel 67, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, zich het recht heeft voorbehouden om ook rekening te houden met andere elementen; dat uit deze bestekbepaling niet de bedoeling van de aanbestedende overheid blijkt om ondernemingen die minder dan drie jaar bestaan “automatisch” uit te sluiten.

De verwijzing naar 's Raads arrest nr. 218.931 lijkt in dit verband niet relevant, gelet op de andere feitelijke en juridische context.

In zoverre de verzoekende partij in het eerste middel van een andere lezing van het bestek uitgaat, is het middel niet ernstig.

12. Evenwel lijkt het motief in het gunningverslag dat uit “enkel de ratio’s en de jaarrekening van het eerste boekjaar [...] blijkt dat er geen reden is om aan te nemen dat de continuïteit van de opdracht niet kan worden gegarandeerd” in het licht van de voornoemde bestekbepaling op het eerste gezicht niet afdoende.

Met de verzoekende partij lijkt immers te moeten worden aangenomen dat uit één enkel boekjaar niet hetzelfde beeld over de continuïteit van een onderneming kan worden afgeleid als uit drie boekjaren. De ratio’s en de jaarrekening van het eerste boekjaar zonder meer als bewijs aanvaarden, lijkt in strijd te zijn met de voornoemde bestekbepaling waarin wordt gesteld dat de doelstelling van de controle van de gevraagde bewijsmiddelen precies erin bestaat te controleren of er geen risico op discontinuïteit van de inschrijver is, wat niet wordt aangenomen “indien gedurende de laatste drie (3) boekjaren twee maal een negatief eigen vermogen of twee maal verlies voor belasting wordt vastgesteld”.

In het licht van het normdoel van de voornoemde bestekbepaling diende de verwerende partij nader te onderzoeken en te motiveren waarom zij van mening was dat de gekozen inschrijver voldoet aan de vereiste van financiële en economische draagkracht, en in het bijzonder op grond van welke bijkomende elementen zij heeft gesteund om aan te nemen dat er geen risico zou bestaan op discontinuïteit van de inschrijver, ondanks het feit dat de betrokken onderneming nog maar elf maanden bestaat. Een onderzoek dat beperkt blijft tot de weinigzeggende vermelding dat “er geen reden is om aan te nemen dat de continuïteit van de opdracht niet kan worden gegarandeerd”, kan in dit verband op het eerste gezicht niet volstaan.

In zoverre de verzoekende partij in het eerste middel aanvoert dat de offerte van de gekozen inschrijver niet zorgvuldig lijkt te zijn onderzocht en dat het motief om hem te selecteren, in het licht van de “doelstelling” van de voornoemde bestekbepaling, niet afdoende is, is het middel ernstig.

13. De motieven die de verwerende partij thans in haar nota opgeeft, ter verantwoording van haar oordeel dat de gekozen inschrijver te dezen voldoet aan de vereisten inzake financiële en economische draagkracht, kunnen dit gebrek aan een afdoende motivering niet remediëren. Deze motieven zijn immers niet terug te vinden in enig stuk van het administratief dossier en de verwerende partij toont niet aan dat ze enige rol hebben gespeeld bij het nemen van de bestreden beslissing.

De tussenkommende partij verwijst ter terechtzitting in dit verband naar de rechtspraak van de Raad van State volgens welke, wanneer er geen bijzondere problemen zijn gerezen bij het selectieonderzoek, de formelemotiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Evenwel lijken de voornoemde concrete omstandigheden, waarbij een inschrijver niet in staat is om de jaarrekeningen van de laatste drie jaren voor te leggen zoals wordt gevraagd in het bestek, te dezen op het eerste gezicht wel aanleiding te moeten geven tot een ruimere motiveringsverplichting.

14. Het eerste middel is, in de besproken mate, ernstig. Die vaststelling volstaat om de bestreden gunningsbeslissing in haar uitvoering te schorsen.

VII. Besluit

15. Het eerste middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden gunningsbeslissing wordt dan ook ingewilligd.

VIII. Impliciete weigeringbeslissing

16. Voor zover de vordering ook is gericht tegen de beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, is ze niet ontvankelijk.

De verzoekende partij zet immers niet uiteen, en toont bijgevolg in de huidige stand van de procedure ook niet aan, dat het ernstig bevonden middel ook tot de uitzonderlijke vaststelling zou moeten leiden dat de verwerende partij geen andere keuze meer had dan de opdracht aan haar te gunnen.

IX. Kosten

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Crooked Skatepark Constructions tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van Sport Vlaanderen van 12 mei 2023 waarbij de overheidsopdracht ‘Groepsaankoop tot het leveren van een pop-up skatepark’ wordt gegund aan de bv Crooked Skatepark Constructions.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere