

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.281 van 29 januari 2013
in de zaak A. 201.710/XII-6697**

In zake: de BVBA J.O.S. HANGING BASKETS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc De Boel
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD HASSELT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV THREE LION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Harry Hendrickx
kantoor houdend te 2390 Malle
Hoge Warande 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 september 2011, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 23 juni 2011 van het College van Burgemeester en Schepenen van Hasselt, met referentie GD/2011/00376 m.b.t. bebloeming: Perceel 1[: B]ebloeming van openbare gebouwen en wegen; Perceel 2: Bebloeming van de Kleine ring”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Three Lion heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 16 januari 2012. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 december 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Inneke Bockstaele, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Geert Vrints, die loco advocaat Harry Hendrickx, verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De stad Hasselt schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van diensten met als voorwerp “bebloeming: perceel 1 bebloeming van openbare gebouwen en wegen; perceel 2: bebloeming van de kleine ring”.

De aankondiging wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 april 2011.

Het bestek vermeldt dat onder meer volgende documenten bij het offerteformulier moeten worden gevoegd:

“Juridische situatie van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (uitsluitingscriteria)

* Door in te schrijven op deze opdracht verklaart de inschrijver zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden, zoals bedoeld in artikel 69 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

* Een verklaring op erewoord dat de inschrijver (ondertekening, zie bijlage A offerte formulier):

- niet in staat van faillissement of vereffening verkeert;
- geen aangifte van faillissement heeft gedaan of procedure van vereffening of gerechtelijk akkoord aanhangig is tegen hem;
- niet veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat de professionele integriteit aantast;
- bij zijn beroepsuitoefening geen ernstige fout heeft begaan;
- in orde is met de betaling van sociale zekerheidsbijdragen;
- in orde is met de betaling van belastingen;
- zich niet schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van deze inlichtingen.”

3.2. Er worden twee offertes ingediend namelijk door verzoekende partij en tussenkomende partij.

Bij haar offerte verklaart tussenkomende partij op erewoord “niet veroordeeld [te zijn] geweest voor een misdrijf dat de professionele integriteit aantast” en “bij [haar] beroepsuitoefening geen ernstige fout [te hebben] begaan”.

3.3. Er wordt op 14 juni 2011 door de stedelijke Groendienst een aanbestedingsverslag opgesteld en voorgesteld de twee percelen toe te wijzen aan laagste inschrijver, dit is de nv Three Lion.

De volgende motivering wordt hierbij gegeven:

“Overwegende dat:

1. Op grond van bepaalde informatie ontvangen door de opdrachtgever de firma Algemene Tuinwerken Three Lion nv zich zou bevinden in een uitsluitingsgrond, waardoor deze firma eventueel niet zou toegelaten worden om deze overheidsopdracht uit te voeren. Dat de firma Algemene Tuinwerken Three Lion nv zich zou kunnen bevinden in de uitsluitingsgrond voorzien in het artikel 17, § 2, 4° van het KB van 8 januari 1996, dat bepaalt dat een aannemer kan worden uitgesloten ‘die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken’;
2. Dat de uitsluitingsgrond, waarin de firma Algemene Tuinwerken Three Lion nv zich zou bevinden, een facultatieve uitsluitingsgrond is;
3. Dat echter in de eerste plaats de veroordeling van de firma Algemene Tuinwerken Three Lion nv door het Hof van Beroep te Antwerpen kan beschouwd worden als een fout in de beroepsuitoefening; dat dit echter geen ernstige beroepsfout uitmaakt, ten eerste omdat het niet handelt om een strafrechtelijke inbreuk en ten tweede omdat via deze inbreuk niet een fundamentele regel in onze samenleving of een regel van openbare orde werd geschonden;
4. Dat gezien het facultatief karakter van de uitsluitingsgrond de overheid in elk geval, zelfs indien sprake zou zijn van een ernstige fout, beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om een inschrijver al of niet uit te sluiten op basis van voormeld artikel 17, § 2, 4° van het KB van 8 januari 1996;
5. Dat de ontdekte fout geen impact heeft op de kwaliteit van de uitvoering van een opdracht voor het Hasseltse stadsbestuur en bovendien de fout niet werd gepleegd in het raam van de uitvoering van een overheidsopdracht;
6. Dat er tussen de inschrijving van firma Algemene Tuinwerken Three Lion nv en firma J.O.S. Hanging Baskets bvba voor beiden percelen een significant prijsverschil werd ingediend; dat de stad Hasselt gekozen heeft voor een openbare aanbesteding; dat deze keuze impliciet inhoudt dat het algemeen belang het best gediend is met een offerte gekozen op grond van de laagste prijs, dat de mogelijke aanwezige uitsluitingsgrond niet verantwoordt dat de firma Algemene Tuinwerken Three Lion nv wordt uitgesloten.”

3.4. Op 23 juni 2011 beslist de aanbestedende overheid goedkeuring te verlenen aan het gunningsvoorstel van de Groendienst en de beide percelen toe te wijzen aan de nv Three Lion.

3.5. Op 4 juli 2011 laat verzoekende partij door een gerechtsdeurwaarder een proces-verbaal van vaststelling opstellen in verband met de bloembakken en de bebloeming erin van tussenkomende partij.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij en tussenkomende partij betwisten het belang van verzoekende partij bij haar beroep tot nietigverklaring.

4.2. In het auditorsverslag wordt deze exceptie op beredeneerde wijze verworpen omdat verzoekende partij een moreel belang heeft bij haar beroep. Verwerende partij noch tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend. Er mag dan ook worden aangenomen dat zij de terechte vaststellingen van het auditoraat niet weerspreken en hun exceptie niet langer staande houden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. Verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 16 en 17, § 2 (of 43, § 2 of 69, § 2) van het KB betreffende de overheidsopdrachten van 8 januari 1996, artikel 95 van de Marktpraktijkenwet en de zorgvuldigheidsnorm”.

In het bestek is als kwalitatief selectiecriteria opgenomen dat de inschrijver een verklaring op erewoord aan zijn offerte toevoegt dat hij “geen ernstige fout heeft begaan bij de beroepsuitoefening”. Aldus heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid een inschrijver uit te sluiten wanneer deze veroordeeld is voor een misdrijf dat de professionele integriteit aantast of een ernstige fout heeft begaan bij de beroepsuitoefening.

Te dezen heeft tussenkomende partij artikel 4, tweede lid, van de wet van 26 juni 2003 ‘betreffende het wederrechtelijk registreren van domeinnamen’ geschonden en is zij om die reden door het Hof van Beroep veroordeeld. De aanbestedende overheid heeft hiermee geen rekening gehouden en heeft de opdracht toch aan tussenkomende partij toegewezen.

De aanbestedende overheid heeft hierbij overwogen dat de inbreuk van tussenkomende partij geen fundamentele regel in de samenleving of een regel van openbare orde betreft. Dit is onjuist. Tussenkomende partij heeft zowel de voornoemde wet van 26 juni 2003 als de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’ geschonden. Deze laatste wet is van openbare orde.

5.2. Voorts merkt verzoekende partij op dat het motief in de bestreden beslissing dat “de ontdekte fout geen impact heeft op de kwaliteit van de uitvoering van een opdracht voor het Hasseltse stadsbestuur” onjuist is omdat tussenkomende partij niet voldeed aan de technische besteksvereisten. Verwerende partij heeft de technische bekwaamheid nooit goed onderzocht wat strijdt met de zorgvuldigheidsnorm. Immers, uit het proces-verbaal dat verzoekende partij bijbrengt, blijkt dat tussenkomende partij de technische besteksbepalingen inzake de inworteling van de planten en het weelderig in bloei ervan staan, niet heeft nageleefd.

6. In haar memorie van wederantwoord beklemtoont verzoekende partij dat de uitsluitingsgronden criteria zijn in het kader van de kwalitatieve selectie.

Wat de uitsluitingsgronden betreft merkt verzoekende partij op dat tussenkomende partij had dienen te worden uitgesloten op basis van artikel 69, § 2, 3° (de inschrijver die, bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast) en 4° (de inschrijver die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken), van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en

diensten en de concessies voor openbare werken'. Tussenkomen de partij is immers bij arrest van het hof van beroep van Antwerpen veroordeeld tot ernstige slechtmaking waaruit tevens een ernstige fout in de beroepsuitoefening blijkt. Dit laatste is apert nu tussenkomen de partij een wet van openbare orde heeft geschonden.

Wat de technische bekwaamheid betreft wijst verzoekende partij erop dat het feit dat de overeenkomst slecht werd uitgevoerd bewijst dat de aanbestedende overheid een onzorgvuldige selectie heeft gedaan. Zij stelt dat tussenkomen de partij “nog in geen enkele gemeente kwalitatieve bebloemen [heeft] aangeleverd”.

7. In haar laatste memorie bekritiseert verzoekende partij de andere motieven in de bestreden beslissing, namelijk dat mocht het toch om een ernstige fout gaan, die fout niet werd gepleegd in het raam van de uitvoering van een overheidsopdracht en die fout geen impact heeft op de kwaliteit van de uitvoering van de in competitie zijnde opdracht.

Zij wijst ook op een beslissing van de stad Gent in een gelijkaardige overheidsopdracht waarbij tussenkomen de partij werd uitgesloten wegens ernstige beroepsfout en dit op basis van voormeld arrest van het hof van beroep. Dit is volgens verzoekende partij wel een voorbeeld van zorgvuldige besluitvorming.

Ten slotte beklemtoont zij dat indien verwerende partij haar selectie zorgvuldig had uitgevoerd, aan tussenkomen de partij nooit de opdracht mocht worden toegewezen.

Beoordeling

8. Verzoekende partij voert in haar verzoekschrift in eerste instantie de schending aan van artikel 69, § 2, 4°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Hierin wordt bepaald dat bij aanneming van diensten de aanbestedende overheid de dienstverlener die bij zijn beroepsuitoefening een

ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheid kan aannemelijk maken, mag uitsluiten.

Verzoekende partij heeft kritiek op de beoordeling van verwerende partij dat het niet gaat om een ernstige beroepsfout. Verzoekende partij stelt daartegenover dat het wel gaat om een ernstige beroepsfout omdat er een fundamentele regel, namelijk de voornoemde wet van 6 april 2010, is geschonden.

9. Op 14 april 2011 beveelt het hof van beroep van Antwerpen, recht doende in burgerlijke zaken, ten aanzien van tussenkomende partij de staking van enerzijds de slechtmaking van verzoekende partij door het plaatsen van foto's van een bloemenzuil en de bloemenhangmanden, ten onrechte toegeschreven aan verzoekende partij op de website www.joshangingbasket.be en anderzijds de registratie van de voormelde domeinnaam, en dit telkens onder verbeurte van een dwangsom. Voor de staking van de slechtmaking achtte het hof een schending van artikel 95 van de wet van 6 april 2010 bewezen en voor de staking van een wederrechtelijk registreren van een domeinnaam steunde het hof zich op de artikelen 4, 5 en 6 van de wet van 26 juni 2003.

10. Voornoemd artikel 69, § 2, 4°, bevat een voor de aanbestedende overheid facultatieve uitsluitingsgrond. De aanbestedende overheid meent dat de feiten in het arrest van het hof van beroep weliswaar een fout in de beroepsuitoefening uitmaken maar geen ernstige beroepsfout omdat het niet zou gaan om een strafrechtelijke inbreuk en omdat via deze inbreuk geen fundamentele regel in onze samenleving of een regel van openbare orde zou zijn geschonden.

De aanbestedende overheid zegt echter meer en vervolgt haar motivering met de redenering dat zelfs mocht het om een ernstige fout gaan, zij hier van oordeel is dat tussenkomende partij niet dient te worden uitgesloten omdat “de ontdekte fout geen impact heeft op de kwaliteit van de uitvoering van een opdracht voor het Hasseltse stadsbestuur en bovendien de fout niet werd gepleegd in het raam van de uitvoering van een overheidsopdracht”.

Deze redenering stelt verzoekende partij niet in vraag in haar verzoekschrift en zelfs niet in haar memorie van wederantwoord waarin zij zich opnieuw focust op en zich beperkt tot de veroordeling tot staking op zich. Pas in haar laatste memorie, na in het auditorsverslag te zijn gewezen op de beperktheid van haar kritiek, bekritiseert verzoekende partij deze andere motieven. Deze laatste kritiek is niet tijdig in het debat gebracht en derhalve onontvankelijk zodat de Raad vaststelt dat deze motivering hoe dan ook gestand blijft.

11. In de mate dat verzoekende partij in haar middel erop wijst dat de aanbestedende overheid onzorgvuldig handelde bij de beoordeling van de technische bekwaamheid van tussenkomende partij omdat uit een proces-verbaal zou blijken dat tussenkomende partij de besteksbepalingen inzake de inworteling en het weelderig in bloei staan van de planten niet heeft nageleefd, wijst de Raad van State erop dat hij de uitvoering van de opdracht in beginsel niet betreft bij de beoordeling van de gunning. Verzoekende partij voert geen overtuigende argumentatie aan om hier anders over te oordelen.

12. Het enig middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 januari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest