RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 173.479 van 12 juli 2007
in de zaak A. 107.555/XII-3211.

In zake : de NV GENERAL INDUSTRIAL ASSISTANCE CATARO,
die woonplaats kiest bij
advocaten T. Van De Voorde en F. Gijssels,
kantoor houdende te Eeklo,
Stationsstraat 56, bus 1

tegen :

de STAD GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Heymans,
kantoor houdende te Gent,
Gebroeders Vandeveldestraat 99.

tussenkomende partijen :

1. de NV ISS,
   die woonplaats kiest bij
   advocaat C. De Wolf,
   kantoor houdende te Maarkedal,
   Etikhovestraat 6
2. de NV BOUWSCHOON-VLAANDEREN,
   die woonplaats kiest bij
   advocaat P. Tavernier,
   kantoor houdende te Brugge,
   Hamiltonpark 80.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV General Industrial Assistance Cataro op 10 september 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 12 juli 2001 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent “strekkende tot gunning van de overheidsopdracht i.v.m. het schoonmaken en onderhouden van verschillende gebouwen van de stad Gent (bestek PERDS/0101)”;

Gelet op het arrest nr. 97.955 van 25 juli 2001 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien de verzoekschriften tot tussenkomst van 10 en 11 oktober 2001;

Gelet op de beschikking van 22 oktober 2001 die de tussenkomsten van de NV ISS en de NV Bouwschoon-Vlaanderen toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur L. Vermeire;

Gelet op de beschikking van 26 september 2006 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 26 januari 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 maart 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Gijssels, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat L. Balcaen, die loco advocaat M. Heymans verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST :

De gegevens van de zaak

1.1. Verzoekende partij is een in Gent gevestigde naamloze vennootschap met naar eigen zeggen een 120-tal werknemers in vaste dienst en met toentertijd een omzet op jaarbasis van ongeveer 375 miljoen frank, gespecialiseerd in het

schoonmaken en onderhouden van gebouwen en installaties, in het bijzonder industriële, commerciële en kantoorgebouwen.

Naar zij zelf verklaart stond zij vroeger reeds in voor het schoonmaken en onderhouden van een aantal gebouwen van de stad Gent, bij benadering de percelen 6, 7, 16 en 17 en een deel van perceel 18 van het bestek PERDS/0101 en dit krachtens contracten die haar eerder gegund waren en afliepen op 31 juli 2001.

1.2. Op 23 april 2001 stelt de gemeenteraad van de stad Gent het bestek PERDS/0101 vast in verband met het schoonmaken en onderhouden van verscheidene gebouwen van de stad Gent.

Uit dit bestek blijkt dat het gaat om een opdracht voor de levering van diensten voor het schoonmaken van gebouwen, onderverdeeld in 18 percelen (blz. 5 - 8, administratieve bepalingen van het bestek). De uitvoeringstermijn van de opdracht bedraagt 36 kalendermaanden ingaand op 1 augustus 2001 en eindigend op 31 juli 2004 (blz. 13, administratieve bepalingen van het bestek).

De opdracht wordt gegund door middel van een algemene offerteaanvraag. De gunningscriteria waarmee rekening wordt gehouden bij de toewijzing van de opdracht zijn blijkens het bestek, enerzijds, kwaliteitswaarborgen (60 punten) waarbij rekening wordt gehouden met het aantal uren dat wordt schoongemaakt, het aantal personen dat per schoonmaakbeurt wordt ingezet en de intensiteit van de controle op de schoonmaak, en, anderzijds, de prijs (40 punten), waarbij een deel van de opdracht voor een globale prijs is en een deel volgens prijslijst (blz.10 - 11, administratieve bepalingen van het bestek).

De selectiecriteria worden als volgt geformuleerd (blz. 10, administratieve bepalingen van het bestek) :

> "Om de technische bekwaamheid van de inschrijver te kunnen nagaan, worden bij de offerte de volgende documenten gevoegd :
> - een geldig Cleaning Quality Label uitgereikt door de Algemene Belgische Schoonmaak Unie of een kwaliteitsattest afgeleverd door een gelijkaardige (buitenlandse) beroepsvereniging
> - een geldig ISO 9001/9002 certificaat
> - een lijst van de voornaamste gelijkaardige diensten uitgevoerd tijdens de laatste 3 jaar met per geleverde dienst vermelding van :
>   - bedrag en datum van uitvoering;

- het aantal te reinigen m^2 vloeroppervlakte. Bedoeling is het stadsbestuur toe te laten de ervaring van de dienstverlener met de schoonmaak van grote gebouwen te toetsen;
- de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. Indien het diensten aan overheden betreft, worden die aangetoond door certificaten of attesten die door de bevoegde overheden zijn opgesteld. Indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden die aangetoond door certificaten of attesten opgesteld door deze personen of door een verklaring van de dienstverlener".

Onder "opmaken van de offerte", op blz. 11-12 van de administratieve bepalingen van het bestek, wordt bepaald dat de volgende documenten bij de offerte moeten worden gevoegd :

"Volgende documenten worden bij de offerte gevoegd :
- een getekende begeleidende brief
- een recent RSZ-attest
- een attest in de categorie 00 of 28
- documenten die de identiteit van de ondertekenaars aanduiden en hun mandaat bewijzen
- een Cleaning Quality Label of soortgelijk (buitenlands) kwaliteitsattest
- een ISO-certificaat
- een lijst van de voornaamste gelijkaardige diensten, aangetoond door certificaten of attesten zoals hierboven beschreven
- de als bijlage 1, 2 en 3 bij dit bestek gevoegde documenten (ingevuld en ondertekend)
- alle in te vullen gegevens op het inschrijvingsbiljet".

Volgens verzoekende partij heeft de opdracht een geraamde waarde, BTW inbegrepen, van meer dan 200 miljoen frank.

1.3. De algemene offerteaanvraag wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 mei 2001. De aankondiging van de opdracht wordt ook bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 5 mei 2001. Daarin wordt voor bijkomende inlichtingen telkens verwezen naar Dirk Goossens, dienst Facility Management, schoonmaakbeheer van de stad Gent.

Het wordt niet betwist dat Dirk Goossens 20 november 1995 tot 31 maart 2001 werknemer-werfleider was van de verzoekende partij NV GIA Cataro, waarvan hij volgens het inleidend verzoekschrift ook aandeelhouder was en waarin zijn broer Johan Goossens bestuurder is. Volgens het verzoekschrift was Dirk Goossens vervolgens adjunct-verantwoordelijke en bij gebrek aan een eigenlijke verantwoordelijke dan belast met de leiding van de voornoemde

stadsdienst Facility Management, en stond hij in die hoedanigheid in voor de administratieve voorbereiding en begeleiding van het in het geding zijnde dossier. Volgens het bestek (blz. 15) zou de (adjunct-)verantwoordelijke van die dienst ook instaan voor het toezicht op de uitvoering van de opdracht.

1.4. Onder meer verzoekende partij, tussenkomende partijen en de NV Onet dienen offertes in. Verzoekende partij voegt enkel een certificaat kwaliteitssysteem ISO 9002 en een certificaat veiligheidsbeheerssysteemVCA**-versie 1997/01 bij.

De inschrijvingen blijken, zoals bepaald in het bestek, te zijn geopend op 28 juni 2001 waarbij verzoekende partij zou hebben vernomen dat het college van burgemeester en schepenen de opdracht zou toewijzen in zijn zitting van 12 juli 2001.

1.5. In de tussenperiode stelt Dirk Goossens op 9 juli 2001 als verantwoordelijke schoonmaakbeheer Dienst Facility Management - Schoonmaakbeheer van de Stad Gent een "analytisch verslag" op voor de te gunnen opdracht. Daaruit blijkt dat één schoonmaakbedrijf een onregelmatige offerte indiende, bij gebrek aan RSZ-attest, dat drie inschrijvers, waaronder verzoekende partij, geen "Cleaning Quality Label" (hierna : "CQL") bij hun offerte voegden en daarover bij navraag niet bleken te beschikken, en dat de offerte van twee inschrijvers niet volledig was aangezien bijlage 2 - werkschema - niet bij de offerte was gevoegd.

Meer bepaald wordt in dat verslag gesteld :

"Analytisch verslag voor de opdracht ivm het schoonmaken en onderhouden van verschillende gebouwen van de Stad Gent, Vervolg
Onderzoek naar de kwalitatieve selectiecriteria (vervolg)
Volgende schoonmaakbedrijven voegden geen Cleaning Quality Label bij hun offerte en bleken daar bij navraag niet over te beschikken :

Schoonmaakbedrijf	Adres
Inside Cleaning Service B.V.	Wattstraat 26; 2723 RC Zoetermeer; NL
G.I.A. Cataro NV	Halvemaanstraat 64; 9040 Sint-Amandsberg

Alpha Cleaning BVBA	Dendermondsesteenweg 370; 9070 Destelbergen

Deze firma's kunnen dan ook niet in de verdere vergelijking van de offertes worden opgenomen en moeten worden geweerd".

Vervolgens worden voor de percelen de andere offertes vergeleken en wordt een voorstel tot toewijzing gedaan aan hetzij de NV ISS (percelen 1 - 6, 8, 10 - 11, en 13), de NV Bouwschoon-Vlaanderen (percelen 7, 9, 12, 14 en 16) of de NV Onet (perceel 15); er wordt voorgesteld de percelen 17 en 18 niet toe te wijzen bij gebrek aan regelmatige offerte.

1.6. Een ontwerp van collegebesluit in die zin wordt door Dirk Goossens opgesteld, voorstel dat onder meer verwijst naar zijn analytisch verslag, vervolgens per perceel de vergelijking van de regelmatige offertes herneemt en ten slotte de toewijzing voorstelt van de percelen 1 tot 16 en de niet-toewijzing van de percelen 17-18.

Het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent sluit zich op 12 juli 2001 bij dit voorstel aan en wijst percelen 1 - 6, 8, 10 - 11 en 13 toe aan de NV ISS, de percelen 7, 9, 12, 14 en 16 aan de NV Bouwschoon-Vlaanderen en perceel 15 aan de NV Onet. Percelen 17 en 18 worden niet toegewezen.

Dit is de bestreden beslissing die aldus gemotiveerd wordt :

"gelet op de uitslag van een algemene offerteaanvraag en op de conclusies van het analytisch gunningsverslag dat hierbij wordt goedgekeurd, het schoonmaken en onderhouden van diverse stadsgebouwen tijdens de periode van 1 augustus 2001 tot en met 31 juli 2004 toe te vertrouwen aan de meest voordelige inschrijvers voor de naast hun naam opgegeven som waarin de BTW begrepen is, te verrekenen op art. 13703PE/12506 van de gewone uitgaven van de dienstjaren 2001 tot en met 2004".

1.7. Verzoekende partij, die naar eigen zeggen ondertussen vernomen had dat zij zou worden geweerd omdat zij niet beschikte over het voornoemde CQL uitgereikt door de Algemene Belgische Schoonmaakunie, reageert in een brief van haar raadsman van 11 juli 2001, via deurwaardersexploot op 12 juli 2001 betekend aan de stad Gent in de persoon van de burgemeester, de bevoegde schepen en de stadssecretaris a.i..

In die brief wijst zij er in de eerste plaats op dat volgens haar Dirk Goossens, als bloedverwant in de tweede graad van Johan Goossens, werkend vennoot en bestuurder van de NV GIA Cataro, belast met de dagelijkse leiding van het bedrijf, zich overeenkomstig artikel 10, §§ 1 en 2, 1/, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, had moeten wraken en onthouden van elke tussenkomst bij de evaluatie van de offertes en voorbereiding van de toewijzingsbeslissing, te meer daar hij van 20 november 1995 tot en met 20 maart 2001 als werfleider bij de NV GIA Cataro tewerkgesteld was geweest, tewerkstelling waaraan een einde werd gesteld ingevolge een persoonlijk en voortdurend meningsverschil tussen de broers Dirk en Johan Goossens, dat iedere betrokkenheid van Dirk Goossens bij het dossier tot gevolg zou hebben dat de gunningsprocedure niet met de nodige objectiviteit en onpartijdigheid kon worden behandeld en beslist en procedureel onregelmatig was. Ten gronde stelt zij verder dat het ontbreken van het voornoemde CQL - waarover zij enkel niet beschikt omdat zij niet is aangesloten bij de Algemene Belgische Schoonmaakunie en de statuten van die beroepsvereniging dit label uitsluitend voorbehouden aan hun leden - niet uitsluitend kan werken. Dit label verwijst volgens haar immers naar een kwaliteitsbewakingsregeling die niet op de Europese normenreeks is gesteund noch gecertificeerd werd door een instantie die voldoet aan de Europese normenreeks EN 45.000 zoals vereist in artikel 73 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, maar is een eerder subjectief attest afgegeven door de sector zelf, in tegenstelling tot certificaat ISO 9002 dat tevens vereist is volgens het bestek en het certificaat VCA, waarover zij wel beschikt en die beide zijn verleend door de daartoe erkende organismen, BQA en AIB-VINCOTTE. Zij wijst er verder op dat dit CQL in het bestek niet op straffe van nietigheid of uitsluiting werd vereist zodat het bestuur over de volle bevoegdheid beschikt om aan de hand van alle gegevens van het dossier te oordelen of de inschrijver aan de kwalitatieve vereisten voldoet, en dat bij een voorafgaande offerteaanvraag voor een gelijkaardige opdracht het college haar de opdracht toewees bij beslissing van 22 februari 2001, ook al bevatte het bestek dezelfde kwalitatieve selectiecriteria en ook al diende zij toen geen andere certificaten of attesten in en zonder dat zich dan, toen Dirk Goossens nog niet bij de stad Gent werkzaam was, een probleem stelde.

1.8. Op 13 juli 2001 informeert verzoekende partij naar eigen zeggen naar de beslissing van het schepencollege waarbij haar medegedeeld wordt dat het college op 12 juli 2001 beslist heeft het voorstel van de dienst Facility Management - Schoonmaakbeheer zoals beschreven in het analytisch verslag te volgen, en dus tot het weren van de inschrijving van verzoekende partij, en om haar bezwaar aan de juridische dienst te bezorgen. Verzoekende partij ontvangt dan kopie van dit analytisch verslag evenals van het ontwerp van collegebesluit.

1.9. Met brieven van 13 juli 2001 wordt de toewijzingsbeslissing meegedeeld aan de NV ISS voor de percelen 1-6, 8, 10-11 en 13, aan de NV Bouwschoon-Vlaanderen voor de percelen 7, 9, 12, 14 en 16 en aan de NV Onet voor perceel 15.

1.10. Op 16 juli 2001 beslist de raad van bestuur van verzoekende partij om tegen de bestreden beslissing een annulatieberoep en een vordering tot schorsing, in voorkomend geval bij uiterst dringende noodzakelijkheid, in te dienen bij de Raad van State.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend op 17 juli 2001 wordt verworpen bij arrest van de Raad van State nr. 97.955 van 25 juli 2001.

Op 25 juli 2001 dagvaardt verzoekende partij de stad Gent, de NV ISS, de NV Bouwschoon Vlaanderen en de NV Onet in kort geding voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent, om de schorsing te horen bevelen van de intussen ontstane overeenkomsten tussen de stad Gent en de voornoemde gedaagden en om verbod op te leggen de uitvoering van deze overeenkomsten aan te vatten of desgevallend verder te zetten, alles op straffe van een dwangsom van 100.000 frank per dag van uitvoering en per overeenkomst vanaf de betekening van de beschikking tot ten gronde uitspraak is gedaan over de vordering van verzoekende partij tot nietigverklaring van de beslissing van 12 juli 2001 en van de hieropvolgende overeenkomsten. Bij beschikking van 13 augustus 2001 wordt deze vordering onontvankelijk verklaard nu noch een annulatieberoep bij de Raad van State was ingediend noch een procedure ten gronde tot vernietiging

van de gesloten aannemingsovereenkomsten. Ook in hoger beroep worden de vorderingen bij arrest van 15 mei 2002 verworpen.

De ontvankelijkheid

2.1.1. In haar memorie van antwoord doet verwerende partij in een exceptie gelden dat verzoekende partij niet doet blijken van het rechtens vereiste belang nu zij uit een gebeurlijke nietigverklaring geen enkel nut kan halen omdat na een nietigverklaring van de bestreden beslissing de inmiddels tot stand gekomen aannemingsovereenkomsten onverminderd blijven bestaan en verzoekende partij ook niet aantoont voor de burgerlijke rechter een vordering ten gronde te hebben ingesteld tot nietigverklaring van deze overeenkomsten.

In haar memorie verwoordt tweede tussenkomende partij eenzelfde exceptie.

2.1.2. Het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren. Het enkele feit echter dat het voormelde doel onbereikbaar is geworden moet niet noodzakelijk tot gevolg hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij de vordering tot nietigverklaring verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van een toewijzings-beslissing, afsplitsbare bestuurshandeling waardoor de verzoekende partij is voorbijgegaan. Een verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt, en, spijts het sluiten of zelfs de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing. Het voornoemd moreel belang ter ondersteuning van het annulatieberoep volstaat. Het feit dat nog geen schadevergoedingsvordering zou zijn ingesteld kan daaraan geen afbreuk doen. De exceptie wordt dienvolgens niet aanvaard.

2.2.1. Eerste tussenkomende partij betwist van haar kant het belang van verzoekende partij, stellende dat verzoekende partij voor geen enkel van de in de opdracht besloten percelen aantoont dat verwerende partij één of meer van de

percelen aan haar had moeten toewijzen. Inzake het eerste, tweede en derde middel betoogt zij voorts dat deze middelen inhoudelijk gesteund zijn op gegevens die in de aankondiging en het bestek zijn opgenomen, namelijk enerzijds de tussenkomst van Dirk Goossens in de aanbestedingsprocedure en anderzijds de vereiste van een geldig CQL uitgereikt door de Algemene Belgische Schoonmaakunie of een kwaliteitsattest afgeleverd door een gelijkaardige (buitenlandse) beroepsvereniging en dat verzoekende partij haar vermeende grieven ter zake pas kenbaar maakte bij exploot van 11 juli 2001. In die omstandigheden zou "de vraag rijzen" of deze middelen nog "op een geloofwaardige wijze kunnen worden ingeroepen".

2.2.2. Zoals reeds vastgesteld onder randnummer 2.1.2., volstaat het voornoemd moreel belang. Van verzoekende partij mag dienvolgens te dezen niet worden gevraagd dat zij zou aantonen, ook nog eens recht op toewijzing van de opdracht te hebben. In zoverre is de exceptie niet gegrond.

Voorts, indien "de vraag" die wordt opgeworpen, als een exceptie moet worden aangemerkt, zij in elk geval niet wordt aanvaard. Daargelaten de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de aanwijzing van Dirk Goossens, verwoord in de aankondigingen als degene bij wie bijkomende inlichtingen kunnen worden gevraagd en tegen de beslissing om in het bestek de eis op te nemen dat een CQL-attest aan de offerte wordt toegevoegd, mogen hoe dan ook de onwettigheden van die beslissingen worden ingeroepen tegen de eindbeslissing in het kader van de gunningsprocedure. De verzoekende partij mag dus de bedoelde middelen inroepen. De exceptie wordt ook op dit punt niet aanvaard.

2.3.1. Verwerende partij betoogt in haar laatste memorie, in een nieuwe exceptie, dat verzoekende partij onmogelijk geselecteerd mocht worden, eensdeels, omdat ze bij een nieuwe aanbesteding voor "de identieke schoonmaakwerken", met bestek FMSBH005, waaraan ze deelnam, werd geweerd omdat ze niet aan de kwalitatieve selectiecriteria voldeed wat betreft een gevraagd ISO-certificaat en, anderdeels, werd geweerd wegens prijsafspraken die ook aanwezig zijn bij de te dezen in het geding zijnde gunningsprocedure.

2.3.2. Het feit dat verzoekende partij in een andere gunningsprocedure dan de voorliggende werd geweerd beïnvloedt haar belang bij het huidig beroep niet. Die procedure betrof immers een andere opdracht. Te dezen werden te haren opzichte het bezit van ISO-certificaten en mogelijke prijsafspraken niet eens getoetst. De exceptie wordt dienvolgens verworpen.

2.4.1. In haar laatste memorie merkt verwerende partij ten slotte op dat de twee percelen nrs. 17 en 18 niet werden toegewezen onder bestek PERDS/0101 maar na een nieuwe aanbesteding werden toegewezen aan de NV Aronia, zonder dat verzoekende partij zich daarvoor kandidaat had gesteld.

2.4.2. Reeds in het auditoraatsverslag werd betreffende de percelen 17 en 18 vastgesteld dat verzoekende partij bij haar beroep niet meer het rechtens vereiste belang had om de reden hiervoor aangegeven door de verwerende partij. Verzoekende partij heeft geen laatste memorie neergelegd zodat zij geacht moet worden met de betrokken conclusie van het auditoraat te hebben ingestemd. De Raad van State ziet geen redenen om die conclusie niet bij te vallen. In zoverre is het beroep dus niet ontvankelijk.

De gegrondheid

Standpunt der partijen

3.1.1. Verzoekende partij steunt een eerste middel op de schending van artikel 10, §§ 1-3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheids-opdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Zij betoogt daartoe wat volgt : aangezien Dirk Goossens, adjunct-verantwoordelijke en de facto de leidend ambtenaar van de Dienst Facility Management, afdeling Schoonmaakbeheer, van de stad Gent, een broer is van Johan Goossens, vennoot en bestuurder van verzoekende partij en belast met de dagelijkse leiding van het bedrijf, wordt hij volgens verzoekende partij krachtens artikel 10, § 2, 1/, van de voormelde wet van 24 december 1993 onweerlegbaar vermoed een belang te hebben bij één van de inschrijvende ondernemingen en had hij zich dus

overeenkomstig artikel 10, § 1 en § 3, moeten wraken en onthouden van elke tussenkomst bij de gunning, terwijl hij dit te dezen niet deed en integendeel een determinerende en zelfs quasi-decisieve invloed heeft gehad op de uiteindelijke gunningsbeslissing, gebrek waardoor de gehele procedure onregelmatig is en waarom de toewijzingsbeslissing dient te worden nietigverklaard. Zij benadrukt voorts dat er ook een objectief gebrek aan onpartijdigheid is in hoofde van Dirk Goossens , niet alleen op grond van artikel 10, § 2, 1/, van de meervermelde wet op grond waarvan hij onweerlegbaar wordt vermoed een belang te hebben, maar ook omdat hij tot 20 maart 2001 bij verzoekende partij was tewerkgesteld als werfleider, tewerkstelling waaraan volgens verzoekende partij een einde werd gesteld omwille van een persoonlijk conflict met Johan Goossens. Daarbij werd, toen Dirk Goossens nog niet bij de stad Gent werkzaam was, op 22 februari 2001 een gelijkaardige maar een kleinschalige opdracht, met dezelfde vereisten van kwalitatieve selectie, waaronder het CQL, waarover verzoekende partij ook toen niet beschikte, aan verzoekende partij toegewezen.

3.1.2. In haar memorie van antwoord doet verwerende partij daartegen gelden dat de verdachtmakingen aan het adres van Dirk Goossens onwaar en verzonnen zijn nu zijn vertrek bij verzoekende partij niet te wijten is aan enig conflict met zijn broer maar enkel het gevolg van een andere visie over het menselijk aspect van de relaties werknemer-werkgever en bedrijf-klanten. Hij zou dan ook geen enkele reden hebben om verzoekende partij te benadelen. Door de familie- en vriendschapsbanden zou hij integendeel meer redenen hebben om verzoekende partij de hand boven het hoofd te houden. Voorts stelt zij dat het voornoemde artikel 10 niet toepasselijk is nu een wrakingsplicht is voorgeschreven voor een ambtenaar van zodra hij persoonlijk of via een tussenpersoon belangen heeft in één van de inschrijvende ondernemingen, terwijl Dirk Goossens geen band meer heeft met verzoekende partij. Het artikel zou voorts enkel de andere inschrijvers beschermen en blijkens de rechtspraak enkel gesanctioneerd worden in hoofde van de persoon die in strijd met artikel 10 handelt en niet inhouden dat de offerte waarin die ambtenaar belangen heeft nietig moet worden verklaard. Zij wijst tenslotte nog op rechtspraak van de Raad van State waaruit blijkt dat geen enkele wettelijke bepaling verbiedt dat er enige structurele verwevenheid bestaat tussen een kandidaat-bieder en de gunnende overheid voor zover deze overheid de betrokken kandidaat niet bevoordeelt vanwege die structurele verwevenheid.

3.1.3. Eerste tussenkomende partij antwoordt enkel dat de Raad van State reeds herhaaldelijk stelde dat uit de tekst zelf en uit de parlementaire voorbereiding van artikel 6 van de overheidsopdrachtenwet van 14 juli 1976, nu artikel 10 van de voormelde wet van 24 december 1993, blijkt dat een overtreding van het in dat artikel vervatte verbod dient te worden gesanctioneerd in hoofde van de persoon tot wie het verbod is gericht en dat het niet de bedoeling was de naleving van dat verbod te verzekeren door het treffen van een sanctie tegen de inschrijver, zijnde de wering van zijn aanbieding. Verzoekende partij reikt geen enkel element aan op grond waarvan de toewijzingsbeslissing wegens een beweerde schending van artikel 10 zou moeten worden vernietigd, niet alleen omdat zij reeds vanaf de bekendmaking van de opdracht op de hoogte was van de tussenkomst van Dirk Goossens en hiertegen pas bezwaar indiende na de vaststelling dat de opdracht niet aan haar zou worden gegund en omdat niet concreet wordt geargumenteerd hoe diens optreden haar benadeeld zou hebben - behalve dan op grond van het tweede middel.

3.1.4. Tweede tussenkomende partij antwoordt dat er geen schending is van artikel 10, § 2, 1,/ nu dit verwijst naar een natuurlijke persoon die voor rekening van één van de inschrijvers “een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent” dus haar inziens een natuurlijke persoon die bekleed is met functies inzake dagelijks bestuur of beleid van de inschrijvers, terwijl Johan Goossens geen gedelegeerd bestuurder is van verzoekende partij maar enkel vennoot en lid van de raad van bestuur, raad die binnen een naamloze vennootschap enkel de strategische beleidslijnen vastlegt terwijl de gedelegeerd bestuurder of de algemeen directeur met de uitvoering van het dagelijks beleid wordt belast. Voorts zou de wet niet hebben bepaald wat de gevolgen zijn op de regelmatigheid van de gunningsprocedure bij niet-naleving van artikel 10, waar blijkens de memorie van toelichting “aan de rechter de zorg van appreciatie, geval per geval overgelaten hebben”. Ook zij verwijst vervolgens naar de voornoemde rechtspraak van de Raad van State. Zij stelt ook zoals eerste tussenkomende partij dat verzoekende partij niet concreet aantoont dat de tussenkomst van Dirk Goossens haar concreet benadeelde.

3.1.5. Verwerende partij herhaalt in haar laatste memorie de stellingen die zij aanvoerde in haar memorie van antwoord.

Bespreking

3.2.1. Het ingeroepen artikel 10 van de meervermelde wet van 24 december 1993 luidt :

> "Art. 10. § 1. Onverminderd de toepassing van andere verbodsbepalingen die voortvloeien uit een wet, een decreet, een ordonnantie, een reglement of statuut, is het ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder ander natuurlijk of rechtspersoon belast met een openbare dienst verboden, op welke wijze ook, rechtstreeks of onrechtstreeks tussen te komen bij de gunning van en het toezicht op de uitvoering van een overheidsopdracht van zodra hij persoonlijk of via een tussenpersoon, belangen heeft in één van de inschrijvende ondernemingen.
> § 2. Dit belang wordt vermoed te bestaan:
> 1/ zodra de ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder ander persoon belast met een openbare dienst, bloed- of aanverwant is in de rechte lijn tot de derde graad en in de zijlijn tot de vierde graad, met een der inschrijvers of met ieder ander natuurlijk persoon die voor rekening van een van hen een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent
> [...]
> § 3. [...] Ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder andere persoon, belast met een openbare dienst die zich in een van de toestanden bevindt bedoeld in § 2, is gehouden zichzelf te wraken".

Die bepaling herneemt grotendeels artikel 6 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten :

> "Art. 6. § 1. Onverminderd de toepassing van andere wettelijke verordenende of statutaire verbodsbepalingen, is het ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder ander persoon belast met een openbare dienst, verboden op elke wijze ook, hetzij rechtstreeks of onrechtstreeks, tussen te komen bij de gunning van en het toezicht op de uitvoering van een overheidsopdracht zodra hij persoonlijk of via een tussenpersoon belangen heeft in een van de inschrijvende ondernemingen.
> § 2. Dit belang wordt vermoed te bestaan :
> 1/ zodra de ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder ander persoon belast met een openbare dienst, bloed- of aanverwant is in de rechte lijn tot de derde graad en in de zijlijn tot de vierde graad, met een der inschrijvers of met ieder ander persoon die voor rekening van een van hen een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent
> [...]
> § 3. [...] Ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder andere persoon belast met een openbare dienst die zich in een van de toestanden bevindt bedoeld in § 2 van dit artikel, is gehouden zichzelf te wraken".

De memorie van toelichting bij het ontwerp dat dit artikel 6 werd stelde in dit verband onder meer het volgende (Parl. St., Senaat, 1975-76, nr. 723/1, 15-16) :

> "Artikel 6
> Dit artikel, dat slaat op de onverenigbaarbeden, geeft gevolg aan het voorstel van het Hoog Comité van Toezicht en verbiedt aan ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder ander persoon belast met een openbare dienst, behoudens toelating van de bevoegde overheid tussen te komen op om het even welke wijze, hetzij rechtstreeks of onrechtstreeks, bij het gunnen van en het toezicht op een overheidsopdracht, van zodra hij weet dat er met de inschrijver of met ieder ander persoon die voor rekening van eerstgenoemde een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent, verwantschap of aanverwantschap, in rechte lijn of in de zijlijn tot de derde graad, bestaat.
> Worden bij dit verbod bedoeld al de ambtenaren en gezagdragers die belast zijn tussen te komen in het gunnen van een opdracht, hetzij voor rekening van de Staat, hetzij voor rekening van ieder ander publiekrechtelijke persoon (instellingen van openbaar nut, provincies, gemeenten, enz.).
> [...]
> Op te merken valt dat de onverenigbaarheid niet alleen slaat op de verwantschap of aanverwantschap met de inschrijver zelf, maar eveneens op deze met ieder persoon die voor rekening van de inschrijver over een directie- of beheersfunctie beschikt. Het betreft hier ongetwijfeld de personen die de inschrijver het weze hier een fysisch persoon of een maatschappij - op juridisch vlak kunnen verbinden, maar ook de persoon die, in feite, de werkzaamheden op de bouwplaats leidt".

In de bevoegde Senaatscommissie werd dit artikel 6 via een regeringsamendement uitgebreid tot aandeelhouderschap en geherformuleerd en dit met de volgende overwegingen (Parl. St., Senaat, 1975-76, nr. 723/2, 34 - 36) :

> "Artikel 6
> Bij dit artikel zijn twee amendementen ingediend ertoe strekkende niet alleen de ambtenaar of gezagsdrager te verbieden tussen te komen bij de toekenning van een overheidsopdracht wanneer hij bloed- of aanverwant is in een bepaalde graad doch ook wanneer hij een belang heeft in de onderneming die een opdracht nastreeft.
> Bij de bespreking rijzen diverse moeilijkheden op, namelijk te weten of men de overheid moet toelaten afwijkingen toe te staan wanneer zulks blijkbaar gerechtvaardigd is door de omstandigheden?
> De Commissie meende dat men geen machtiging moet toelaten.
> [...]
> Uiteindelijk dient de Regering een nieuwe tekst in voor artikel 6, welke luidt als volgt :
> « § 1. Onverminderd de toepassing van andere wettelijke, verordenende of statutaire verbodsbepalingen, is het ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder andere persoon belast met een openbare dienst, verboden op welke wijze ook, hetzij rechtstreeks of onrechtstreeks, tussen te komen bij de gunning van

en het toezicht op de uitvoering van een overheidsopdracht, zodra hij persoonlijk of via een tussenpersoon belangen heeft in een van de inschrijvende ondernemingen.
» § 2. Dit belang wordt vermoed te bestaan tot het bewijs van het tegendeel zodra er bloed- of aanverwantschap is in rechte linie tot de derde graad of in zijlinie tot de vierde graad, tussen de ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder andere persoon belast met een openbare dienst en een van de inschrijvers of elk ander persoon die voor zijn rekening een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent.
[...]
» § 3. Indien de ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder andere persoon belast met een openbare dienst houder is, hetzij persoonlijk, hetzij door tussenpersoon, van een of meerdere aandelen of delen van het maatschappelijk kapitaal, in een van de inschrijvende ondernemingen, is hij verplicht de bevoegde overheid hiervan in kennis te stellen.
» Ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder andere persoon belast met een openbare dienst die zich in een van de toestanden bevindt bedoeld door § 2 van dit artikel is ertoe gehouden zichzelf te wraken.
» § 4. In het geval bedoeld door § 3, eerste lid, kan de bevoegde overheid door een voorafgaande en gemotiveerde beslissing afwijken van het verbod opgelegd door § 1. » [...]

In § 2, eerste lid, worden de woorden « tot het bewijs van het tegendeel » weggelaten [...]. Daarop wordt de Regeringstekst aangenomen. [...]".

Het aangehaalde artikel 10 van de wet van 24 december 1993 was te dezen toepasselijk op Dirk Goossens in zoverre deze immers de broer, en dus bloedverwant in de zijlijn in de tweede graad, van Johan Goossens is, die zelf aandeelhouder en bestuurder is van verzoekende partij en aldus bij één van de inschrijvers een "directie- en beheersbevoegdheid" uitoefent. Verzoekende partij zelf stelt dat Johan Goossens ook belast is met de dagelijkse leiding. Ongeacht de vraag of zulks uit het dossier genoegzaam blijkt, oefent echter ook een gewone bestuurder een "beheersbevoegdheid" uit. Dirk Goossens wordt krachtens § 2, 1/, van artikel 10 dus vermoed een belang te hebben in een van de inschrijvende ondernemingen, vermoeden dat onweerlegbaar is. Uit de aangehaalde parlementaire voorbereiding van het vroegere artikel 6 blijkt immers dat in het regeringsamendement op het oorspronkelijke artikel 6 in § 2, 1/, "tot het bewijs van het tegendeel" bijgevoegd was, formulering die door de Senaatscommissie werd weggelaten.

Ten slotte blijkt dat Dirk Goossens verantwoordelijke is van de Dienst Facility Management, afdeling Schoonmaakbeheer, van de stad Gent en dus ambtenaar en in die hoedanigheid tussenkwam bij de gunning door het opstellen van

het analytisch verslag en een voorstel van besluit dat door het schepencollege zonder meer werd gevolgd. Deze tussenkomst valt onder de toepassing van artikel 10, dat immers verwijst naar het op welke wijze ook, rechtstreeks of onrechtstreeks, tussenkomen bij de gunning, hetgeen meer is dan enkel het nemen van de gunningsbeslissing zelf.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat bij toepassing van artikel 10 Dirk Goossens zich had dienen te wraken.

3.2.2. Nu hij zulks heeft verzuimd, rijst de vraag welke sanctie aan die schending van de wet moet worden verbonden.

In haar advies bij het ontwerp dat de voormelde wet van 24 december 1993 werd merkte de afdeling wetgeving bij de Raad van State bij wat dan nog artikel 11 van het voorontwerp was, na verwijzing naar uiteenlopende rechtspraak, terzake op (Parl. St., Senaat, 1992 - 93, nr. 656-1, 130.) :

> "Art. 11
> Het artikel herneemt het bepaalde in artikel 6 van de wet van 14 juli 1976 en verbiedt aan ambtenaren, openbare gezagdragers en andere personen belast met een openbare dienst, tussenbeide te komen bij het gunnen van en het toezien op het uitvoeren van een overheidsopdracht, zodra zij persoonlijk of via een tussenpersoon, belangen hebben in een inschrijvende onderneming.
> [...]
> Er bestaat in de rechtspraak geen eensgezindheid omtrent de vraag welke de gevolgen zijn van de niet-naleving van het bepaalde in artikel 6 van de wet van 14 juli 1976, wat de regelmatigheid van de gunning van de opdracht betreft.
> [...]
> Het ontwerp biedt de gelegenheid om duidelijkheid te scheppen omtrent de gevolgen, voor de geldigheid van de toewijzing van de opdracht, van de niet-naleving van het bepaalde in artikel 6 van de wet van 14 juli 1976, nu artikel 11 van het ontwerp. Die verduidelijking dient te worden aangebracht zoniet in de tekst van het ontwerp, dan toch minstens in de memorie van toelichting".

Blijkens de memorie van toelichting achtte de regering het echter verkieslijker "de suggestie van de Raad van State niet te volgen en aan de rechter de zorg over te laten van appreciatie per individueel geval" wat de weerslag betreft van de niet-eerbiediging van dit artikel (Parl. St., Senaat, 1992 - 93, nr. 656-1, 20-21).

Het betrokken artikel 10 heeft tot doel bij de gunning van de overheidsopdrachten de nodige onafhankelijkheid en de onpartijdigheid in hoofde van de openbare besturen te waarborgen en elke belangenvermenging te vermijden.

Er mag worden aangenomen dat de miskenning van artikel 10 echter niet steeds moet leiden tot de nietigverklaring van de met miskenning van dat artikel genomen toewijzingsbeslissing of beslissing tot niet selectie, aangezien de wetgever, zoals gezien, tijdens de parlementaire bespreking van dit artikel de sanctionering overliet aan de appreciatie van de rechter.

Te dezen zijn voldoende redenen voorhanden om het middel gesteund op schending van artikel 10 wel gegrond te bevinden gelet op de omstandigheden waarin de beslissing tot stand kwam : op grond van een zonder meer gevolgd analytisch verslag waarbij de offerte van verzoekende partij niet werd geselecteerd, opgesteld door een ambtenaar die zich op grond van artikel 10 had moeten wraken, die de onderneming van verzoekende partij verliet wegens - alleszins- een andere visie over het menselijk aspect van de relaties werkgever-werknemer en bedrijf-klanten waarbij verzoekende partij enkele maanden eerder, toen die ambtenaar nog niet bij verwerende partij werkzaam was, een gelijkaardige maar een kleinschalige opdracht, met volgens verzoekende partij dezelfde vereisten van kwalitatieve selectie, waaronder het CQL, waarover zij ook toen niet beschikte, verkreeg. Geen der partijen legt het bestek van die vorige opdracht voor zodat niet kan worden nagegaan of deze vereiste daarin inderdaad ook was opgenomen. Verwerende partij en tussenkomende partij betwisten wel - met name inzake het derde en vierde middel - dat het ging om een gelijkaardige opdracht maar niet dat de betrokken vereiste toen ook van toepassing was.

Het middel is gegrond.

OM DIE REDENEN

BESLUIT DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 12 juli 2001 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent tot toewijzing van de opdracht betreffende het schoonmaken en onderhouden van verschillende gebouwen van de stad Gent (bestek PERDS/0101) aan de NV ISS wat de percelen 1-6, 8, 10-11 en 13 betreft, aan de NV Bouwschoon-Vlaanderen wat de percelen 7, 9, 12, 14 en 16 betreft en aan de NV Onet wat perceel 15 betreft.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen, namelijk in zoverre het de percelen 17 en 18 betreft.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomsten, bepaald op 247,90 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twaalf juli 2007, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**