

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.543 van 25 februari 2014
in de zaak A. 211.510/XII-7574**

In zake: de BVBA ANDRE AUDENAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Donat Lambert
kantoor houdend te 9030 Mariakerke
Mispelblik 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMS GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Watermaal-Bosvoorde
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV STADSBADER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 januari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “- de beslissing [van 18 december 2013] uitgaande van het Agentschap Wegen en Verkeer, [...] waarbij [de bvba André Audenaert] voor de opdracht ‘Onderhoud

- van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant D211 – Halle – 1M3D8F/13/14’ wordt uitgesloten;
- de beslissing [van 18 december 2013] uitgaande van het Agentschap Wegen en Verkeer, [...] waarbij voormelde opdracht wordt gegund aan Stadsbader nv voor een bedrag van € 350.000,00 incl. BTW”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 februari 2014 heeft de nv Stadsbader gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 februari 2014, om 13.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stephanie Taelemans, die loco advocaat Donat Lambert verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Kris Wauters en Ann-Sophie Vanwinsen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. In 2009 gunt de verwerende partij via het Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Vlaams-Brabant, in het kader van de opdracht met bestek nr. 1M3D8F/09/29 “Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant – 4 percelen” de percelen 2 “D212 – Vilvoorde” en 4 “D214 – Aarschot” aan de nv Audebo voor een periode van één jaar. Overeenkomstig het bestek en artikel 17, § 2, 2°, b, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ werden beide percelen driemaal verlengd, perceel 2 – Vilvoorde - tot 30 april 2013 en perceel 4 – Aarschot- tot 30 juni 2013.

3.2. In 2012 schrijft de verwerende partij via het Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Vlaams-Brabant, een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken, in de aankondiging genoemd “Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant – D211 Halle”.

De geraamde waarde van de opdracht blijkt niet uit het dossier. Partijen zelf gaan ervan uit dat deze de Europese drempel niet bereikt.

De opdracht wordt op 29 april 2013 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen.

In punt III.2) “Voorwaarden voor deelneming” wordt bij punt III. 2.1) “Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister” vermeld: “Uitsluitingsgronden van art. 17 en 17bis van K.B. van 8/1/1996 zijn van toepassing”.

3.3. Op deze opdracht is het bijzonder bestek nr. 1M3D8F/13/14 van toepassing. Het bestek bepaalt onder “Algemene Informatie” onder meer dat het contract wordt gesloten voor de duur van 1 jaar met het recht voor de aanbestedende overheid dit maximaal driemaal te verlengen voor telkens een periode van maximum één jaar en dat aanbestedende overheid zich ertoe verbindt

werken te bestellen voor een bedrag van 400.000 euro per jaar, btw inbegrepen, met een minimum van 350.000 euro en een maximum van 450.000 euro.

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’ wordt uitdrukkelijk van toepassing verklaard.

Artikel 113 “Rangschikking bij aanbesteding” van deel I, Hoofdstuk I, 2, van het bestek bepaalt:

“De eenheidsprijzen van de verschillende posten der prijslijsten worden door de aanbestedende overheid opgelegd. Het geheel van de eenheidsprijzen mag bij de inschrijving vermeerderd of verminderd worden met éénzelfde aanpassingscoëfficiënt door de aannemer te bepalen. Elke andere manier van handelen en de wijziging van de opgelegde eenheidsprijzen maakt de inschrijving ongeldig.

De rangschikking der inschrijvers zal gebeuren op basis van de door iedere aannemer aangeboden procentuele korting of verhoging.”

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 7 juni 2013. Er worden 11 offertes ingediend. De nv Audebo stelt een korting voor van -37,50%, dit is de op drie na laagste. De bvba André Audenaert stelt met -40,50% de zesde hoogste korting voor. De nv Stadsbader stelt met -55% de derde hoogste korting voor.

3.5. Op 12 december 2013 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin worden de nv Audebo en de bvba André Audenaert uitgesloten wegens een ernstige fout in de beroepsuitoefening op grond van de volgende redengeving:

“Op grond van artikel 17, §2, 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 heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om een inschrijver uit te sluiten wanneer deze bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout begaan.

- In het raam van de gunning van de huidige overheidsopdracht wenst de aanbestedende overheid de nv Audebo uit te sluiten op grond van voornoemde bepaling. In het licht van de feiten, die hierna *in concreto*

worden omschreven, kan de aanbestedende overheid, wanneer zij een goed beheer wil voeren, zich voor huidige opdracht niet binden aan de nv Audebo. Deze feiten hebben immers het vertrouwen van de aanbestedende overheid in de nv Audebo ernstig geschaad.

De firma nv Audebo wordt uitgesloten op grond van ernstige fouten die werden begaan tijdens de uitvoering van de opdracht 'onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - perceel 4 - district 214 Aarschot' met besteknr. 1M3D8F/09/29.

In de uitvoering van de overheidsopdracht 'Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - District 214 Aarschot (bestek 1M3D8F/09/29) 4e jaar' heeft de aanbestedende overheid (Agentschap Wegen en Verkeer) in toepassing van artikel 20 van de Algemene aannemingsvoorwaarden gevoegd als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 26 processen-verbaal van vaststelling opgesteld. Ten aanzien van geen enkel proces-verbaal heeft de nv Audebo een geldig verweer gevoerd. Dit houdt dan ook in dat de nv Audebo deze feiten erkent.

De aangehaalde processen-verbaal stellen meestal vast dat de nv Audebo een dienstbevel vanwege de aanbestedende overheid op een bepaalde datum niet heeft nageleefd. Aldus stellen de verschillende processen-verbaal een foutief contractueel handelen van de nv Audebo vast, handelen dat niet wordt betwist. Dit foutief handelen vindt plaats bij de beroepsuitoefening. Bovendien gaat het hier om het herhaaldelijk niet naleven van een dienstbevel van een overheid door een onderneming, die vaak overheidsopdrachten uitvoert. Dergelijke niet naleving brengt de continuïteit van de openbare dienst in het gedrang. Dit leidt er ook toe dat de aanbestedende overheid totaal geen vertrouwen meer kan hebben in de uitvoerder van de opdracht. Een redelijk handelend uitvoerder van een overheidsopdracht miskent niet tijdens de uitvoering van dezelfde opdracht een tiental keren de bevelen van de aanbestedende overheid.

In één proces-verbaal is bovendien sprake van sluikstorten, wat een strafrechtelijke inbreuk is. Dergelijke inbreuk brengt niet alleen de continuïteit van de openbare dienst in gevaar, doch ook mens en milieu.

- In het raam van de gunning, van de huidige overheidsopdracht wenst de aanbestedende overheid de bvba André Audenaert eveneens uit te sluiten op grond van voornoemde bepaling. Er is immers een zeer nauwe band tussen de nv Audebo en de bvba André Audenaert. Deze nauwe band blijkt onder meer uit:
 - o Wanneer op 9 oktober 2012 aan de firma Audebo het eerste proces-verbaal van ingebrekestelling wordt verstuurd in het kader van de bovenvermelde opdracht 'onderhoud van de gewestwegen in

de provincie Vlaams-Brabant - perceel 4 - district 214 Aarschot' wordt op 23 oktober 2012 volgende reactie ontvangen: 'Mr. André Audenaert verschillende verantwoordelijken mondeling heeft gemeld heeft dat de werken niet verder gezet konden worden wegens het slechte weer'. De betrokkenheid van de heer André Audenaert, die blijkbaar de werken aanstuurt, wekt des te meer verbazing daar de tussenkomst van de bvba André Audenaert ook niet vooraf aan de aanbestedende overheid werd gemeld.

- In het huishoudelijk reglement permanente wachtdienst 2012-13 van het Wegendistrict 214 Aarschot worden voor de firma Audebo twee contactpersonen vermeld met name de heer [A.A.] en [G.H.]. Even verder worden dezelfde personen vermeld als de contactpersonen voor de firma Audenaert bvba.

De aanbestedende overheid is op basis van bovenstaande gegevens van oordeel dat de bvba André Audenaert, en in het bijzonder zijn zaakvoerder, een dermate dominerende invloed uitoefent op de nv Audebo dat de contractuele tekortkomingen die in het kader van de opdracht 'Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - District 214 Aarschot (bestek 1M3D8F/09/29)' in hoofde van Audebo werden vastgesteld ook ernstige twijfels doen rijzen over de professionele bekwaamheid van de bvba André Audenaert.

De ernstige en herhaaldelijke contractuele tekortkomingen die in de bovenvermelde onderhoudsopdracht in het district Aarschot werden vastgesteld, leiden tot gegronde twijfels en onzekerheid omtrent de regelmatige uitvoering van de huidige opdracht indien deze aan de nv Audebo of aan de bvba André Audenaert zou worden toegekend. Beide firma's worden bijgevolg wegens een ernstige fout in de beroepsuitoefening uitgesloten en uit de verdere gunningsprocedure geweerd."

Vervolgens wordt de regelmatigheid van de overige offertes onderzocht. Na prijsonderzoek wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader als laagste regelmatige inschrijver.

3.6. Vervolgens beslist de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer op 18 december 2013 om de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader voor een bedrag van 350.000 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing die de eveneens bestreden uitsluiting van de verzoekende partij omvat.

3.7. In de zaak A. 211.513/XII-7576 vraagt ook de nv Audebo met een verzoekschrift van 30 januari 2014 de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing waarbij zij wordt uitgesloten van deze opdracht en waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv Stadsbader.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij legt ter terechtzitting nieuwe stukken neer. Ze worden uit het debat geweerd aangezien ze bij het verzoekschrift konden worden gevoegd.

V. Tussenkoms

5. De nv Stadsbader blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunten van de partijen

6.1. De verzoekende partij verwijst in haar verzoekschrift en ter terechtzitting wat haar belang betreft in de eerste plaats naar het risico dat de uitsluitingsbeslissing door de verwerende partij en mogelijks ook andere aanbestedende overheden als precedent zou worden gebruikt om haar voor andere overheidsopdrachten uit te sluiten. Voorts benadrukt zij dat de bestreden beslissingen verwijzen naar haar “persoonlijke gedragingen” en dat zij er in ieder geval moreel belang bij heeft dat de opgelegde uitsluitingsmaatregel uit het rechtsverkeer verdwijnt; haar belang situeert zich dus “in de mogelijkheid om naar de toekomst toe op basis van vrije mededinging te kunnen deelnemen aan overheidsopdrachten” en dus raakt het haar ondernemingsbeleid. Ten slotte wijst zij erop dat zij zelf de opdracht wenst uit te voeren.

6.2. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering om twee redenen. In de eerste plaats acht zij de vordering niet ontvankelijk omdat geen middelen worden opgeworpen betreffende de gunning aan de nv Stadsbader. Bijgevolg is de vordering onontvankelijk voor zover gericht tegen de beslissing tot gunning aan de nv Stadsbader, en aldus verliest de verzoekende partij ook haar belang bij de vordering gericht tegen haar uitsluiting.

Voorts acht de verwerende partij de vordering tegen de beslissing tot gunning onontvankelijk omdat de verzoekende partij, zelfs indien zij ten onrechte zou zijn uitgesloten, gelet op haar kortingspercentage dat lager ligt dan die van de gekozen inschrijver en van de ook regelmatig bevonden inschrijver nv Wawebo (-49,85%), geen kans maakt op gunning.

6.3. Ook de tussenkomen partij betwist het belang van de verzoekende partij nu deze daartoe verwijst naar de mogelijkheid om alsnog de opdracht zelf uit te voeren maar in feite in geen enkel geval kans maakt om de opdracht te bekomen nu zij niet de laagste offerte indiende.

Beoordeling

6.4. De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek wijden aan ontvankelijkheidsexcepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het in een kort geding dat de Raad van State deze excepties eerder zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

6.5. In de huidige stand van het geding is aan die voorwaarde voldaan maar enkel in zoverre de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevraagd van de beslissing tot gunning aan de nv Stadsbader.

Zelfs wanneer de tenuitvoerlegging van de in die gunningsbeslissing vervatte uitsluiting van de verzoekende partij immers zou worden geschorst, blijkt niet waarom dit tot schorsing van de beslissing tot

gunning aan de nv Stadsbader zou moeten leiden nu het gaat om een aanbesteding, het kortingspercentage de rangschikking bepaalt en de verzoekende partij minder korting aanbood dan de gekozen inschrijver. De verzoekende partij voert ook niet aan dat de offerte van de gekozen inschrijver onregelmatig is.

6.6. In de huidige stand van het geding blijkt echter niet met de vereiste graad van evidentie dat dit de verzoekende partij ook haar belang ontnemt in de mate dat de vordering tot schorsing gericht is tegen haar uitsluiting.

Te dezen lijkt de verzoekende partij immers evident te worden benadeeld door de beslissing tot uitsluiting gesteund op een ernstige fout in haar beroepsuitoefening, en kan, zoals de verzoekende partij opwerpt, niet worden uitgesloten dat deze beslissing als precedent wordt gebruikt in het kader van andere opdrachten. Zo blijkt zij inderdaad ondertussen reeds te zijn geweerd voor twee nieuwe opdrachten uitgeschreven door de verwerende partij. In die zin lijkt een schorsing een voordeel te kunnen bieden aan de verzoekende partij zelfs wanneer deze niet tot schorsing van de gunning zelf zou leiden, en lijkt zij op dit punt wel belang te hebben bij haar vordering. Hierbij overweegt de Raad van State dat, aangezien de gunningsbeslissing zelf onverkort blijft, de uitsluitingsbeslissing afsplitsbaar is van de gunningsbeslissing.

VII. Samenvoeging

7.1. De verzoekende partij vraagt met een brief van 10 februari 2014 om de voorliggende zaak samen te voegen een andere vordering die zij heeft ingesteld tegen een gelijkaardige beslissing van de verwerende partij (de zaak A. 211.514/XII-7577) en met drie door haar reeds aangekondigde en sindsdien ook daadwerkelijk ingestelde vorderingen (A.211.646/XII-7591, A.211.696/XII-7600, A.211.699/XII-7603).

7.2. In de huidige stand van het geding wordt niet op het verzoek tot samenvoeging ingegaan. Op het eerste gezicht gaat het om verschillende opdrachten en verschillende gunningsprocedures, met een verschillend verloop van de feiten.

VIII. De schorsingsvoorwaarden

8.1. 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.

8.2. Te dezen is evenwel 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’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

IX. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

9. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996, 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, in het bijzonder de materiële en formele motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel evenals de hoorplicht”.

Zij formuleert dit middel als volgt:

“DOORDAT, verzoekende partij op 15.01.2014 een aangetekend schrijven ontvangt vanwege verwerende partij met de melding dat zij voor de opdracht ‘Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - D211 Halle - [1M3D8F/13/14]’ is uitgesloten;

DOORDAT, uit het gunningsverslag blijkt dat verwerende partij voormelde beslissing heeft genomen op grond van artikel 17 § 2, 4° van het ARO-KB 08.01.1996: ‘Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van de aannemers van werken, kan uitgesloten worden van deelneming aan de opdracht in welk stadium van de procedure ook de aannemer (...) die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken.’;

DOORDAT, uit het gunningsverslag verder blijkt dat verwerende partij de vermeende ‘ernstige fout bij de beroepsuitoefening’ steunt op het feit dat verzoekende partij nauwe banden zou vertonen met de nv Audebo zodat de contractuele tekortkomingen die in het kader van de opdracht ‘Onderhoud gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - perceel 4 - district D214 Aarschot [bestek 1M3D8F/09/29]’ in hoofde van Audebo nv door verwerende partij werden vastgesteld ook ernstige twijfels doen rijzen over de professionele bekwaamheid van verzoekende partij;

DOORDAT, verzoekende partij de voorbije maand(en) nog aan andere opdrachten uitgeschreven door verwerende partij heeft deelgenomen en zij voor deze opdrachten niet uitgesloten is geweest;

DOORDAT, verwerende partij aan verzoekende partij nooit heeft meegedeeld dat zij een ‘ernstige fout bij de beroepsuitoefening’ zou hebben

begaan, evenmin heeft zij verzoekende partij ooit ingelicht omtrent het voornemen om haar op basis hiervan uit te sluiten, laat staan dat zij verzoekende partij hierover heeft gehoord;

TERWIJL, eerste onderdeel, verwerende partij nalaat een ernstige fout bij de beroepsuitoefening in hoofde van verzoekende partij aan te tonen, die werd vastgesteld op een grond die zij aannemelijk kan maken;

[...]

ZODAT, de beslissing tot uitsluiting van de verzoekende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt.”

10. De verzoekende partij betwist in dit middel haar uitsluiting en voert daartoe in de eerste plaats de schending aan van het voormelde artikel 17, § 2, eerste lid, 4°. Hierin wordt bepaald dat bij aanneming van werken de aanbestedende overheid de aannemer die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken, kan uitsluiten.

11. De beslissing tot uitsluiting van een kandidaat, genomen met toepassing van dit artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, moet, om formeel en afdoende te zijn gemotiveerd, toelaten te begrijpen om welke redenen de aanbestedende overheid oordeelde, enerzijds, dat een kandidaat of inschrijver een ernstige fout heeft begaan, en anderzijds besliste om daarom gebruik te maken van de mogelijkheid die de aanbestedende overheid heeft om deze kandidaat of inschrijver uit te sluiten. Deze motiveringsplicht is des te meer van belang nu de aanbestedende overheid over een belangrijke discretionaire bevoegdheid beschikt, enerzijds om de feiten waarvan zij kennis heeft te kwalificeren als “ernstige fout”, in de zin van voorvermelde bepaling, en anderzijds om te kiezen een kandidaat of inschrijver uit te sluiten als gevolg van deze fout. Daarnaast legt de vaststelling van het bestaan van een “ernstige fout” aan de aanbestedende overheid een plicht op om een concrete en individuele beoordeling door te voeren van de houding van de kandidaat en deze moet blijken uit de beslissing van uitsluiting.

12. In het eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij enerzijds dat er geen sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening in haren

hoofde en anderzijds dat de vermeende ernstige beroepsfout door de verwerende partij niet werd vastgesteld op gronden die zij aannemelijk maakt.

13. Om aan te tonen dat er geen sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening in haar hoofde, betoogt de verzoekende partij in de eerste plaats dat in het bestek niet wordt omschreven wat de aanbestedende overheid als een “ernstige beroepsfout” zal beschouwen en dat “volgens bepaalde rechtsleer [...] dit gebrek aan omschrijving op zich al [lijkt] te volstaan om te stellen dat de aanbestedende overheid zich niet op een ‘ernstige beroepsfout’ kan beroepen”. De wijze van formulering van deze grief lijkt alleen volgens de verzoekende partij al een reden om te besluiten dat deze niet ontvankelijk is, of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard. Voorts volgens haar wordt ook niet concreet aangetoond dat en welke van de ingeroepen rechtsregels dit vereisen.

14. Vervolgens werpt zij op dat uit het gunningsverslag blijkt dat zij werd uitgesloten omdat zij “nauwe banden” zou vertonen met de nv Audebo, terwijl het haar een raadsel is op welke manier deze “nauwe banden” zouden kunnen worden beschouwd als een ernstige fout in haar beroepsuitoefening. De verwerende partij lijkt volgens de verzoekende partij ervan uit te gaan dat de nv Audebo en de bvba André Audenaert één en dezelfde rechtspersoon/inschrijver zijn zodat een “ernstige fout bij de beroepsuitoefening” vastgesteld in hoofde van de ene ook zou gelden voor de andere. Deze redenering mist, aldus de verzoekende partij, feitelijke en juridische grondslag.

14.1. De redering mist feitelijke grondslag, zo vervolgt zij, omdat beide ondernemingen twee ondergescheiden rechtspersonen zijn met eigen zaakvoerders en bestuurders. Er is enkel een familiale band: André Audenaert, oprichter van de bvba André Audenaert, is de vader van Veerle Audenaert, bestuurder van de nv Audebo. De stelling als zou de verzoekende partij en inzonderheid haar zaakvoerder –bedoeld in het gunningsverslag is André Audenaert die sinds 16 april 2012 geen zaakvoerder meer is– een “dominerende invloed” hebben op de nv Audebo is verkeerd. Uit de daartoe in het gunningsverslag ingeroepen feitelijke elementen kan enkel worden afgeleid dat de verzoekende partij bij de vorige opdracht ‘perceel 4 Aarschot’ van bestek

1M3D8F/09/29 is opgetreden als onderaannemer. Een beroep doen op onderaannemers is een vrijheid waarover elke inschrijver beschikt en voormeld bestek bevatte geen verplichting reeds in de offerte op te geven met welke onderaannemers zou worden gewerkt.

De verzoekende partij vervolgt haar betoog:

“Aangezien de firma Audebo nv zich niet op de draagkracht van een onderaannemer diende te beroepen, heeft zij bij aanvang van de werken aan de verwerende partij laten weten dat de verzoekende partij als onderaannemer zou optreden. De stelling van de verwerende partij al zou zij pas op 23.10.2012 kennis hebben genomen van de tussenkomst van de verzoekende partij bij deze opdracht is dan ook manifest verkeerd. Dit blijkt niet alleen uit het schrijven d.d. 05.12.2011 vanwege de nv Audebo (STUK 8a), maar tevens ook uit het proces-verbaal nr. 2 (3de verlenging) van 09.10.2012 waarin de verwerende partij zelf stelt contact te hebben opgenomen met de heer Audenaert André (STUK 8b).

De ‘nauwe band’ waarover de verwerende partij het heeft, blijkt dan ook enkel en alleen de situatie te zijn waarbij de bvba AUDENAERT A. in het kader van de uitvoering van de opdracht ‘Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - perceel 4 - district 214 Aarschot’ is opgetreden als onderaannemer van de firma Audebo nv. Dit is uiteraard ook de reden waarom de heer André Audenaert werd aangeduid als één van de contactpersonen voor de firma Audebo nv.

Uit niets blijkt dat de verzoekende partij, noch haar zaakvoerder of ex-zaakvoerder, een ‘dominerende invloed’ zouden uitoefenen op de nv Audebo.

Overeenkomstig artikel 78 § 2 ARO-KB 08.01.1996 kan een ‘dominerende invloed’ slechts worden vermoed wanneer een onderneming, rechtstreeks of onrechtstreeks, ten opzichte van een andere onderneming:

- 1) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezit; of
- 2) beschikt over de meerderheid van de stemmen die verbonden zijn aan de door de onderneming uitgegeven aandelen; of
- 3) meer dan de helft van de leden van het bestuur, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming kan aanwijzen.

Geen van bovenstaande vermoedens is vervuld in hoofde van de verzoekende partij, hetgeen overigens ook niet wordt tegensproken door het gunningsverslag.”

14.2. Zelfs mocht zij, zo gaat de verzoekende partij verder, toch een dominerende invloed uitoefenen op de nv Audebo, dan nog mist de bestreden beslissing tot uitsluiting van de verzoekende partij juridische grondslag aangezien het voornoemd artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, vereist dat er een “ernstige fout bij de beroepsuitoefening” wordt aangetoond in hoofde van de verzoekende partij. De vermeende (loutere) verbondenheid tussen de verzoekende partij en de nv Audebo kan alleszins niet als een dergelijke “ernstige fout bij de beroepsuitoefening” worden beschouwd.

“Indien de verwerende partij [...] de verzoekende partij had willen uitsluiten omdat zij ‘nauwe banden’ zou vertonen met de nv Audebo, dan had zij zich eventueel kunnen beroepen op artikel 11 Overheidsopdrachtenwet 24.12.1993. De uitsluiting van zgn. ‘verbonden ondernemingen’ op basis van voormelde bepaling zal evenwel pas mogelijk zijn nadat de aanbestedende overheid een concreet onderzoek heeft doorgevoerd naar een eventuele verstoring van mededinging [...]. In casu zou uit een dergelijk onderzoek zijn gebleken dat de mededinging geenszins is belemmerd geweest door de deelname van verzoekende partij en de nv Audebo aan voorliggende opdracht”.

15. In haar nota benadrukt de verwerende partij dat de Richtlijn 2004/18/EG zelf geen definitie van het begrip ‘ernstige fout’ bevat, zodat het vooral aan de lidstaten is om dit begrip in te vullen, dat de regelgever dit in België niet uitdrukkelijk heeft gedaan zodat het beoordelen van het bestaan van een ‘ernstige fout in de beroepsuitoefening’ behoort tot de vrijheid van de aanbestedende overheid. Er kan niet worden uitgesloten dat de fout van een andere onderneming kan leiden tot het uitsluiten van een inschrijver, bijvoorbeeld wanneer de ene onderneming een bepaalde dominerende invloed heeft op de andere onderneming. De verwerende partij benadrukt vervolgens dat het begrip controle in het Europees Unierecht inzake de gunning van overheidsopdrachten op twee plaatsen wordt gehanteerd, enerzijds als deel van het derde criterium om een publiekrechtelijke instelling te erkennen, en in de tweede plaats in het raam van de Teckal-rechtspraak over zogenaamde “in-house”. Tenslotte antwoordt de verwerende partij in dit kader:

“Artikel 45.2. Richtlijn 2004/18 verbindt de fout bij de beroepsuitoefening aan de ondernemer, die zich inschrijft. Hetzelfde geldt voor de artikelen 17, § 2 KB 8 januari 1996 en 61, § 2 KB 15 juli 2011. Deze bepalingen moeten echter geïnterpreteerd worden in het licht van de doelstellingen van de Europese richtlijnen van toepassing inzake de gunning van een overheidsopdracht. Deze richtlijnen hebben tot doel de gelijke behandeling tussen geïnteresseerde ondernemingen en een faire mededinging te garanderen. [...] Een dergelijke gelijke behandeling of faire mededinging is niet aanwezig, wanneer een onderneming wordt gekozen die niet betrouwbaar is. Het onbetrouwbaar karakter van een onderneming kan niet in alle omstandigheden verbonden zijn met de onderneming die inschrijft. Immers, dit zou kunnen leiden tot omstandigheden waarbij de verantwoordelijken van een onbetrouwbare onderneming andere ondernemingen creëren om toch te kunnen deelnemen aan de gunning van een overheidsopdracht. Dit kan leiden tot een omzeiling van de regelgeving. Op dit vlak moet de link worden gelegd met de rechtspraak van het Hof van Justitie waarbij aan een onderneming de mogelijkheid wordt geboden om in het raam van haar selectie beroep te doen op de kwalificaties van een verbonden onderneming. In dat kader moet een onderneming kunnen aantonen dat zij werkelijk kan beschikken over de middelen van de andere onderneming. Deze redenering lijkt echter ook te kunnen werken in de andere richting. Het feit dat een verbonden onderneming zich in een uitsluitingsgrond bevindt, kan afstralen op de andere onderneming.”

Wat betreft het feit van de “verbondenheid zelf” en “[v]oor zover uw Raad inderdaad aanneemt dat een verbonden onderneming kan worden uitgesloten op grond van een ernstige fout begaan door een andere onderneming in haar beroepsuitoefening” wijst de verwerende partij op de twee daartoe in het gunningsverslag vermelde elementen, op het feit dat deze feiten op zich door de verzoekende partij niet worden betwist en dat, gezien deze niet betwiste feiten, de verwerende partij, als aanbestedende overheid, een ruime bevoegdheid heeft om te oordelen dat deze feiten wijzen op een dominerende invloed:

“Enkel wanneer deze beoordeling kennelijk onredelijk is, kan uw Raad sanctioneren. Dit laatste toont de verzoekende partij niet aan. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij overweegt, leidt de verwerende partij de verbondenheid niet af uit het feit dat de firma Audenaert in onderaanneming werkt ten aanzien van de firma Audebo. Uit een aantal gegevens terug te vinden in de documenten, die deze relatie in huidige zaak tussen beide firma's betreffen, blijkt wel de overheersende invloed. Trouwens het aansturen van een opdracht, zoals in casu gebeurde door de heer Audenaert en wat niet wordt betwist, is iets anders dan een werk uitvoeren in onderaanneming.

Impliciet geeft de verzoekende partij trouwens zelf in haar verzoekschrift bepaalde banden toe met de firma Audebo. In haar verzoekschrift wijst zij op de familiale banden, die er bestaan tussen de zaakvoerders van beide firma's. Dit gegeven wou de verwerende partij nog niet opwerpen in haar beslissing, doch is haar zeker niet onbekend. Dit element versterkte wel de beoordeling van de in de bestreden beslissing aangehaalde feiten dat hier sprake is van een verbondenheid."

Beoordeling

16.1. In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat de verwerende partij in het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, de verzoekende partij uitsluit wegens de "zeer nauwe band" met de nv Audebo, in hoofde waarvan eerder "contractuele tekortkomingen" werden vastgesteld in de uitvoering van de opdracht "Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant – District 214 Aarschot (bestek 1M3D8F/09/29)". De verwerende partij is van oordeel dat omwille van de "dermate dominerende invloed" die de bvba André Audenaert en in het bijzonder "zijn zaakvoerder" uitoefent op de nv Audebo, die contractuele tekortkomingen vastgesteld in hoofde van de nv Audebo, ook ernstige twijfels doen rijzen over de professionele bekwaamheid van de bvba André Audenaert.

Anders dan de verzoekende partij meent lijkt hiermee niet te worden geoordeeld dat de ingeroepen "nauwe verbondendheid" op zich reeds een ernstige fout inhoudt, maar wel dat daardoor de ernstige fouten vastgesteld in hoofde van de nv Audebo doorwerken naar de bvba André Audenaert.

De vraag is of dit standpunt in beginsel juridisch aanvaardbaar is en verenigbaar met het voormelde artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, en of deze bepaling niet vereist dat ernstige fouten door de betrokken inschrijver zelf worden begaan.

16.2. In de huidige stand van het geding lijkt op het eerste gezicht niet te moeten worden uitgesloten dat een aanbestedende overheid zulke doorwerking zou aanvaarden in situaties waarin er tussen inschrijvers een nauwe verbondenheid bestaat. Het bestaan van dergelijke verbondenheid dient *in concreto* door het bestuur te worden onderzocht en vastgesteld. De Raad van State mag zich bij de

toetsing van deze vaststelling niet in de plaats van het bestuur stellen, maar mag desgevraagd nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden.

16.3. De nv Audebo en de bvba André Audenaert lijken onderscheiden rechtspersonen en er zijn, zo lijkt, geen gezamenlijke zaakvoerders/bestuurders. Evenmin wordt aangetoond dat er een daadwerkelijk groepsverband is tussen beide vennootschappen. De familiale relatie tussen André Audenaert en één van de bestuurders van de nv Audebo –waarnaar trouwens in de bestreden beslissing niet wordt verwezen– lijkt niet te volstaan om zonder meer een “dominerende invloed” vast te stellen. Dit lijkt *prima facie* evenmin voldoende te volgen uit het feit dat op de voormelde wachtlijst dezelfde contactpersonen voor beide inschrijvers zouden staan –waaromtrent de verwerende partij trouwens ook geen bewijsstukken aan de Raad van State voorlegt– of uit de brief van 23 oktober 2012 van de nv Audebo. Vervolgens blijkt niet dat door de nv Audebo nog verwezen werd naar optreden van André Audenaert, die sinds 16 april 2012 ook geen zaakvoerder meer is van de bvba André Audenaert.

De door de verwerende partij in het gunningsverslag ingeroepen “dominerende invloed” wordt aldus niet afdoende aangetoond.

17. Op te merken valt overigens dat in de bestreden beslissing nergens het ter terechtzitting vermelde feit dat de verzoekende partij als onderaannemer van de nv Audebo de volledige opdracht heeft uitgevoerd, wordt vermeld. Pas ter terechtzitting werpt de verwerende partij op dat het onderaannemerschap van de verzoekende partij de verbondenheid aantoont. Nu echter niet uit de bestreden beslissing blijkt dat hiermee rekening werd gehouden, dient thans niet te worden onderzocht of en welke invloed dit op de beoordeling zou kunnen hebben.

18. In de mate dat de verzoekende partij in dit kader voorts opwerpt dat de verwerende partij geen ernstige fout bij de beroepsuitoefening in hoofde van de verzoekende partij aantoont, wordt erop gewezen dat deze fout steunde op de doorwerking van de fouten vastgesteld in hoofde van de nv Audebo. Deze

doorwerking –in zoverre al aanvaardbaar– werd, zoals reeds vastgesteld, hier niet afdoende aangetoond door de verwerende partij.

In de mate dat de verwerende partij in de nota, bij de bespreking van de redelijkheid en evenredigheid van de uitsluiting, opwerpt dat uit de motivering en het eerste en tweede proces-verbaal van vaststelling blijkt dat de bvba André Audenaert werd uitgesloten omdat zij zelf ernstige fouten beging, blijkt dit niet, minstens niet voldoende duidelijk, uit het gunningsverslag dat enkel uitdrukkelijk wijst op tekortkomingen in hoofde van de nv Audebo.

19. Aldus blijkt in de huidige stand van het geding, om deze redenen alleen al, niet dat de verzoekende partij op wettige motieven werd uitgesloten en is het eerste onderdeel minstens in deze mate ernstig.

Aangezien deze vaststelling volstaat om de schorsing van de tenuitvoerlegging van die uitsluitingsbeslissing te bevelen, dienen de andere grieven en onderdelen niet te worden onderzocht.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Stadsbader tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 18 december 2013 van het Vlaamse Gewest voor zover ze de bvba André Audenaert voor de opdracht “Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant D211 – Halle” (bestek nr. 1M3D8F/13/14) uitsluit.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

4. 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 25 februari 2014, 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