

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 261.694 van 10 december 2024
in de zaak A. 243.470/XIV-39.676**

In zake: de NV M.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Verhaegen
kantoor houdend te 2970 Schilde
Vloeyenbergdreef 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de MAATSCHAPPIJ VOOR HET INTERCOMMUNAAL
VERVOER TE BRUSSEL (MIVB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sebastiaan De Meue en Junior Geysens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 november 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de verwerende partij van 22 oktober 2024 om de verzoekende partij niet te selecteren voor de overheidsopdracht voor leveringen (ref. CW28921/RD/NM) met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor de aankoop en installatie van mobiele hefkolommen voor bussen met preventief en curatief onderhoud en de aankoop van hiertoe gerelateerde wisselstukken’.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 december 2024, om 11.00 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Schütt, die *loco* advocaat Koen Verhaegen verschijnt voor de verzoekende partij en advocaten Sebastiaan De Meue en Junior Geysens, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 voor leveringen uit in de speciale sectoren met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor de aankoop en installatie van mobiele hefkolommen voor bussen met preventief en curatief onderhoud en de aankoop van hiertoe gerelateerde wisselstukken’.

De voorziene looptijd van de raamovereenkomst bedraagt 96 maanden (8 jaar). De totale waarde van de opdracht wordt geraamd op 4.000.000 euro (btw niet inbegrepen).

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Luidens de aankondiging verloopt de plaatsingsprocedure in twee fasen, waarbij de eerste fase een oproep tot kandidaten omvat en in een tweede fase, na de evaluatie van de kandidaatstellingen, aan de geselecteerde kandidaten het bestek zal worden overgemaakt opdat zij hun offerte kunnen indienen.

De aankondiging van de opdracht bepaalt voorts de volgende selectiecriteria inzake de economische en financiële draagkracht:

“ III.1.2) Economische en financiële draagkracht

□ Selectiecriteria zoals vermeld in de aanbestedingsstukken

Lijst en beknopte beschrijving van de selectiecriteria:

De economische en financiële draagkracht van de kandidaten zal gecontroleerd worden op basis van financiële gegevens (de omzet, balansen en resultatenrekeningen). De bewijsstukken i.v.m. de economische en financiële capaciteit moeten bij uw kandidatuurstelling en UEA gevoegd worden (de verklaring op erewoord van het UEA volstaat niet).

De kandidaat zal aan de MIVB de laatste 3 neergelegde balansen en resultatenrekeningen van de onderneming (modellen neergelegd bij de NBB) overmaken of de link naar de website waarop deze documenten gratis kunnen worden gedownload communiceren.

Voor Belgische bedrijven is dit niet verplicht, aangezien de MIVB de jaarrekeningen kan opvragen afkomstig van de balanscentrale van de Nationale Bank van België, voor zover deze gepubliceerd werden.

De totale jaaromzet: de kandidaat zal een verklaring overmaken betreffende zijn algemeen omzetcijfer voor de 3 meest recente beschikbare boekjaren. (In te vullen in het UEA Deel IV: Selectiecriteria IV punt B).

Indien de kandidaat deel uitmaakt van een groep: eveneens het laatste jaarverslag en financieel rapport van deze groep of de link naar de website waarop deze documenten gratis kunnen worden gedownload.

Eventuele minimum eisen:

- De gemiddelde totale jaaromzet berekend voor de 3 meest recente beschikbare boekjaren, moet meer dan 500.000,00 EUR bedragen.

- De MIVB zal de kandidaten uitsluiten, waarvan de financiële gegevens (balansen en resultatenrekeningen) niet bewijzen dat zij over de capaciteit beschikken om de opdracht zoals beschreven in de rubrieken II.1.4 tot een goed einde te brengen. Zij zal al de kandidaten uitsluiten waarvan het eigen vermogen negatief is.”

3.3. Op 5 juli 2024 dient de verzoekende partij een aanvraag tot deelneming in. Volgens de bestreden beslissing worden tegen de uiterlijke datum voor de indiening van de kandidaturen op 8 juli 2024 vijf aanvragen tot deelneming ingediend.

3.4. Met een e-mailbericht van 18 juli 2024 bezorgt de verwerende partij drie “bemerking(en)” aan de verzoekende partij, waarbij de eerste luidt als volgt:

“In III.1.2) Economische en financiële draagkracht van de Aankondiging wordt gevraagd naar de jaarrekeningen van de laatste 3 boekjaren. Voor Belgische ondernemingen is dit echter niet verplicht, aangezien we deze zelf kunnen opvragen bij de Balanscentrale van de Nationale Bank. Daar wist men ons evenwel te melden dat de laatste ingediende jaarrekening van 2021 dateert.

=> Is hiervoor een verklaring, dan vernemen we die graag van u.

[...]

Mogen we vragen ons hierop te antwoorden VOOR Maandag 05.08.2024 te 10:00?”

3.5. Met een e-mailbericht van 5 augustus 2024, verzonden om 9u55, antwoordt de verzoekende partij:

“Economische en financiële draagkracht:

Jaarrekeningen van [M.] NV zijn gratis te raadplegen op de website van de Nationale Bank.

[https://consult.cbso.nbb.be/consult-enterprise/04040\[XXXXXX\]](https://consult.cbso.nbb.be/consult-enterprise/04040[XXXXXX])

Het boekjaar 2022 en 2023 zal eind 07/2024 door onze boekhouding worden ingediend. Het eigen vermogen van [M.] is positief.

[...]

Wegens opéénvolgende langdurige gezondheidsproblemen van onze interne accountant in eind 2019 heeft dit geleid tot zijn vervroegd pensioen. Toen zijn opvolger ook medische problemen kreeg, waren de achterstanden zo groot dat wij besloten beroep te doen op een gespecialiseerd extern accountantskantoor om de achterstallige jaarrekeningen op te stellen en te publiceren.

2020 en 2021 werden hierdoor inmiddels laattijdig gepubliceerd. 2022 is klaar voor indiening zie indiening ontwerp in bijlage. 2023 zal in augustus voltooid kunnen worden en zal ook positief afgesloten worden.

Ter info onze omzet voor eerste semester jaar 2024 bedraagt reeds € 7.927.533,37. Hopelijk is dit voldoende, anders kan u steeds contact opnemen met ons extern accountantskantoor.”

Als bijlage wordt de jaarrekening voor het boekjaar 2022 gevoegd, zoals goedgekeurd door de algemene vergadering van 5 augustus 2024.

3.6. Met een e-mailbericht van 7 augustus 2024 vraagt de verwerende partij aan de externe accountant van de verzoekende partij:

“M.b.t. een lopende kandidatuurstelling van de firma [M.] voor een project van hefkolommen was enkel de jaarrekening 2021 via de Balanscentrale consulteerbaar. Wij mochten van de heer [B.] de verklaring in bijlage ontvangen, alsook een kopie van de ontwerpjaarrekening 2022. Voor de ontwerp-jaarrekening 2023 werd er gesproken over de beschikbaarheid in augustus 2024. Heeft u enig zicht op de timing hiervoor? Ik bekijk ondertussen met ons Legal Department of we – gezien de uitzonderlijke situatie – alsnog de niet-gepubliceerde jaarrekeningen mee in overweging kunnen nemen om [M.] aan dit criterium te laten voldoen. [...]”.

3.7. Met een e-mailbericht van 8 augustus 2024 antwoordt de externe accountant:

“De jaarrekening van 31.12.2022 werd afgewerkt en wordt vandaag gepubliceerd. Deze zal dan ook vandaag beschikbaar zijn, maar ik stuur ze U zeker al op, nadat de laatste handtekeningen werden geplaatst.

Het eigen vermogen van de onderneming evolueerde van 2021 naar 2022 van EUR 4.112.513,40 naar finaal EUR 4.557.041,77 wat een winst van het boekjaar betekent na belastingen van EUR 444.528,37. Deze winst werd voor EUR 350.000,00 volledig gereserveerd in de onderneming. De cashflow voor 2022 bedroeg EUR 1.286.770,89 en de totale schuldgraad van de onderneming evolueerde van 2021 van EUR 10.547.732,66 naar in 2022 van EUR 10.314.468,64 wat een daling (verbetering) betekende van EUR 233.264,02. In de schulden van 2022 melden we een achtergestelde lening aan de moedermaatschappij [E.] NV van om en bij de 2 miljoen euro dat als verlengde van het eigen vermogen dient te worden geïnterpreteerd. Het vreemd vermogen bedraagt aldus EUR 8.407.094,88 oftewel 55,84% van het balanstotaal. Deze schulden zijn ruimschoots gedekt door de courante activa, zoals voorraad (EUR 6.485.101,40), vorderingen op ten hoogste één jaar (handelsvorderingen EUR 3.026.808,74 en overige vorderingen EUR 225.883,28) en liquide middelen (EUR 285.269,59).

Het boekjaar per 31.12.2023 wordt verder afgewerkt en zal voor eind augustus op de NBB beschikbaar zijn. Deze jaarrekening zal de onderneming tonen nadat ze terug op kruissnelheid zal gekomen zijn. Deze wijzigingen zijn het gevolg van intensieve acties van het management op organisatorisch vlak, verbeterde aankopen, betere calculatie van de marges en beter personeelsbeleid.

Ook de automatisering heeft een zeer grote invloed gespeeld in deze evolutie die verder wordt doorgezet in 2024.

Ik zal niet nalaten U in de loop van vandaag een kopie te bezorgen van de neergelegde jaarrekening en het deponeringsbewijs, waardoor deze onmiddellijk beschikbaar is ter inzage.”

3.8. Met een e-mailbericht van 9 augustus 2024 deelt de accountant van de verzoekende partij aan de verwerende partij mee:

“Hieronder de bevestiging van de publicatie van de jaarrekening per 31-12-2022. Ze is op dit ogenblik beschikbaar op de website van de Nationale Bank.”

3.9. Hierop repliceert de verwerende partij dezelfde dag:

“Dank voor uw waardevolle inbreng in deze aangelegenheid. Wij kijken alvast uit naar de 2023-jaarrekening eind augustus om de kandidatuurstelling te vervolledigen.”

3.10. Op 22 oktober 2024 beslist de verwerende partij om de verzoekende partij niet te selecteren op grond van de volgende overwegingen:

“

III.1.2) Economische en financiële draagkracht				
De economische en financiële draagkracht zal worden gecontroleerd op basis van de financiële gegevens (zakencijfer, balansen en resultatenrekeningen). De bewijsstukken betreffende de economische en financiële draagkracht moeten bij de kandidatuur en het UEA gevoegd worden (de verklaring op erewoord van het UEA is niet voldoende)				
	[...]	[M.]	[...]	[...]
De kandidaat zal aan de MIVB de laatste 3 neergelegde balansen en resultatenrekeningen van de onderneming (modellen neergelegd bij de NBB) overmaken of de link naar de website waarop deze documenten gratis kunnen worden gedownload communiceren. Voor Belgische bedrijven is dit niet verplicht, aangezien de MIVB de jaarrekeningen kan opvragen afkomstig van de balanscentrale van de Nationale Bank van België, voor zover deze gepubliceerd werden. De totale jaaromzet: de kandidaat zal een verklaring overmaken betreffende zijn algemeen omzetcijfer voor de 3 meest recente beschikbare boekjaren. (In te vullen in het UEA Deel IV:		NOK		

Selectiecriteria punt B).				
Vereist(e) specifiek(e) minimumniveau(s): 2				
De gemiddelde jaaromzet berekend voor de gevraagde diensten/leveringen berekend voor de laatste 3 beschikbare boekjaren, moet hoger zijn dan 500.000,00 EUR.		Niet bepaalbaar		
De MIVB zal de kandidaten weren waarvan de financiële gegevens (balansen en resultatenrekeningen) niet aantonen dat ze beschikken over het vermogen om een opdracht zoals omschreven onder punt II.1.4 tot een goed einde te brengen. Ze zal elke kandidaat met een negatief eigen vermogen uitsluiten.		Niet bepaalbaar		

[M.] had op datum van 5.8.2024 enkel de jaarrekening van 2021 bij de balanscentrale van de NBB neergelegd. Na deze datum diende [M.] een ontwerp jaarrekening in voor 2022 (neerlegging bij de NBB gebeurde pas op 8.8.2024). Gezien de neergelegde jaarrekeningen 2022 en 2023 op 5.8.2024 ontbraken, voldoet [M.] niet aan dit criterium. [M.] wordt dus niet geselecteerd.”

Dit is de bestreden beslissing.

Ook ten aanzien van één andere kandidaat wordt tot de niet-selectie besloten. De overige drie kandidaten worden wel geselecteerd.

3.11. Met een aangetekend schrijven van 30 oktober 2024 en een e-mailbericht van 6 november 2024 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat zij niet werd geselecteerd voor de opdracht en wordt haar een uittreksel van de selectiebeslissing meegedeeld.

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’, 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 eerste en tweede middel, samengenomen

Standpunt van de partijen

5. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 65, eerste en vierde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017), het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het materiële motiveringsbeginsel,

“Doordat verwerende partij de kandidatuur van verzoekster niet selecteert omdat niet alle jaarrekeningen van de 3 laatste boekjaren waren neergelegd bij de Nationale Bank

Terwijl in de aankondiging van opdracht inzake het selectiecriterium van de economische en financiële draagkracht gevraagd wordt om de laatste 3 neergelegde balansen en resultatenrekeningen van de onderneming bij te brengen, waarbij voor Belgische bedrijven de raadpleging door de aanbestedende overheid van de balanscentrale van de Nationale Bank voorzien wordt

En terwijl selectie op basis van de laatste 3 neergelegde jaarrekeningen niet gelijkstaat met selectie op basis van de jaarrekening van de 3 laatste boekjaren

En terwijl de aanbestedende overheid op het moment van het nemen van de bestreden beslissing toegang had tot en dus beschikte over alle jaarrekeningen sinds 1980 van verzoekster, met uitzondering van deze voor het laatste jaar voorafgaand aan het huidige jaar

Zodat de aanbestedende overheid door de beslissing tot niet-selectie genoemde reglementaire bepalingen en genoemde beginselen geschonden heeft”.

In de toelichting bij haar middel zet zij uiteen dat er sprake is van een discrepantie tussen de motivering van de bestreden beslissing en de formulering van het selectiecriterium in de aankondiging. Het gebruik van de term “beschikbare boekjaren” in de aankondiging geeft aan dat de verwerende partij

rekening wenst te houden met de cijfers zoals die worden meegedeeld c.q. reeds openbaar zijn gemaakt. Wanneer die beschikbaarheid er nog niet is voor een bepaald boekjaar, om welke reden dan ook, kondigt de verwerende partij aan om rekening te zullen houden met de drie laatste jaren waarvoor de cijfers wel beschikbaar zijn. Als de verwerende partij de bedoeling had om enkel rekening te houden met de jaarrekeningen van de vorige drie jaren (2021, 2022, 2023), dan had zij zulks kunnen en moeten verduidelijken in de opdrachtdocumenten zelf. Het is daarbij volgens de verzoekende partij niet zo dat er *in casu* een volledig scheefgetrokken boekhoudkundige situatie voorlag: op het moment van het nemen van de bestreden beslissing ontbrak enkel de jaarrekening voor het laatste boekjaar van de verzoekende partij. Uit de door haar verschaft uitleg en de neerlegging van de jaarrekeningen voor de jaren 2020, 2021 en 2022, viel af te leiden dat de verzoekende partij er alles aan deed om zich volledig in regel te stellen met haar boekhoudkundige verplichtingen. Bovendien is de verzoekende partij een bedrijf dat al zeer lang bestaat, waarvan reeds 47 gepubliceerde jaarrekeningen terug te vinden zijn en waren er effectief goede redenen waarom er vertraging is opgetreden in de boekhoudkundige verwerking van de laatste resultaten zoals meegedeeld aan de verwerende partij in het e-mailbericht van 5 augustus 2024.

6. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het vertrouwensbeginsel en van het materieel motiveringsbeginsel,

“Doordat de bestreden beslissing genomen is omdat de jaarrekeningen van 2022 en 2023 nog niet waren neergelegd op datum van 5 augustus 2024 Terwijl de verantwoordelijke van verwerende partij in zijn emailcommunicatie met verzoekster en met haar boekhouder bereidheid heeft getoond om documentatie inzake de selectiecriteria te aanvaarden voorbij de in de bestreden beslissing weerhouden scharnierdatum, alsook bereidheid om de afwerking en neerlegging van de laatste jaarrekening af te wachten
Zodat de aanbestedende overheid de genoemde beginselen geschonden heeft”.

In de toelichting bij haar middel zet de verzoekende partij uiteen dat niet blijkt waarom in de bestreden beslissing wordt teruggegrepen naar de scharnierdatum van 5 augustus 2024. Dat daardoor abstractie wordt gemaakt van alle correspondentie die tussen de verwerende partij en de verzoekende partij en

haar boekhouder na deze datum werd gevoerd, strijdt volgens de verzoekende partij ook manifest met het vertrouwensbeginsel.

7. In de nota repliceert de verwerende partij wat het eerste middel betreft, samengevat, dat de door haar gemaakte interpretatie van de vereiste mededeling van “de laatste 3 neergelegde balansen en resultatenrekeningen” niet onjuist of kennelijk onredelijk is, maar steun vindt in het wettelijk kader inzake de boekhoudkundige plichten voor ondernemingen en vennootschappen. In het licht van de wettelijke verplichtingen ter zake is het vanzelfsprekend, of in elk geval niet kennelijk onredelijk, dat de vereiste mededeling van “de laatste 3 neergelegde balansen en resultatenrekeningen” geïnterpreteerd wordt als de vraag naar mededeling van “de jaarrekeningen van de laatste 3 boekjaren”, zoals deze moesten zijn neergelegd en gepubliceerd binnen de wettelijke termijn, in het voorliggende geval deze van 2021, 2022 en 2023. In dat opzicht is het selectie criterium ook voldoende duidelijk en transparant. Een andere interpretatie zou de verwerende partij niet mogelijk maken zich op afdoende wijze van de actuele economische en financiële draagkracht van de kandidaten te vergewissen. De interpretatie die de verzoekende partij voorstaat brengt overigens de gelijkheid onder de kandidaten en inschrijvers ernstig in het gedrang. Het gebrek aan tijdige mededeling door de verzoekende partij van “de laatste 3 neergelegde balansen en resultatenrekeningen”, en dit niettegenstaande een vraag tot verduidelijking en bijkomende passende termijn, verantwoordt de niet-selectie van de verzoekende partij.

Wat het tweede middel betreft, repliceert zij, samengevat, dat aangezien de verzoekende partij niet voldeed aan het selectie criterium met betrekking tot de financiële en economische draagkracht, de verwerende partij ertoe gehouden was om de verzoekende partij niet te selecteren. Daargelaten dat de verwerende partij nooit de rechtmatige verwachting van het tegendeel heeft gewekt, leidt het vertrouwensbeginsel niet tot een ander besluit. De verzoekende partij voldeed noch op het moment van de indiening van haar aanvraag tot deelneming, noch op het moment van het verstrijken van de passende termijn die haar werd verleend om haar aanvraag te verduidelijken, aan de vereisten inzake de jaarrekeningen. Zij heeft de niet-selectie dan ook uitsluitend aan zichzelf te wijten.

Beoordeling

8. Artikel 65, eerste en vierde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, waarvan de schending wordt aangevoerd, bepaalt:

“Onverminderd artikel 42, § 3, eerste lid, 2°, van de wet, worden de selectiecriteria alsook de aanvaardbare bewijsmiddelen door de aanbestedende overheid vermeld in de aankondiging van de opdracht of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdrachtdocumenten.

[...]

[...]

Elk criterium moet geformuleerd worden op een voldoende duidelijke wijze teneinde de selectie van de kandidaten of van de inschrijvers toe te laten.”

Artikel 67, §§ 1 tot 3, van hetzelfde koninklijk besluit bepalen:

“§ 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° [...].

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.

§ 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 minimumjaaromzet realiseren, met name in het domein waarop de opdracht betrekking heeft.
[...].”

Overeenkomstig artikel 70 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ zijn de voormelde bepalingen ook van toepassing op opdrachten in de speciale sectoren zoals de voorliggende opdracht, behoudens andersluidend beding in de opdrachtdocumenten. Er blijkt te dezen niet dat dergelijk andersluidend beding zou voorliggen.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende entiteit toe om de geschiktheid van een inschrijver om de opdracht zoals omschreven in de opdrachtdocumenten te volbrengen, te beoordelen. Daarbij dient zij de regels die zij zelf heeft vastgesteld in de opdrachtdocumenten te respecteren. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimeisen inzake selectie mag de aanbestedende entiteit de betrokken kandidaat of inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen opdrachtdocumenten te schenden.

De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Voorts mag enkel met de formeel uitgedrukte motieven rekening worden gehouden.

9. In de aankondiging van de opdracht wordt met betrekking tot de economische en financiële draagkracht van de kandidaten bepaald dat zij een gemiddelde totale jaaromzet, berekend voor de drie meest recente beschikbare

boekjaren, moeten aantonen van meer dan 500.000 euro en dat de verwerende partij de kandidaten zal uitsluiten waarvan de financiële gegevens (balansen en resultatenrekeningen) niet bewijzen dat zij over de capaciteit beschikken om de opdracht zoals beschreven in de aankondiging tot een goed einde te brengen, evenals alle kandidaten waarvan het eigen vermogen negatief is. In het kader van de voormelde minimumeisen inzake selectie dienen de kandidaten volgens de aankondiging van de opdracht “de laatste 3 neergelegde balansen en resultatenrekeningen van de onderneming (modellen neergelegd bij de NBB)” over te maken of de link naar de website waarop deze documenten kunnen worden gedownload. Voor Belgische bedrijven is dit niet verplicht, aangezien de verwerende partij de jaarrekeningen kan opvragen afkomstig van de balanscentrale van de Nationale Bank van België, voor zover deze gepubliceerd werden. Daarnaast dienen de kandidaten een verklaring betreffende hun algemeen omzetcijfer voor de drie meest recente beschikbare boekjaren over te maken, in te vullen in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA).

10. In de bestreden beslissing wordt besloten tot de niet-selectie van de verzoekende partij omdat zij volgens de verwerende partij niet heeft aangetoond te voldoen aan het voormelde selectie criterium inzake de economische en financiële draagkracht. De verwerende partij is van oordeel dat het “niet bepaalbaar” is dat de verzoekende partij voldoet aan de twee gestelde minimumvereisten inzake de economische en financiële draagkracht op grond van de volgende overweging:

“[M.] had op datum van 5.8.2024 enkel de jaarrekening van 2021 bij de balanscentrale van de NBB neergelegd. Na deze datum diende [M.] een ontwerp jaarrekening in voor 2022 (neerlegging bij de NBB gebeurde pas op 8.8.2024). Gezien de neergelegde jaarrekeningen 2022 en 2023 op 5.8.2024 ontbraken, voldoet [M.] niet aan dit criterium. [M.] wordt dus niet geselecteerd.”

11. Vastgesteld lijkt te kunnen worden dat de verwijzingen in het voormelde selectie criterium naar “de laatste 3 neergelegde balansen en resultatenrekeningen van de onderneming (modellen neergelegd bij de NBB)” en “de 3 meest recente beschikbare boekjaren” in het licht van de wettelijke regeling omtrent de verplichte neerlegging van de jaarrekening, zo moet worden gelezen dat

zij betrekking hebben op de drie laatste jaarrekeningen die werden neergelegd bij de Nationale Bank van België (hierna: NBB) dan wel neergelegd hadden moeten zijn bij de NBB.

De verwerende partij maakt aannemelijk dat de vraag tot het opgeven van de meest recent beschikbare jaarrekeningen ook moet worden gelezen in het licht van de doelstelling van de controle, namelijk de bescherming van de aanbestedende entiteit tegen een risico van discontinuïteit van de inschrijver bij de uitvoering van de opdracht. Het doel van de betrokken bepaling lijkt er dan ook aan in de weg te staan dat, in het geval een kandidaat niet in regel is met zijn wettelijke verplichtingen inzake het goedkeuren en neerleggen van de jaarrekeningen, de aanbestedende entiteit de financiële en economische draagkracht slechts zou kunnen beoordelen aan de hand van gegevens die mogelijks niet meer actueel zijn.

De verwerende partij kan op het eerste gezicht dan ook worden bijgevallen waar zij stelt dat het betreffende selectiecriteria in de aankondiging zo moet worden gelezen dat het vereiste om de laatste drie neergelegde balans en resultatenrekeningen van de onderneming over te maken betrekking heeft op de laatste drie jaarrekeningen van de kandidaat die zijn neergelegd of die zouden moeten zijn neergelegd bij de NBB. Het relevante ijkmoment lijkt daarbij, zoals de verwerende partij ook aangeeft in haar nota en ter terechtzitting, in beginsel de uiterlijke datum voor neerlegging van de aanvragen tot deelneming te moeten zijn.

In zoverre de verzoekende partij in het eerste middel uitgaat van een andere lezing van de voormelde selectiebepaling in de aankondiging, in de zin dat wanneer de jaarrekening voor een bepaald boekjaar nog niet beschikbaar is, om welke reden dan ook, rekening dient te worden gehouden met de drie laatste jaren waarvoor de cijfers wel beschikbaar zijn, is het middel niet ernstig.

12. Evenwel kan de verzoekende partij op het eerste gezicht worden bijgevallen waar zij stelt dat de verwerende partij het voormelde selectiecriteria in de bestreden beslissing strenger heeft toegepast dan vermeld in de aankondiging.

Zij betoogt dat niet wordt betwist dat zij overeenkomstig de wettelijke verplichtingen vervat in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna: het WVV) na afsluiting van haar boekjaar op 31 december 2023 over een termijn van zeven maanden beschikte om de jaarrekening neer te leggen bij de NBB. De verwerende partij wijst er immers op dat overeenkomstig artikel 3:1, § 1, van het WVV de jaarrekening binnen zes maanden na de afsluitingsdatum van het boekjaar ter goedkeuring moet worden voorgelegd aan de vennoten verenigd in vergadering of de algemene vergadering en dat overeenkomstig artikel 3:10 van het WVV de jaarrekening, binnen dertig dagen na de goedkeuring ervan, door toedoen van het bestuursorgaan moet worden neergelegd bij de NBB.

De verzoekende partij doet op het eerste gezicht dan ook met reden gelden dat bij indiening van de aanvraag tot deelneming voor de onderhavige opdracht op 5 juli 2024 de termijn van zeven maanden voor de neerlegging van haar jaarrekening voor het boekjaar 2023 in toepassing van de voormelde bepalingen nog niet was verstreken. In het licht van de hiervoor met de verwerende partij aangenomen lezing van het betrokken selectie criterium moeten op het eerste gezicht de jaarrekeningen van de boekjaren 2020, 2021 en 2022 worden beschouwd als de laatste drie neergelegde jaarrekeningen dan wel de laatste drie jaarrekeningen die hadden moeten zijn neergelegd bij de NBB en op grond waarvan de economische en financiële draagkracht zou worden beoordeeld.

De verwerende partij heeft op het eerste gezicht dan ook gehandeld in strijd met de eigen aankondiging en zodoende het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* geschonden in zoverre in de bestreden beslissing wordt overwogen dat de verzoekende partij niet voldoet aan het voormelde selectie criterium omdat haar neergelegde jaarrekening voor het boekjaar 2023 ontbrak.

13. Voorts volstaat de motivering waarbij er enerzijds van uitgegaan wordt dat de verzoekende partij “enkel de jaarrekening van 2021” zou hebben neergelegd en anderzijds dat “de neergelegde jaarrekeningen 2022 en 2023 op 5.8.2024 ontbraken” op het eerste gezicht niet om de bestreden beslissing tot niet-selectie van de verzoekende partij te dragen.

Zoals hiervoor reeds is gebleken, lagen voor de verzoekende partij bij de aanvraag tot deelneming als bewijsstukken in verband met de economische en financiële draagkracht, naast de verklaring in het UEA met betrekking tot het omzetcijfer, zowel de neergelegde jaarrekening voor het boekjaar 2020 als deze voor het boekjaar 2021 voor via verwijzing naar de publicatie ervan. Het is op het eerste gezicht dus enkel de neergelegde jaarrekening voor het boekjaar 2022 die op dat ogenblik ontbrak.

In dat verband brengt de Raad van State in herinnering dat artikel 67, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 bepaalt dat wanneer de inschrijver niet in staat is de door de aanbestedende overheid gevraagde referenties over te leggen, hij zijn economische en financiële draagkracht met andere documenten kan aantonen.

Artikel 147, § 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016) bepaalt voorts onder afdeling 3 – “Selectie van deelnemers en gunning van opdrachten”:

“Onverminderd artikel 121, § 6, tweede lid, kan de aanbestedende entiteit, wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.”

Op grond van de voormelde bepaling beschikt de aanbestedende entiteit onder de daar vermelde voorwaarden, waaronder inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, over de mogelijkheid om een kandidaat te vragen om de inlichtingen en documenten met betrekking tot de selectie aan te vullen of toe te lichten.

Te dezen blijkt de verwerende partij in toepassing van deze laatste bepaling de verzoekende partij te hebben gevraagd om uiterlijk tegen

maandag 5 augustus 2024 te verantwoorden waarom de laatste neergelegde jaarrekening van de verzoekende partij bij de NBB dateerde van 2021. De verzoekende partij blijkt op 5 augustus 2024 binnen de gevraagde termijn aan de verwerende partij te hebben geantwoord dat zij door opeenvolgende medische problemen van haar interne accountants achterstand had opgelopen met het opstellen van de jaarrekeningen en dat de jaarrekening voor het boekjaar 2022 klaar was voor publicatie. Als bijlage bij dit bericht wordt de jaarrekening voor het boekjaar 2022 gevoegd, zoals goedgekeurd door de algemene vergadering van 5 augustus 2024 en waaruit de jaaromzet en het eigen vermogen van de verzoekende partij voor het boekjaar 2022 lijkt te kunnen worden afgeleid.

De verwerende partij blijkt bovendien ook na de door haar vooropgestelde datum van 5 augustus 2024 nog contact te hebben opgenomen met de externe accountant van de verzoekende partij die de verwerende partij met een e-mailbericht van 8 augustus 2024 ervan op de hoogte heeft gesteld dat de jaarrekening voor het boekjaar 2022 werd bezorgd aan de NBB voor publicatie en op 9 augustus 2024 heeft meegedeeld dat de betrokken jaarrekening werd gepubliceerd en beschikbaar is op de website van de NBB.

In het licht van al het voorgaande kon de verwerende partij er op het eerste gezicht dan ook niet zonder meer mee volstaan om in de bestreden beslissing van 22 oktober 2024, te verwijzen naar het ontbreken van “de neergelegde jaarrekeningen 2022 en 2023 op 5.8.2024” om tot niet-selectie van de verzoekende partij te besluiten.

14. In zoverre de verwerende partij in haar nota en ter terechtzitting nog opwerpt dat zij in het licht van de wettelijke waarborgen geen genoegen dient te nemen met een “ontwerpjaarrekening”, dat de “goede redenen” waarom de jaarrekeningen laattijdig zijn neergelegd zich beperken tot louter beweringen zonder enige verifieerbare feitelijke grondslag en dat de handelwijze van de verzoekende partij geen vertrouwen uitstraalt nu zij gewacht heeft tot op het laatste moment om verduidelijking te bieden, bij deze verduidelijking tegenstrijdige verklaringen zou hebben afgelegd en nog steeds niet alle gevraagde documenten heeft neergelegd, betreft het op het eerste gezicht een motivering *post factum* die niet in aanmerking kan worden genomen.

15. Het eerste en het tweede middel zijn in de aangegeven mate ernstig.

VI. Besluit

16. Het eerste en tweede middel zijn in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de verwerende partij van 22 oktober 2024 om de verzoekende partij niet te selecteren voor de overheidsopdracht voor leveringen (ref. CW28921/RD/NM) met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor de aankoop en installatie van mobiele hefkolommen voor bussen met preventief en curatief onderhoud en de aankoop van hiertoe gerelateerde wisselstukken’.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op tien december tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Joris Casneuf,

De griffier

Joris Casneuf

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos