

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.712 van 11 december 2008
in de zaak A. 190.359/XII-5626.**

In zake : de NV ETABLISSEMENTEN VAN WESEMAEL,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. De Greef,
kantoor houdende te Zellik,
Noorderlaan 30

tegen :

de REGIE DER GEBOUWEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Swennen,
kantoor houdende te Beringen,
Scheigoorstraat 5

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Etablissements Van Wesemael op 17 november 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de toewijzingsbeslissing door tweede verwerende partij dd. 24 september 2008 betreffende de openbare aanbesteding van 15 februari 2007 waarbij verzoekende partij is geweerd op basis van het aanbestedingsverslag van 10 augustus 2008 van eerste verwerende partij op grond van artikel 17, § 2, 4/ van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 18 november 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 4 december 2008, om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. De Greef, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat A. Beelen, die loco advocaat J. Swennen verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT:

De gegevens van de zaak

1. De Regie der Gebouwen schrijft met de procedure van de openbare aanbesteding een overheidsopdracht uit voor het algemeen onderhoud van de elektrische installaties in de staatsgebouwen. Deze opdracht wordt beheerst door het bestek 06.02.0000.038E-EO. De opdracht is onderverdeeld in 11 percelen waarbij elk perceel een afzonderlijke opdracht vormt en betrekking heeft op de gebouwen die gelegen zijn in het met elk perceel overeenstemmende gebied. Perceel 4 betreft de provincie Vlaams-Brabant.

2. De aankondiging van deze opdracht wordt volgens de bestreden beslissing bekend gemaakt in het Belgisch Staatsblad (lees : Bulletin der Aanbestedingen) van 6 december 2006 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 19 december 2006.

3. De opening der inschrijvingen vindt plaats op 15 februari 2007. Er blijken voor het betrokken perceel 4 vijf offertes te zijn ingediend. Met haar inschrijving is de verzoekende partij, daar omschreven als N.V. Electra-Van Wesemael, blijkens het proces-verbaal van de opening der inschrijvingen de laagste inschrijver. De N.V. Fabricom GTI is blijkens dit proces-verbaal de tweede laagste inschrijver.

4. De diensten en activiteiten van de verwerende partij en bepaalde van haar aannemers blijken het voorwerp uit te maken van een gerechtelijk onderzoek.

De verwerende partij stelt zich op 21 december 2006 burgerlijke partij tegen de in dat kader in verdenking gestelde ambtenaren en gewezen ambtenaren van haar dienst en aannemers, leveranciers en dienstverleners - natuurlijke en/of rechtspersonen - minstens tegen onbekenden.

Op 10 juli 2007 vraagt zij op grond van artikel 61ter van het Wetboek van Strafvordering inzage in dit gerechtelijk onderzoek “ter beoordeling van de actuele werking van de diensten van de Regie der Gebouwen in het algemeen en ter beoordeling van het functioneel inschakelen van bepaalde personeelsleden in het bijzonder”. Zij bevestigt de grootste zorg te zullen dragen ter bewaring van het geheim karakter van het gerechtelijk onderzoek.

Bij beschikking van 10 augustus 2007 van de onderzoeksrechter wordt aan de verwerende partij, bij toepassing van dit artikel 61ter, toelating tot inzage van het dossier van de rechtspleging verleend “betreffende de feiten die aanleiding gaven tot haar burgerlijke partijstelling”.

Naar aanleiding van de inzage van het dossier, dat volgens de nota bestaat uit 30 Engelse fardes, en de daaruit bekomen informatie, acht de verwerende partij het noodzakelijk om bepaalde maatregelen te nemen.

5. In een door de administrateur-generaal van de verwerende partij ondertekende en blijkens de poststempel op 3 juni 2008 aangetekend verzonden brief die zelf 2 juni 2008 gedateerd is, aan de Commissie voor de Erkenning der Aannemers (hierna : “de Erkenningscommissie”), verwijst de verwerende partij naar dit gerechtelijk onderzoek. Volgens deze brief loopt het “ten laste van bepaalde aannemers op verdenking van onder meer actieve omkoping, valsheid in geschrifte, verstoring vrijheid van opbod, criminele organisatie, enz.” ten nadele van onder meer de verwerende partij. Nog volgens deze brief is het dossier inmiddels aan het parket bezorgd voor eindvordering. De brief verwijst ook naar haar burgerlijke partijstelling in dat kader. In bijlage bij die brief wordt een synthese van dit strafdossier meegedeeld naar aanleiding van de inzage ervan door de verwerende partij, waarbij volgens de brief een groot aantal feiten dienden te worden gelinkt aan aannemers. Dit syntheseverslag wordt in de onderhavige zaak niet aan de Raad van State voorgelegd.

De verwerende partij stelt in deze brief voorts onder meer met verwijzing naar artikel 5 van het Strafwetboek (hierna “Sw”) en bepaalde rechtspraak en rechtsleer, dat alle aan een rechtspersoon toegerekende misdrijven in concreto worden verwezenlijkt door natuurlijke personen zodat een rechtspersoon voor alle misdrijven aansprakelijk kan worden gesteld, dat de bij inzage van het strafdossier opgetekende feiten in aanmerking komen voor kwalificaties zoals omkoping van personen die een openbaar ambt uitoefenen (art. 246 - 247 Sw), misdrijven betreffende nijverheid, koophandel en openbare veilingen (art. 314 Sw), vereniging

met het oogmerk een aanslag te plegen op personen of op eigendommen en criminele organisaties (art. 324bis - 324ter Sw) en valsheid in geschrifte, dat het “ontegensprekelijk gaat om ernstige fouten in het kader van de bedrijfsuitoefening in hoofde van de betrokken aannemer” die de verwerende partij aannemelijk kan maken op grond van vaststellingen waarvan zij kennis kreeg na inzage van het dossier en dat deze feiten volgens haar vallen onder artikel 19, § 1, 1/, d), van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, namelijk de niet-naleving van het verbod op handelingen, overeenkomsten of afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen zoals bepaald in artikel 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, met inbegrip van daden van omkoping die strafbaar worden gesteld door de artikelen 246, 247, 250 en 251 Sw.

De verwerende partij legt in deze brief met verwijzing naar de in het strafdossier vastgestelde vermoedelijke ernstige inbreuken en haar burgerlijke partijstelling, klacht neer bij de Erkenningscommissie met verzoek tot intrekking van de erkenning van de betrokken aannemer.

Tevens deelt de administrateur-generaal in deze brief mee dat hij een “interne instructie [verspreidt] binnen de Regie om bij kandidaatstelling of het indienen van een offerte door de betrokken aannemer zijn kandidatuur of offerte te laten weren op grond van artikel 17, 4/ van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, onder verwijzing naar de vastgestelde feiten en mogelijke strafrechtelijke inbreuken” waarbij “de mededeling aan de betrokken aannemer vervolgens gebeurt bij gemotiveerde beslissing (selectiebeslissing of gunningsbeslissing aangaande de opdracht waarvoor werd gekandideerd of een offerte werd ingediend)”. “Wat de duurtijd betreft van de te geven instructies en bijhorende uitsluiting van de betrokken aannemer”, stelt deze brief dat “deze interne instructie minstens aangehouden [zal] worden :

- totdat ter zake de eindvordering van het Openbaar Ministerie bekend is tot verwijzing van bepaalde aannemers naar de correctionele rechtbank
- en vervolgens ten aanzien van hen waarvan het Openbaar Ministerie hun verwijzing vordert naar de correctionele rechtbank, tot datum dat het onderzoeksgerecht op definitieve wijze uitspraak doet over de al dan niet doorverwijzing naar de correctionele rechtbank”.

6. In een door de administrateur-generaal ondertekende en blijkens de poststempel ook die dag aangetekend verzonden brief van 2 juni 2008 aan de verzoekende partij, deelt de verwerende partij mee dat de bij inzage van het de verzoekende partij bekend voormelde strafdossier opgetekende feiten, in aanmerking komen voor de kwalificatie als omkoping van personen die een openbaar ambt uitoefenen (art. 246 - 247 Sw), misdrijven betreffende nijverheid, koophandel en openbare veilingen (art. 314 Sw), vereniging met het oogmerk een aanslag te plegen op personen of op eigendommen en criminele organisaties (art. 324bis - 324ter Sw) en valsheid in geschrifte. De verwerende partij is van oordeel dat het ontegensprekelijk gaat om ernstige fouten in het kader van de bedrijfsuitoefening van de verzoekende partij, die zij aannemelijk kan maken op grond van vaststellingen waarvan zij kennis kreeg na inzage van het dossier en dat deze feiten vallen onder het voormelde artikel 19, § 1, 1/, d), van de voornoemde wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

Voorts deelt de administrateur-generaal in deze brief mee dat klacht werd neergelegd bij de Erkenningcommissie - met verzoek tot intrekking van de erkenning van de verzoekende partij, en dat hij “tegelijk een interne instructie [verspreide] binnen de Regie om bij kandidaatstelling of het indienen van een offerte door [haar] firma, [haar]kandidatuur of offerte te laten weren op grond van artikel 17, 4/ van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, onder verwijzing naar de vastgestelde feiten en mogelijke strafrechtelijke inbreuken”. “Wat de duurtijd betreft van de te geven instructies en bijhorende uitsluiting van uw firma” wordt zoals in de brief aan de Erkenningcommissie vermeld dat de interne instructie minstens aangehouden worden totdat ter zake de eindvordering van het openbaar ministerie tot verwijzing naar de correctionele rechtbank bekend is en vervolgens ten aanzien van hen waarvan het openbaar ministerie de verwijzing vordert tot de datum dat het onderzoeksgerecht op definitieve wijze uitspraak doet over de al dan niet doorverwijzing naar de correctionele rechtbank. Kopie van deze brief wordt gezonden aan de dienst Erkenning der aannemers.

In haar nota citeert de verwerende partij uit verklaringen van een bediende van de verzoekende partij en van de gedelegeerd bestuurder gedaan in het kader van dat strafdossier tijdens een verhoor van 19 december 2006 alsook uit een samenvattend proces-verbaal van 6 maart 2007 in verband met het verhoor van een ambtenaar van de Regie.

Blijkens de nota werden gelijkaardige maatregelen genomen ten aanzien van andere aannemers die in dit strafdossier tot bekentenissen zouden zijn overgegaan.

7. In het kader van de in het geding zijnde overheidsopdracht perceel 4 wordt in een aanbestedingsverslag, administratief goedgekeurd op 24 juli 2008, vastgesteld dat “de inschrijver Electra Van Wesemael N.V., wordt geweerd op grond van artikel 17, §2, 4/, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996” en wordt de offerte van de NV Fabricom GTI, voor een bedrag van 762.860,05 euro, BTW inbegrepen, alsdan laagste en regelmatige offerte, ter goedkeuring voorgelegd aan de Minister van Financiën.

8. Met de door deze bevoegde minister ondertekende bestreden beslissing van 24 september 2008, die onder meer stelt dat “de inschrijver Electra van Wesemael N.V., werd geweerd op grond van artikel 17, § 2, 4/ van het K.B. van 8 januari 1996” en die verwijst naar het voormelde aanbestedingsverslag, wordt deze opdracht voor perceel 4 toegewezen aan de NV Fabricom GTI.

9. Met een blijkbaar zowel aangetekend als per telefax verzonden brief van 7 november 2008 van de verwerende partij wordt deze beslissing met het gunningsverslag aan de verzoekende partij gezonden. Er wordt een wachtperiode van 10 kalenderdagen aangezegd waarbinnen zal worden gewacht met betekening te rekenen vanaf de dag volgend op de datum van verzending van die brief, ten einde de verzoekende partij de mogelijkheid te bieden “met enig nuttig gevolg beroep aan te tekenen tegen deze gunningsbeslissing”. Binnen deze wachtperiode, namelijk op 17 november 2008, wordt de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

De grondvoorwaarden voor de vordering tot schorsing

10. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Het middel

11. Wat betreft de tweede schorsingsvoorwaarde, roept de verzoekende partij het volgende enig middel in, genomen :

“uit schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, de schending van de materiële motiveringsplicht, uit de schending van artikel 17, § 2, 4/, van het K.B. 8 januari 1996, de schending van artikel 61ter, § 4, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering en de schending van de algemene rechtsbeginselen van het vermoeden van onschuld beschermd door artikel 6.2 van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”.

“Doordat in de bestreden beslissing en in het aanbestedingsverslag van 9 juli 2007 wordt gemotiveerd dat verzoekende partij wordt geweerd op grond van artikel 17, §2, 4/ van het K.B. van 8 januari 1996, en doordat in het aanbestedingsverslag wordt verwezen naar de feiten en mogelijke strafrechtelijke inbreuken die door eerste verweerster werden vastgesteld bij inzage van een strafdossier te Brussel waarbij de aannemer en bepaalde ambtenaren van eerste verweerster zijn betrokken.

Terwijl, artikel 17, §2, 4/ aan de aanbestedende overheid een discretionaire bevoegdheid laat om de offertes te weren van deelneming aan de opdracht van aannemers die bij zijn beroepsbeoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken,

en terwijl op geen enkele manier de vermoedens van eerste verweerster aannemelijk worden gemaakt - zoals vereist door artikel 17 §2, 4/ van het K.B. van 8 januari 1996 - laat staan bewezen,

en terwijl bovendien, om de toepassing van artikel 17 §2, 4/ in te roepen eerste verweerster inbreuk maakt op het algemeen beginsel van het vermoeden van onschuld en artikel 61 ter, §4, tweede lid van het Wetboek van Strafvordering”.

In essentie betoogt zij in de eerste plaats dat in voormeld artikel 17, § 2, 4/, weliswaar aan de aanbestedende overheid een discretionaire bevoegdheid wordt gelaten om een offerte te weren van een aannemer die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken, maar dat een verwijzing naar de feiten en mogelijke strafrechtelijke inbreuken die door de verwerende partij werden vastgesteld bij inzage van een strafdossier in Brussel waarbij de aannemer en bepaalde ambtenaren van de verwerende partij zijn betrokken, de vermoedens van de verwerende partij niet aannemelijk maakt zoals door die bepaling vereist. Aldus zou de bestreden beslissing niet afdoende formeel zijn gemotiveerd. Uit de summiere bewoordingen van de toewijzingsbeslissing kan niet worden afgeleid welke feiten in overweging werden genomen om de verzoekende partij uit te sluiten. De zinsnede

“inzage in het strafdossier” zonder aan te geven waarover dit strafdossier handelt, noch wie precies of in welke hoedanigheid in dit strafdossier is betrokken noch welke feiten in overweging werden genomen bij de evaluatie van de ernstige fout in haar beroepsuitoefening, dit alles stelt de verzoekende partij niet in staat te begrijpen waarom zij wordt uitgesloten van de procedure, waarin zij wordt gekwalificeerd als laagste inschrijver. Door het niet vermelden van deze feiten, minstens doordat ter zake dubbelzinnigheid kan bestaan, is de wet van 29 juli 1991 geschonden. De motivering is onduidelijk want onvoldoende concreet en precies en hanteert in feite stijlformules.

Aldus is ook het voormelde artikel 17, § 2, 4/, geschonden aangezien aldus op geen enkele wijze de elementen of de grond aannemelijk worden gemaakt waaruit de beroepsfout in hoofde van de verzoekende partij kon worden afgeleid. Dit aannemelijk maken veronderstelt minstens dat wordt aangegeven waaruit de inbreuk op de beroepsplichten bestaat en dat uit de aangevoerde feiten minstens een vermoeden of begin van bewijs kan worden afgeleid dat deze beroepsfout aannemelijk maakt.

Echter, in zoverre uit het strafdossier dat de verwerende partij kon inzien al feiten kunnen worden afgeleid die aannemelijk kunnen maken dat er een beroepsfout in hoofde van de verzoekende partij bestaat, is deze motivering in strijd met artikel 61ter § 4, van het Wetboek van Strafvordering (hierna: “Sv”) en het vermoeden van onschuld beschermd door artikel 6.2. van het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: “EVRM”), aangezien dit artikel 61ter § 4, tweede lid, bepaalt dat de inverdenkinggestelde of de burgerlijke partij de door inzage van het strafdossier verkregen inlichtingen alleen kan gebruiken in het belang van zijn verdediging in het kader van de strafprocedure, op voorwaarde dat hij het vermoeden van onschuld in acht neemt, alsook de rechten van verdediging van derden en het privé-leven en de waardigheid van de persoon, bepaling die strafrechtelijk wordt gesanctioneerd door artikel 406ter, (lees : 460ter) Sw, luidens welke bepaling elk gebruik van inlichtingen die de burgerlijke partij door inzage in het strafdossier heeft verkregen en die een inbreuk uitmaakt op het privé-leven of de fysieke of morele integriteit van een in het dossier genoemd persoon, strafbaar wordt gesteld. Het weren van één bepaalde aannemer op grond van gegevens die op geen enkele manier worden bewezen en afgeleid uit een strafdossier waarover de verzoekende partij nooit enige tegenspraak heeft kunnen voeren, vormt een inbreuk op artikel 61ter, § 4, tweede lid. Door de opname daarin, van argumenten in strijd met de openbare orde, is de bestreden beslissing zelf onwettig.

Beoordeling

12. Het in dit middel aan de orde zijnde artikel 17 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, werd laatst gewijzigd bij artikel 11 van het koninklijk besluit van 23 november 2007. Een nieuwe eerste paragraaf bepaalt dat, wanneer het geraamde bedrag van de opdracht gelijk is aan of hoger dan het bedrag bepaald in artikel 1, § 3, in elk stadium van de gunningsprocedure wordt uitgesloten van de toegang daartoe, de aannemer die bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, waarvan de aanbestedende overheid kennis heeft, veroordeeld is voor de daar vermelde misdrijven, namelijk deelname aan een criminele organisatie als bedoeld in artikel 324bis Sw, omkoping als bedoeld in artikel 246 Sw, fraude als bedoeld in artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, goedgekeurd door de wet van 17 februari 2002 en witwassen van geld als bedoeld in artikel 3 van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financieel stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. De aanbestedende overheid kan om dwingende redenen van algemeen belang van deze verplichting afwijken. De bestaande tekst van artikel 17 werd § 2.

Alhoewel de wijzigingen van dit artikel 17 in werking traden op 1 februari 2008, blijven krachtens artikel 55 van het voornoemde koninklijk besluit van 23 november 2007 de overheidsopdrachten en de opdrachten gepubliceerd vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum uitgenodigd wordt om zich kandidaat te stellen of om een offerte in te dienen, onderworpen aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of van de uitnodiging. Gelet op de bekendmaking van de aankondiging van de kwestieuze opdracht in 2006 moet te dezen bijgevolg toepassing gemaakt worden van de reglementering zoals dan geldend. De verwijzing in de bestreden beslissing en in het middel naar artikel 17, § 2, (eerste lid), 4/, moet dan ook gelezen worden als een verwijzing naar het voorts identieke artikel 17, eerste lid, 4/. Luidens die bepaling “kan uitgesloten worden van deelneming aan de opdracht de aannemer die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken”.

Daarnaast moet de hier bestreden beslissing waarbij de verzoekende partij uitgesloten wordt, krachtens artikel 2 van de in het middel ingeroepen wet van 29 juli 1991 uitdrukkelijk worden gemotiveerd. Deze motivering moet de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en deze motivering moet afdoende zijn (artikel 3).

13. De bestreden beslissing van 24 september 2008 stelt in verband met de uitsluiting enkel dat “de inschrijver Electra van Wesemael N.V., werd geweerd op grond van artikel 17, § 2, 4/ van het K.B. van, 8 januari 1996”. Tegelijk verwijst deze beslissing echter naar het eveneens aan de verzoekende partij meegedeelde aanbestedingsverslag dat in dit verband vaststelt dat “de inschrijver Electra Van Wesemael N.V., wordt geweerd op grond van artikel 17, §2, 4/, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wegens feiten en mogelijke strafrechtelijke inbreuken die door de Regie der Gebouwen werden vastgesteld bij inzage van het strafdossier te Brussel (waarin de aannemer en bepaalde ambtenaren van de Regie der Gebouwen zijn betrokken) en welke feiten door de Regie der Gebouwen worden beschouwd als ernstige fouten bij zijn beroepsuitoefening (zie de brief van de Regie der Gebouwen aan de betrokken aannemer dd. 02/08/2008) en waarvoor de Regie der Gebouwen op 02.06.2008 klacht neerlegde bij de Commissie voor de Erkenning der Aannemers”.

In de brief van 2 juni 2008 aan de verzoekende partij wordt vermeld dat bij inzage van het voormelde strafdossier dat loopt ten laste van bepaalde aannemers waarmee de verzoekende partij bekend is, daarbij feiten zijn opgetekend die in aanmerking komen voor de kwalificatie als omkoping van personen die een openbaar ambt uitoefenen, misdrijven betreffende nijverheid, koophandel en openbare veilingen, vereniging met het oogmerk een aanslag te plegen op personen of op eigendommen en criminele organisaties en valsheid in geschrifte, dat het ontegensprekelijk gaat om ernstige fouten in het kader van de bedrijfsuitoefening van de aannemer die de verwerende partij aannemelijk kan maken op basis van vaststellingen waarvan zij kennis kreeg na inzage van het dossier en dat deze feiten vallen onder artikel 19, § 1, 1/, d), van de voormelde wet van 20 maart 1991, namelijk de niet-naleving van het verbod op handelingen, overeenkomsten of afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen zoals bepaald in artikel 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, met inbegrip van daden van omkoping die strafbaar worden gesteld door de artikelen 246, 247, 250 en 251 Sw..

Voorts wordt vermeld dat de verwerende partij, met verwijzing enerzijds naar de in het strafdossier vastgestelde vermoedelijke ernstige inbreuken en anderzijds naar haar burgerlijke partijstelling -tegen de in verdenking gestelde ambtenaren en gewezen ambtenaren van de Regie en haar aannemers, leveranciers en dienstverleners-, klacht werd neergelegd bij de Erkenningscommissie met verzoek tot intrekking van de erkenning van de verzoekende partij, en dat de administrateur-generaal de voormelde interne instructie verspreidde. De brief met de klacht bij de Erkenningscommissie werd bijgevoegd. Daarin wordt onder meer ook aangegeven dat bij de inzage van dat strafdossier werd vastgesteld dat een groot aantal bedrijfsleiders en/of aangestelden van de betrokken aannemingsbedrijven tot bekentenissen zijn overgegaan ten aanzien van de onderzoekers. Voorts wordt in die laatste brief met verwijzing naar artikel 5 van het Strafwetboek en met verwijzing naar rechtspraak en rechtsleer opgemerkt dat “alle aan een rechtspersoon toegerekende misdrijven in concreto verwezenlijkt [worden] door natuurlijke personen, zodat een rechtspersoon voor alle misdrijven aansprakelijk kan worden gesteld”.

De verzoekende partij toont niet *prima facie* aan dat met deze stukken samen, die haar bekend waren vóór het indienen van het verzoekschrift, niet voldaan is aan de formele motiveringsplicht. Aldus wordt immers vermeld dat de uitsluiting steunt op een ernstige fout in de beroepsuitoefening, die volgens de verwerende partij blijkt uit feiten en vermoedelijke strafbare feiten waarvan zij kennis kreeg via inzage van het strafdossier. Anders dan de verzoekende partij stelt wordt voorts wel aangegeven om welk strafdossier het gaat en waarover dit gaat : in de brieven van 2 juni 2008 worden zelfs de notitienummers vermeld, en ook wie daarin betrokken is, namelijk ambtenaren en gewezen ambtenaren van de verwerende partij en bepaalde van haar aannemers. Het feit dat deze in die brieven niet nader zijn geïdentificeerd, lijkt daarbij geen bezwaar aangezien de bestreden beslissing de verzoekende partij betreft en uit die brieven afdoende blijkt dat ook de verzoekende partij bij dit dossier als aannemer betrokken is. Via de kwalificatie van de feiten in de brieven van 2 juni 2008 en de verwijzing naar bekentenissen lijkt de verzoekende partij, anders dan zij stelt, ook voldoende te kunnen weten om welke feiten het ging. Het feit dat deze verklaringen en bekentenissen niet werden geciteerd of minstens nader omschreven, houdt, zo lijkt het, *prima facie* niet in dat deze motivering niet voldoet aan de formele motiveringsplicht. Aangenomen lijkt immers te kunnen worden dat de verwerende partij er mocht van uit gaan dat de betrokken aannemer kennis heeft van de verklaringen door hemzelf, zijn bestuurders of aangestelden afgelegd in het kader van het gerechtelijk onderzoek, waarnaar ook wordt verwezen.

Dat dit alles, zeker in de bestreden beslissing en het bijgevoegde aanbestedingsverslag, niet nader wordt gedetailleerd, lijkt te dezen trouwens te kunnen worden verantwoord door de noodzaak de gegevens die verband houden met het gerechtelijk onderzoek niet nodeloos openbaar te maken.

Er wordt, in de omstandigheden van deze zaak, dan ook niet prima facie aangetoond dat de op zich weliswaar vage motivering in de bestreden beslissing, samen gelezen met de motivering in het bijgevoegde aanbestedingsverslag en de verwijzing daarin naar de eerder meegedeelde brieven van 2 juni 2008, ondanks hun nog steeds eerder algemeen karakter, verzoekende partij geen voldoende inzicht gaven in de motieven van die beslissing zodat zij desgevallend in staat was ter dege te oordelen of het zin heeft zich tegen die beslissing te verweren met de middelen die het recht haar heeft verschaft.

Het middel is dan ook niet ernstig in de mate het steunt op de schending van de formele motiveringsplicht.

14. In het middel wordt voorts de schending aangevoerd van artikel 17, § 2, eerste lid, 4/, (lees artikel 17, eerste lid, 4/) van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, omdat de ingeroepen ernstige fout in de beroepsuitoefening niet aannemelijk zou worden gemaakt. De ingeroepen feiten zouden ook onjuist zijn. Met deze grief lijkt de eveneens ingeroepen schending van de materiële motiveringsplicht samen te vallen.

In feite wordt in dat kader echter niet aangetoond waarom deze feiten onjuist zouden zijn of waarom de ingeroepen ernstige fout in de beroepsuitoefening niet aannemelijk zou worden gemaakt zoals vereist door dat artikel 17, eerste lid, 4/, tenzij met het reeds besproken argument dat de motivering onduidelijk is enerzijds en anderzijds met de stelling dat de motivering strijdig is met artikel 61ter, § 4, tweede lid, Sv. en het algemeen vermoeden van onschuld beschermd door artikel 6.2 EVRM.

15. Wat de zogenoemde onduidelijke motivering betreft, werd onder randnummer 13 reeds aangegeven dat niet prima facie wordt aangetoond dat niet is voldaan aan de formele motiveringsverplichting, noch dat een schending van voormeld artikel 17 zelf of zelfs van de materiële motiveringsplicht voorhanden zou zijn.

16. Wat betreft de tweede grief, namelijk de ingeroepen schending van artikel 61ter Sv en van het vermoeden van onschuld, stelt de verzoekende partij dat het weren van één bepaalde aannemer op grond van gegevens die op geen enkele manier worden bewezen en afgeleid uit een strafdossier waarover de verzoekende partij nooit enige tegenspraak heeft kunnen voeren, een inbreuk vormt op artikel 61ter, § 4, tweede lid, Sv, dat tot gevolg heeft dat haar morele integriteit op een onherstelbare manier wordt geschonden.

17. In de eerste plaats rijst de vraag of de verzoekende partij aldus aanstoot neemt aan het feit dat deze gegevens worden gebruikt om haar uit te sluiten omdat ze niet bewezen zijn, dan wel omdat de verwerende partij deze gegevens naar luid van het voormelde artikel 61ter, § 4, tweede lid, “alleen [kan] gebruiken in het belang van [haar] verdediging, op voorwaarde dat [zij] het vermoeden van onschuld in acht neemt, alsook de rechten van verdediging van derden, het privéleven en de waardigheid van de persoon, onverminderd het recht waarin artikel 61quinquies voorziet”. Zulks zou tot de conclusie kunnen leiden dat het middel op dit punt wegens onduidelijkheid niet ontvankelijk lijkt.

Bij het argument dat de feiten niet bewezen zijn lijkt niet concreet en specifiek te worden aangetoond dat de verwerende partij op grond van de in de nota geciteerde verklaringen niet redelijkerwijze van oordeel kon zijn dat hiermee de ingeroepen ernstige beroepsfout, zoals door voormeld artikel 17, eerste lid, 4/, vereist, “aannemelijk” werd gemaakt. Zo wordt in één verklaring door een aangestelde erkend dat een opdracht werd verkregen waarbij de verzoekende partij naar eigen zeggen haar eigen prijs bepaalde, de opmetingsstaat opstelde met een hoge prijs en deze aan de andere geselecteerde ondernemingen meedeelde en waarbij de verzoekende partij blijkbaar zelf aangaf welke andere ondernemingen uitgenodigd moesten worden.

Wat betreft het gebruik “in het belang van zijn verdediging” van de als burgerlijke partij via inzage vernomen gegevens, lijkt dit middelonderdeel, in zoverre het om ernstig te worden bevonden interpretatie vereist van een bepaling uit het wetboek van strafvordering, zich niet te lenen tot de snelle toetsing die wordt verwacht in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Aldus kan te dezen zeker worden volstaan met vast te stellen dat de verwerende partij in haar burgerlijke partijstelling betoogde dat zij “een instelling van openbaar nut is die zich geconfronteerd ziet met een gerechtelijk onderzoek dat

rechtstreeks betrekking heeft op de werking van haar dienst en aldus een uitgesproken en actueel belang heeft zich in deze burgerlijke partij te stellen” en “als overheidsinstelling dient toe te zien op alle mogelijke disfuncties binnen haar dienst, zo mochten deze zich in het verleden hebben voorgedaan, en derhalve als actor in dit strafonderzoek wenst betrokken te zijn” en zelf de inzage ex artikel 61ter vraagt “ter beoordeling van de actuele werking van de diensten van de Regie der Gebouwen in het algemeen en ter beoordeling van het functioneel inschakelen van bepaalde personeelsleden in het bijzonder”. Door dit verzoek ontvankelijk en gegrond te verklaren en vervolgens inzage te bevelen, bij toepassing van artikel 61ter, van het dossier van de rechtspleging betreffende de feiten die aanleiding gaven tot haar burgerlijke partijstelling, heeft de onderzoeksrechter dit motief en dus, zo lijkt het, de mogelijkheid tot gebruik van de gegevens in functie daarvan, aanvaard als conform artikel 61ter. De Raad van State lijkt thans, zonder afbreuk te doen aan die beschikking, niet te kunnen stellen dat het gebruik van de betrokken verklaringen uit het strafdossier niet valt binnen het kader van artikel 61ter, § 4, tweede lid.

Wat het vermoeden van onschuld betreft, moet worden vastgesteld dat de verwerende partij een administratieve overheid is die tegelijk burgerlijke partij is, die via inzage van een strafdossier bepaalde feiten vernam die wijzen op prijsafspraken. Artikel 11 van de voormelde wet van 23 december 1993 verbiedt elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen en bepaalt dat offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend moeten worden geweerd. De verwerende partij heeft de betrokken gegevens gebruikt om in het kader van de beoordeling van de geloofwaardigheid van de aannemer in het kader van de voormelde wet, en dus mede in het algemeen belang te concluderen dat hierdoor een ernstige fout in de beroepsuitoefening wordt aangetoond in de zin van het meervermelde artikel 17, eerste lid, 4/.

Aldus is het vermoeden van onschuld niet aangetast : dat vermoeden lijkt niet uit te sluiten dat het bestuur op grond van informatie die door de gerechtelijke overheid is verstrekt reeds tijdens het gerechtelijk onderzoek sommige maatregelen kan treffen. Uit het motief waarop de bestreden beslissing steunt, die trouwens enkel verwijst naar feiten en mogelijke strafrechtelijke inbreuken, kan, zo lijkt het, alleen worden afgeleid dat de verwerende partij feiten, namelijk prijsafspraken, heeft vastgesteld die volgens haar dermate indruisen tegen een integere beroepsuitoefening dat een ernstige beroepsfout aannemelijk is gemaakt en een

uitsluiting zich -tijdelijk- opdringt, niet dat zij uitgaat van bewezen schuldig en strafbaar gedrag van de verzoekende partij.

Evenmin lijken hierdoor prima facie de rechten van verdediging van “derden” aangetast nu de aannemer in het strafdossier betrokken partij is, of het privéleven of de waardigheid van de persoon : de concrete gegevens worden immers niet aan derden openbaar gemaakt.

Aldus is het enig middel, zoals geformuleerd door de verzoekende partij, die overigens niet betwist dat ernstige beroepsfouten in de zin van artikel 17, eerste lid, 4/, desgevallend ook een strafrechtelijke kwalificatie kunnen hebben, ook in de tweede grief niet ernstig.

18. In de mate via de verwijzing naar het meervermelde artikel 61ter en de verwijzing daarin naar de rechten van verdediging van derden, in feite bedoeld is dat de verwerende partij de verzoekende partij vóór het nemen van de bestreden beslissing had moeten horen, is het middel niet voldoende duidelijk in de omschrijving van de vermeend geschonden rechtsbepaling.

19. In de mate in het middel nog wordt verwezen naar het vermoeden van onschuld zoals beschermd door artikel 6.2. EVRM, wordt zulks niet afzonderlijk toegelicht maar enkel met de reeds besproken maar niet aanvaarde schending van artikel 61ter, § 4, tweede lid, Sv.

20. Bijgevolg is het enig middel in zijn geheel niet ernstig en is niet voldaan aan de tweede van de in voormeld artikel 17 bepaalde voorwaarden. Die vaststelling volstaat om te vordering af te wijzen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf december 2008, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.