

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.344 van 19 mei 2011
in de zaak A. 199.911/XII-6566**

In zake: de NV PAMI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Werner Haex
kantoor houdend te 3670 Meeuwen
Weg naar Ellikom 286
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OCMW GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6 / 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 april 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van het besluit van het OCMW Gent van 7 april 2011 waarbij de nv Pami:

“a) werd uitgesloten als inschrijfster voor de betreffende overheidsopdracht doordat haar inschrijving onregelmatig werd bevonden,
b) voor een termijn van twee jaar werd uitgesloten voor alle overheidsopdrachten te gunnen door het O.C.M.W. Gent”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 mei 2011, om 10 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Werner Van Dijck, die loco advocaat Werner Haex verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Het OCMW van Gent schrijft een overheidsopdracht uit voor het leveren en plaatsen van kantoormeubilair voor diverse diensten van het OCMW tot 31 december 2013.

Het betreft een opdracht van levering die gegund wordt onder de vorm van een algemene offerteaanvraag en geraamd wordt op 433.274 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht is opgedeeld in vier percelen:

- Perceel 1 – kantoormeubilair,
- Perceel 2 – accessoirewanden en – rails,
- Perceel 3 – bureaustoelen,
- Perceel 4 – stoelen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 november 2010 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 november 2010.

3.3. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek met nr. FM/2010-10-14 bevat de volgende bepalingen:

“Art. 18 Verbod op concurrentiebeperking

Elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden.

Offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, worden uitgesloten. Door deel te nemen aan een procedure tot gunning van een overheidsopdracht verklaart de inschrijver geen concurrentiebeperkende handelingen, overeenkomsten of afspraken te hebben gemaakt.

Art. 19 Indienen van de offerte

Er zijn geen verplichte of facultatieve varianten, de inschrijver biedt per artikel één type aan dat het best beantwoordt aan de vereisten. Elke inschrijver mag slechts één offerte indienen per opdracht.

[...]”

3.4. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen blijkt dat zestien inschrijvers een offerte indienen, waaronder nv TDS en nv Pami.

3.5. In het verslag van nazicht van 15 maart 2011 wordt in het kader van het administratief en rekenkundig nazicht van de offerte van nv TDS en nv Pami het volgende opgemerkt:

“Art. 11 van de wet van 24/12/1993 is duidelijk: ‘Elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden.

Offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, moeten worden geweerd.’

De overname van TDS door Pami staat vermeld op de website van Pami. Het is duidelijk dat het indienen door beide inschrijvers van een offerte een

handeling betreft, die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen.

TDS Office Design en Pami worden uitgesloten van deze en alle opdrachten in de komende 2 jaar vanaf de gunningsdatum van deze opdracht.

Art. 22 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (bijlage bij het KB van 26 september 1996) bepaalt :

‘Indien de aanbestedende overheid op eender welk ogenblik vaststelt dat de aannemer de bepalingen van artikel 11 van de wet niet heeft geëerbiedigd, moet de aanbestedende overheid één of meer van volgende maatregelen treffen :

1° toepassing van maatregelen van ambtswege;

2° a) indien het een aannemer van werken betreft, voorstel tot sanctie bij toepassing van artikel 19 van de wet van 21 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken;

2° b) indien het een leverancier of een dienstverlener betreft, uitsluiting voor een bepaalde duur van de opdrachten van de aanbestedende overheid;

3° een straf toepassen welke het drievoud is van het bedrag dat bij de aannemingssom wordt gevoegd om aan derden een bepaalde winst of voordeel toe te kennen.’

Gezien het een opdracht van leveringen betreft, die nog niet gegund is, zijn enkel de maatregelen 2° b en 3° mogelijk.

Er is hier evenwel geen sprake van een toevoeging van een bepaald bedrag bij de aannemingssom om aan derden een bepaald voordeel toe te kennen. Bijgevolg is enkel de maatregel 2° b uitsluiting voor een bepaalde duur mogelijk.

Twee jaar is in dat geval een gangbare termijn”.

In het besluit van het administratief, rekenkundig en technisch nazicht van de offertes worden de offertes van nv TDS en nv Pami voor alle percelen nietig verklaard of onregelmatig bevonden op grond van de volgende motivering:

“Overtreding van art. 11 van de wet

Elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden. Offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, moeten worden geweerd”.

3.6. In het afzonderlijk verslag inzake het onderzoek kwalitatieve selectiecriteria wordt, wat de offerte van nv Pami betreft, besloten dat zij voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria. Evenwel wordt het volgende opgemerkt:

“Art. 11 van de wet van 24/12/1993 is duidelijk : ‘Elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden. Offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, moeten worden geweerd.’
De overname van TDS door Pami staat duidelijk op hun website. Het is duidelijk dat het hier om een bewezen handeling gaat, die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen. Dus TDS en Pami uitsluiten bij het administratief nazicht van de offerten”.

3.7. Op 28 maart 2011 beslist het Vast Bureau van het OCMW Gent om op grond van het verslag van nazicht, perceel 1 te gunnen aan nv Gispen, perceel 2 aan bvba Top Bureau, perceel 3 aan nv De Moor en perceel 4 aan nv Gispen.

Daarnaast wordt tevens beslist om “ingevolge artikel 22,2° b van de algemene aannemingsvoorwaarden de inschrijvers TDS Office Design nv en Pami nv, die de bepalingen van artikel 11 van de wet niet hebben nageleefd, uit [te] sluiten van alle opdrachten voor een periode van 2 jaar vanaf de datum van de sluiting van deze opdracht”. Eenzelfde beslissing wordt genomen door de Raad voor Maatschappelijk Welzijn in zitting van 7 april 2011.

3.8. Bij e-mail van 12 april 2011 en aangetekend schrijven van 13 april 2011 wordt voormelde gunningsbeslissing meegedeeld aan de niet-gekozen inschrijvers. In de kennisgeving aan nv TDS en nv Pami wordt erop gewezen dat hun offerte niet werd geselecteerd wegens schending van artikel 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en dat beslist werd om, ingevolge artikel 22,2° b van de algemene aannemingsvoorwaarden, nv TDS en nv Pami, die de bepalingen van artikel 11 van de wet niet hebben

nageleefd, uit te sluiten van alle opdrachten voor een periode van 2 jaar vanaf de datum van de sluiting van deze opdracht.

3.9. Met een aangetekend schrijven van 14 april 2011 vraagt de nv Pami verwerende partij als volgt om de intrekking van de genomen beslissing:

“Uiteraard dienen wij op te merken dat er totaal geen sprake kan zijn van een schending van art. 11 W 24 december 1993 die u, conform uw schrijven, afleidt uit de enkele vaststelling dat ‘de overname van TDS door Pami staat duidelijk op de website van Pami ... bewezen handeling ... die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen.’

Het door U geciteerde Art. 11 van de Wet Overheidsopdrachten bepaalt immers: ‘Elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden. Offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, moeten worden geweerd ...’.

De enkele omstandigheid dat twee vennootschappen dezelfde bestuurders hebben als orgaan en/of op een andere wijze gelieerd zijn impliceert op zich geenszins dat zij ook meteen een handeling, overeenkomst of afspraak hebben gesteld en of gesloten die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen.

Meer nog, in deze blijkt uit de motieven van de gunningsbeslissing geen enkel concrete aanduiding en/of element waaruit afgeleid kan worden dat er sprake is van het bewezen en of voorhanden zijn van de constitutieve bestanddelen van hetgeen in art. 11 van de Wet wordt bedoeld.

De N.V. Pami heeft rechtspersoonlijkheid hetgeen zich uit in een afzonderlijk vermogen afgescheiden van dat van haar aandeelhouders, bestuurders en of gelieerde vennootschappen met eigen rechten en verplichtingen en uit niets blijkt dat zij een handeling, overeenkomst of afspraak heeft met derden welke de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen.

De door u genomen beslissing berust dan ook op een manifest foutieve interpretatie van voornoemd artikel 11. Niet alleen de beslissing omtrent de niet-gunning maar ook de sanctie, ons opgelegd conform art. 22 vormt voor onze onderneming een moeilijk te herstellen economisch nadeel”.

3.10. Deze brief wordt door verwerende partij beantwoord met een aangetekend schrijven en e-mail van 19 april 2011:

“Op de website www.pami.be staat onder het tabblad ‘nieuws’ vermeld :

‘overname TDS door Pami 18-12-2009

PERSBERICHT : Groep PAMI Office Furniture en Groep TDS Office Design sluiten strategisch partnership.

Groep PAMI uit Overpelt heeft besloten sectorgenoot TDS uit Luik over te nemen en hiermee haar positie in de markt van kantoormeubilair aanzienlijk te versterken. PAMI vervangt de sinds jaren trouw actieve controle-aandeelhouders van TDS en behoudt de constructieve samenwerking met Meusinvest

Jean-Marie Onclin (gedelegeerd-bestuurder TDS) : ‘TDS zocht een duurzame toekomstoplossing voor haar organisatie en vond bij PAMI een betrouwbare en serieuze strategische partner’.

Lode Essers (gedelegeerd-bestuurder PAMI) : ‘Samen met TDS zijn wij ervan overtuigd dat er door het bundelen van de sterktes van beide bedrijven enorme synergiemogelijkheden ontstaan. Door deze operatie wordt de groep PAMI/TDS de onbetwistbare marktleider op de Belgische markt. Dit biedt ongetwijfeld mooie opportuniteiten....

Wij zijn ervan overtuigd dat we met deze overname onze positie op de Belgische en de Europese markt kunnen verstevigen en de toekomst van beide bedrijven hebben verzekerd.’

Artikel 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten bepaalt : ‘Elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden. Offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, moeten worden geweerd.’

De vraag is bijgevolg niet of TDS en PAMI bij de concrete algemene offerteaanvraag voor de levering van kantoormeubilair aan het OCMW Gent een handeling, overeenkomst of afspraak hebben gesteld of gesloten, die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, maar wel of de handeling of overeenkomst op zich van de overname van TDS door PAMI de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen.

Vermits PAMI volgens haar eigen informatie ‘controle-aandeelhouder’ van TDS is en in haar brief van 14 april 2011 toegeeft dat de twee vennootschappen dezelfde bestuurders hebben en met elkaar gelieerd zijn, kan er geen twijfel over bestaan dat het loutere feit van de overname van

TDS door PAMI een handeling is die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen en de offertes van beide bedrijven bijgevolg volgens art. 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten moeten geweerd worden.

Artikel 22 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden (bijlage bij het KB van 26 september 1996) verplicht de aanbestedende overheid tot één of meer maatregelen, indien zij vaststelt dat de aannemer, leverancier of dienstverlener de bepalingen van artikel 11 van de wet niet heeft nageleefd. OCMW Gent heeft gekozen voor de maatregel, vermeld onder pt. 2° b: uitsluiting voor een bepaalde duur, i.c. 2 jaar, van de opdrachten van de aanbestedende overheid. Concreet betekent dit dat PAMI na afloop van de huidige te sluiten overeenkomst opnieuw een offerte kan indienen, vermits de te sluiten overeenkomst voor de levering van kantoormeubilair een looptijd van 3 jaar heeft”

3.11. Op 22 april 2011 dienen zowel nv Pami als nv TDS een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. De vordering ingesteld door nv TDS is gekend onder het rolnummer A. 199.910/XII-6565.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Nadat verwerende partij op 5 mei 2011 haar nota heeft ingediend, dient verzoekende partij op 9 mei 2011 nog een “replieknota” in.

In een dergelijk stuk is niet voorzien in het procedurereglement. Dienvolgens wordt het uit de debatten geweerd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

De excepties

5. Verwerende partij werpt in haar nota twee excepties op inzake de ontvankelijkheid van de vordering.

In de eerste plaats betwist zij de procesbevoegdheid van verzoekende partij nu uit de machtiging niet zou blijken dat de raad van bestuur een keuze gemaakt heeft inzake de aard van de in te stellen procedure.

Ook merkt zij op dat verzoekende partij geen stukken voorlegt omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennootschappen die bestuurder zijn van verzoekende partij.

Vervolgens werpt zij op dat verzoekende partij enkel de beslissing waarbij zij zelf wordt uitgesloten als inschrijfster aanvecht, evenals haar uitsluiting voor twee jaar van alle overheidsopdrachten te gunnen door verwerende partij, doch niet de beslissing tot gunning aan de gekozen inschrijvers. Om die reden verliest verzoekende partij volgens verwerende partij haar belang bij de aanvechting van de eerste beslissing, met name haar uitsluiting voor de in het geding zijnde opdracht.

Beoordeling

Procesbevoegdheid

6. Verzoekende partij legt als stuk 6 een uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur van 20 april 2011 voor waaruit blijkt dat de raad van bestuur met eenparigheid van stemmen beslist heeft “een schorsing, vernietiging en/of een procedure in schadevergoeding in te stellen” tegen de bestreden beslissingen.

Aldus worden in de beslissing om in rechte te treden zowel de schorsings- als de annulatieprocedure vermeld, zodat deze machtiging in de huidige stand van het geding lijkt te volstaan.

Voorts lijken de bestuurders-rechtspersonen statutair geldig vertegenwoordigd.

De exceptie wordt verworpen.

Belang

7.1. Wat betreft de exceptie van gebrek aan belang, wordt in de eerste plaats vastgesteld dat deze enkel wordt opgeworpen ten aanzien van het beroep tegen de eerste beslissing.

Voorts valt op te merken dat de Raad van State, in de arresten van 23 januari 2007 en 2 juli 2009 waar verwerende partij naar verwijst, oordeelde dat ingeval nagelaten wordt om de gunningsbeslissing zelf aan te vechten, de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing inzake onregelmatigverklaring of niet-selectie het door verzoekende partij aangevoerde moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet kan weren. Deze rechtspraak is dus verbonden met het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, welk vereiste *in casu* niet geldt voor de aanvechting van de eerste bestreden beslissing, gelet op de toepasselijkheid van artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 op de eerste bestreden beslissing.

7.2. Overeenkomstig artikel 65/15, juncto artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende instanties vernietigen of schorsen op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te verkrijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld.

Daarbij valt op te merken dat verzoekende partij wel degelijk door de eerste bestreden beslissing werd benadeeld aangezien zij niet werd geselecteerd, dat om die reden haar offerte niet werd getoetst aan de gunningscriteria en zij de opdracht niet kon verkrijgen.

Daarnaast lijkt zij tevens een voordeel te hebben bij de schorsing van de eerste bestreden beslissing. Verwerende partij heeft immers

overeenkomstig artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993 een wachttermijn toegekend van 15 dagen alvorens tot contractsluiting over te gaan. Ter zitting verklaart de raadsvrouw van verwerende partij dat naar haar weten de overeenkomsten (vier percelen) niet gesloten zijn. Evenmin blijkt de zestig dagen termijn om een annulatieberoep in te stellen tegen de gunningsbeslissing zelf reeds verstreken te zijn. Op het eerste gezicht valt niet uit te sluiten dat verwerende partij in geval van een eventuele schorsing van de eerste bestreden beslissing, de gunningsbeslissing zou kunnen intrekken om vervolgens de offerte van verzoekende partij eveneens te toetsen aan de gunningscriteria, in welk geval verzoekende partij alsnog een kans zou hebben om een of meerdere percelen van de opdracht te verkrijgen.

7.3. De exceptie wordt verworpen.

VI. De schorsingsvoorwaarden

8. Overeenkomstig 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.

9. De kwestieuze opdracht werd evenwel bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing.

Volgens het in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de in de wet vermelde beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, een verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

10. Verwerende partij werpt op dat de tweede bestreden beslissing niet valt onder het toepassingsgebied van de artikelen 65/14 en 65/15 van de wet aangezien artikel 65/14 slechts melding maakt van een “bepaalde” opdracht, terwijl de tweede bestreden beslissing de uitsluiting betreft van toekomstige en dus onbepaalde opdrachten. Volgens verwerende partij toont verzoekende partij voor wat betreft de tweede bestreden beslissing de hoogdringendheid niet aan.

11. Verwerende partij betwist aldus niet, indien verzoekende partij wat de tweede bestreden beslissing betreft alsnog het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de hoogdringendheid zou moeten aantonen, dat alvast aan het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is voldaan.

Voorts dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij door éénzelfde beslissing en op basis van eenzelfde motivering niet alleen werd uitgesloten als inschrijfter voor de betreffende overheidsopdracht, doch tevens voor een termijn van twee jaar werd uitgesloten voor alle overheidsopdrachten te gunnen door het OCMW van Gent.

Uit de tekst en de memorie van toelichting bij voormelde artikelen 65/14 en 65/15 blijkt op het eerste gezicht dat beoogd wordt om deze bepalingen een ruim toepassingsgebied te geven. Het lijkt in elk geval aangewezen, alleen al om proceseconomische redenen, gelet op de nauwe samenhang tussen beide beslissingen en de motivering op basis waarvan deze beslissingen werden genomen, het feit dat het om één materiële beslissing gaat alsook het feit dat de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door de

wetgever verplicht werd gesteld ten aanzien van de eerste bestreden beslissing, dat zij gezamenlijk worden behandeld.

12. Uit het voorgaande volgt dat er gelet op de concrete omstandigheden van de zaak dan ook enkel nog dient te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

13. Een eerste middel is genomen uit de schending van artikel 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name van het beginsel luidens hetwelk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten gesteund zijn (het motiveringsbeginsel) en het zorgvuldigheidsbeginsel, minstens het gelijkheidsbeginsel.

Verzoekende partij stelt vast dat de bestreden beslissing enkel overweegt: “De overname van TDS door Pami staat vermeld op de website van Pami. Het is duidelijk dat het indienen door beide inschrijvers van een offerte een handeling betreft, die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen”.

Volgens verzoekende partij dienen overeenkomstig artikel 11 van de wet van 24 december 1993 twee constitutieve bestanddelen voorhanden te zijn om een offerte onregelmatig te verklaren, meer bepaald: a) het aanwezig zijn van een ‘handeling, overeenkomst of afspraak’ en b) die handeling, overeenkomst

of afspraak moet van aard zijn dat zij de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen.

Uit de motieven blijkt volgens haar nergens enige concrete aanduiding of onderbouwing van deze beide constitutieve bestanddelen.

De enkele omstandigheid dat twee vennootschappen dezelfde bestuurders hebben als orgaan en/of op een andere wijze gelieerd zijn, impliceert volgens haar op zich geenszins dat zij ook meteen een handeling, overeenkomst of afspraak hebben gesteld en/of gesloten welke hun offerte voor dezelfde overheidsopdracht aantast zodat deze onregelmatig zou zijn.

Zij wijst erop dat zij over rechtspersoonlijkheid beschikt, hetgeen zich uit in een afzonderlijk vermogen afgescheiden van dat van haar aandeelhouders, bestuurders en/of gelieerde vennootschappen met eigen rechten en verplichtingen. De enkele omstandigheid dat een groep van rechtspersonen bestaat met een groepsbelang verhindert geenszins dat voor elke afzonderlijke rechtspersoon binnen de groep het eigen (vennootschaps)belang en vermogen behouden blijft. Voorts blijkt volgens haar uit niets dat de door verzoekende partij ingediende offerte, welke inhoudelijk trouwens fundamenteel verschillend is van de offerte van nv TDS, een handeling, overeenkomst of afspraak betreft welke de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen.

Minstens is er volgens verzoekende partij sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel aangezien verwerende partij ten aanzien van haar voor wat betreft de toepassing van artikel 11 kennelijk uitsluitend een groepsbelang afdoende acht terwijl zij nalaat de overige offerte-indieners, inzonderheid de offertes van Gispen en Ahrend tussen welke inschrijvers tevens een groepsverband zou bestaan, op dezelfde wijze te beoordelen.

14. Verwerende partij merkt op dat een aanbestedende overheid van zodra er een handeling, overeenkomst of afspraak is die de mededinging potentieel

kan vertekenen, de betrokken inschrijver moet uitsluiten. De vraag of er hier al dan niet sprake is van een effectieve vertekening van de mededingingsvoorwaarden is volgens haar dus niet eens aan de orde.

Evenmin bestaat er volgens haar twijfel over het feit dat een overname en daaraan gekoppeld de afzonderlijke inschrijving op één en dezelfde opdracht door twee verbonden ondernemingen de mededinging kan vertekenen. Zij wijst erop dat dit een omzeiling van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zou betekenen luidens welke bepaling elke inschrijver maar één offerte mag indienen.

Zij wijst erop dat uit het staatsblad blijkt dat met ingang van 16 december 2009 Jean-Marie Onclin niet langer als bestuurder van nv TDS optreedt, doch wel de bvba's LECON en HESCOM, zijnde de bestuurders van nv Pami. Vermits zowel nv TDS als nv Pami door dezelfde bestuurders worden bestuurd, bestaat er volgens verwerende partij een onweerlegbaar vermoeden dat zij onder centrale leiding staan en zij dus deel uitmaken van eenzelfde consortium. Zij verwijst hiervoor naar artikel 10 van het Wetboek van Vennootschappen. Gelet op het feit dat de bestuurders bij beide vennootschappen dezelfde zijn, kan er van een "onafhankelijke" inschrijving volgens haar geen sprake zijn, minstens bestaat het risico, hetgeen volgens verwerende partij volstaat in het kader van artikel 11 van de wet van 24 december 1993.

Met betrekking tot de beweerde ongelijke behandeling merkt verwerende partij op dat verzoekende partij geen belang heeft bij deze kritiek nu deze niets verandert aan haar eigen uitsluiting. Voorts zouden Gispén en Ahrend zich niet in dezelfde omstandigheden bevinden als nv TDS en nv Pami aangezien er slechts sprake zou zijn van een minderheidsaandeelhouderschap. Ten slotte merkt zij op dat van een aanbestedende overheid niet kan verwacht worden dat zij op algemene wijze kennis heeft van de vennootschapsstructuren.

Beoordeling

15.1. Artikel 11 van de wet van 24 december 1993 luidt als volgt:

“Elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededigingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden. Offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, moeten worden geweerd. Wanneer zodanige handeling, overeenkomst of verstandhouding tot het gunnen van een overheidsopdracht heeft geleid, dan moet elke uitvoering van de opdracht worden stopgezet, tenzij de bevoegde overheid, bij een met redenen omklede beslissing, anders beschikt.

De toepassing van deze bepaling kan in geen geval leiden tot schadeloosstelling van de persoon aan wie deze opdracht gegund werd”.

15.2. Dit artikel herneemt artikel 7 van de wet van 14 juli 1976. In de memorie van toelichting bij dat artikel werd opgemerkt dat men het geheel der omstandigheden zal moeten beoordelen om te zien of het normale spel van de mededinging werd vervalst. Ook in de rechtsleer wordt, onder verwijzing naar de parlementaire voorbereiding, bevestigd dat in elk concreet geval de omstandigheden in ogenschouw dienen te worden genomen om na te gaan of en in welke mate de mededinging wordt belemmerd.

15.3. Uit artikel 11 van de wet van 24 december 1993 lijkt in elk geval geen absoluut verbod te kunnen worden afgeleid voor verbonden ondernemingen om deel te nemen aan eenzelfde procedure, zonder dat de aanbestedende dienst nagaat of een dergelijke afhankelijkheidsverhouding hun respectieve gedrag in het kader van deze procedure concreet heeft beïnvloed en aldus de mededingingsvoorwaarden kan vertekenen. Een aanbestedende instantie dient, overeenkomstig het arrest Assitur van het Hof van Justitie (C-538/07 van 19 mei 2009), een onderzoek en beoordeling van de feiten te verrichten om na te gaan of de betrokken afhankelijkheidsverhouding de respectieve inhoud van de door de betrokken ondernemingen in het kader van eenzelfde procedure ingediende offertes heeft beïnvloed.

16.1. Op het eerste gezicht blijkt hier niet dat verwerende partij op concrete wijze heeft onderzocht of de afhankelijkheidsverhouding tussen nv TDS en nv Pami hun respectieve gedrag in het kader van deze procedure concreet heeft beïnvloed.

Evenmin blijkt dat verwerende partij, voorafgaand aan de bestreden beslissingen, nv TDS en nv Pami de mogelijkheid heeft geboden aan te tonen dat er in hun geval geen sprake is van een reëel gevaar dat zich praktijken voordoen die de transparantie kunnen bedreigen en de mededinging tussen de inschrijvers kunnen vervalsen.

Verwerende partij lijkt daarentegen, louter op basis van een vermelding op een website van de zogenaamde overname van nv TDS door nv Pami, een automatische uitsluiting te hebben toegepast.

Er wordt geen enkel concreet element aangebracht waaruit het bestaan van een eventuele verboden afspraak zou blijken tussen nv TDS en nv Pami. Het enkele feit dat het gaat om verbonden vennootschappen lijkt op het eerste gezicht in het licht van voormelde rechtspraak van het Hof van Justitie niet te volstaan.

16.2. In haar schrijven van 19 april 2011, dit is na de bestreden beslissing, wijst verwerende partij nog op het feit dat nv Pami volgens haar eigen informatie “controle-aandeelhouder” van nv TDS is en in haar brief van 14 april 2011 zou hebben toegegeven dat de twee vennootschappen dezelfde bestuurders hebben. Ook in haar nota wijst zij nadrukkelijk op het feit dat beide vennootschappen dezelfde bestuurders zouden hebben.

In de mate dat dergelijke *a posteriori* motivering al zou kunnen worden aanvaard, dient te worden vastgesteld dat zij bovendien op het eerste gezicht feitelijke grondslag lijkt te missen wat dit laatste punt betreft. Beide vennootschappen delen weliswaar bvba Lecon en bvba Hescom als bestuurders,

doch uit het persbericht dat verwerende partij neerlegt als stuk 74 blijkt echter dat nv TDS “daarnaast ook de constructieve samenwerking met de nv Meusinvest heeft behouden”, welke onderneming eveneens als bestuurder van de nv TDS blijkt te zijn aangesteld. Voorts blijkt nv Pami behalve voormelde bvba’s ook nog de nv Geer-Invest als bestuurder te hebben.

Op het eerste gezicht lijken beide vennootschappen dus, in tegenstelling tot wat verwerende partij voorhoudt, niet zonder meer dezelfde bestuurders te hebben.

16.3. Uit het geheel van de voorgaande elementen kan worden besloten dat verwerende partij op het eerste gezicht niet aantoonbaar dat nv TDS en nv Pami door beiden voor dezelfde opdracht een offerte in te dienen een handeling hebben gesteld, een overeenkomst hebben gesloten of een afspraak hebben gemaakt die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen verstoren en dat artikel 11 van de wet van 24 december 1993 zou zijn geschonden.

16.4. Daarnaast dient te worden vastgesteld dat nv TDS en nv Pami ten tijde van het uitschrijven van de offerteaanvraag en het openen van de offertes twee onderscheiden rechtspersonen waren en zij optraden als twee inschrijvers die elk een onderscheiden – en overigens op het eerste zicht ook inhoudelijk duidelijk verschillende – offerte hebben ingediend, zodat er geen sprake lijkt te zijn van een schending of “omzeiling” van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

16.5. De offerte van nv Pami lijkt dan ook ten onrechte uitgesloten uit de gunningsprocedure.

Het eerste middel is ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

17. Een tweede middel is genomen uit de schending van artikel 22 van de algemene aannemingsvoorwaarden (KB van 26 september 1996), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name van het beginsel luidens welk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven moeten gesteund zijn (het motiveringsbeginsel) en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekende partij wijst er op dat artikel 22 van de algemene aannemingsvoorwaarden bepaalt: “Indien de aanbestedende overheid op eender welk ogenblik vaststelt dat de aannemer de bepalingen van artikel 11 van de wet niet heeft geëerbiedigd moet de aanbestedende overheid één of meer van volgende maatregelen treffen [...]”.

Aangezien uit de toelichting van het eerste middel afdoende blijkt dat er geen sprake is van een schending van artikel 11 van de wet van 24 december 1993, kon de overheid volgens verzoekende partij ook geen van de maatregelen opgesomd in artikel 22 van de algemene aannemingsvoorwaarden nemen.

18. Verwerende partij wijst er op dat verzoekende partij niet betwist dat, in het geval voldaan is aan de voorwaarden van artikel 11 van de wet van 24 december 1993, verwerende partij de in artikel 22 van de algemene aannemingsvoorwaarden opgesomde maatregelen kan nemen. Evenmin betwist verzoekende partij de aard noch de duur van de in dit geval genomen maatregel. De kritiek van verzoekende partij beperkt zich tot het stellen dat niet is voldaan aan de voorwaarden van het genoemde artikel 11, zodat de genomen maatregel niet kon

worden opgelegd. Voor het al dan niet vervuld zijn van deze voorwaarden verwijst verwerende partij naar het eerste middel.

Beoordeling

19. Artikel 22 van de algemene aannemingsvoorwaarden (KB van 26 september 1996) luidt:

“Indien de aanbestedende overheid op eender welk ogenblik vaststelt dat de aannemer de bepalingen van artikel 11 van de wet niet heeft geëerbiedigd, moet de aanbestedende overheid één of meer van volgende maatregelen treffen:

1° toepassing van maatregelen van ambtswege;

2°

a) indien het een aannemer van werken betreft, voorstel tot sanctie bij toepassing van artikel 19 van de wet van 21 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken;

b) indien het een leverancier of een dienstverlener betreft, uitsluiting voor een bepaalde duur van de opdrachten van de aanbestedende overheid;

3° een straf toepassen welke het drievoud is van het bedrag dat bij de aannemingssom wordt gevoegd om aan derden een bepaalde winst of voordeel toe te kennen”.

20. Daargelaten de vraag of verwerende partij in dit geval toepassing kon maken van artikel 22 van de algemene aannemingsvoorwaarden ten aanzien van een niet gekozen inschrijver –deze bepaling lijkt immers in de eerste plaats van toepassing op de aannemer wat een overeenkomst lijkt te veronderstellen–, dient te worden vastgesteld dat, aangezien in het kader van de beoordeling van het eerste middel reeds werd besloten dat niet aangetoond lijkt dat nv TDS en nv Pami de bepalingen van artikel 11 niet zouden hebben geëerbiedigd, evenmin lijkt te kunnen worden besloten om een van de in artikel 22 van de algemene aannemingsvoorwaarden vermelde maatregelen te nemen.

Het tweede middel is ernstig.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van het besluit van het OCMW van Gent van 7 april 2011 om: (a) de offerte van de nv Pami voor de overheidsopdracht voor het leveren en plaatsen van kantoormeubilair (bestek nr. FM/2010-10-14) onregelmatig te verklaren, (b) de nv Pami voor een termijn van twee jaar uit te sluiten van alle overheidsopdrachten te gunnen door het OCMW van Gent.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 mei 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra