RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.544 van 25 februari 2014
in de zaak A. 211.512/XII-7575

In zake: de NV AUDEBO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomende partij:

de NV WAWEBO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas Eyskens en Arne Vandaele
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 36
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 d.d. 18.12.2013 uitgaande van het Agentschap Wegen en Verkeer, […] waarbij [de nv Audebo] voor de opdracht 'Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant D214 – Aarschot – 1M3D8F/12/83' wordt uitgesloten;

- de beslissing d.d. 18.12.2013 uitgaande van het Agentschap Wegen en Verkeer, […] waarbij voormelde opdracht wordt gegund aan Wawebo nv voor een bedrag van € 353.000,00 incl. BTW;
- de beslissing d.d. 18.12.2013 uitgaande van het Agentschap Wegen en Verkeer, […] waarbij voormelde opdracht niet aan [de nv Audebo] wordt gegund".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 februari 2014 heeft de nv Wawebo 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 Gitte Laenen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Kris Wauters en Ann-Sophie Vanwinsen, die verschijnen voor de verwerende partij en advocaat Thomas Eyskens, 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 – D214 Aarschot".

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 21 december 2012 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/12/83 van toepassing. Het bestek bepaalt onder "Algemene Informatie" onder meer dat het contract wordt afgesloten 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 de 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 28 februari 2013. Er worden 13 offertes ingediend. De nv Audebo stelt een korting voor van -40,60%, dit is de derde hoogste korting. De nv Wawebo stelt met -11,75% de op vier na laagste korting voor.

3.5. Op 10 december 2013 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin wordt de nv Audebo uitgesloten wegens een ernstige fout in de beroepsuitoefening op grond van 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.

De ernstige en herhaaldelijke contractuele tekortkomingen die in de bovenvermelde onderhoudsopdracht werden vastgesteld, leiden tot gegronde twijfels en onzekerheid omtrent de regelmatige uitvoering van de huidige opdracht indien deze aan de nv Audebo zou worden toegekend. Deze firma wordt 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 Wawebo 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 Wawebo voor een bedrag van 353.000 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing die de eveneens bestreden uitsluiting van de verzoekende partij omvat, alsook de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen.

IV. Tussenkomst

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

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De verwerende partij en de tussenkomende partij betwisten de ontvankelijkheid van de vordering en werpen daartoe een aantal excepties op.

5.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Samenvoeging

6.1. De verzoekende partij vraagt met een brief van 10 februari 2014 om de voorliggende zaak samen te voegen met twee andere vorderingen die zij heeft ingesteld tegen gelijkaardige beslissingen van de verwerende partij (de zaken A. 211.508/XII-7573 en A. 211.513/XII-7576) en met een twee door haar aangekondigde en sindsdien ook effectief bij de Raad van State ingestelde vorderingen (de zaken A. 211.697/XII-7601 en A. 211.698/XII-7602).

6.2. 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.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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.

VIII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

8. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de voornoemde wet van 24 december 1993, 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 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 - D214 Aarschot - 1M3D8F/12/83' 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 de uitvoering van de opdracht 'onderhoud gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - perceel 4 - district D214 Aarschot (bestek 1M3D8F/09/29)' en in het bijzonder de processen-verbaal van vaststelling die door verwerende partij zijn opgesteld ten aanzien van verzoekende partij;
>
> DOORDAT, verwerende partij aan verzoekende partij nooit heeft medegedeeld 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, de processen-verbaal van vaststelling opgesteld in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht ‘onderhoud gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - perceel 4 - district D214 Aarschot (bestek 1M3D8F/09/29)’ niet kunnen worden beschouwd als een ‘ernstige fout bij de beroepsuitoefening, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken’;

TERWIJL, tweede onderdeel, artikel 17 § 2, 4° van het ARO-KB 08.01.1996 een facultatieve uitsluitingsgrond betreft, waarbij de aanbestedend overheid haar beslissing om een inschrijver uit te sluiten van deelname moet steunen op een bijzondere motivering, dat in overeenstemming moet zijn met het redelijkheids-, evenredigheids- en zorgvuldigheidsbeginsel;

TERWIJL, derde onderdeel, de hoorplicht, als onderdeel van het recht van verdediging, de mogelijkheid moet bieden aan een betrokken inschrijver om op nuttige wijze zijn standpunt naar voren te brengen;

ZODAT, de beslissing tot uitsluiting van verzoekende partij de in het middel aangehaalde bepaling schendt en ertoe leidt dat de opdracht ‘Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - D214 Aarschot - 1M3D8F/12/83’ ten onrechte niet aan verzoekende partij werd gegund, als laagst biedende regelmatige inschrijver.”

De bij elk van deze drie onderdelen gegeven toelichting komt aan bod bij de beoordeling.

Beoordeling

9. 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.

De beslissing tot uitsluiting van een kandidaat, genomen in 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 te meer van belang nu de aanbestedende overheid over een belangrijke discretionaire bevoegdheid beschikt, enerzijds om de feiten waarvan hij 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.

Eerste onderdeel

10. In het eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij enerzijds dat er geen sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening en anderzijds dat de vermeende ernstige beroepsfout door de verwerende partij niet werd vastgesteld op gronden die zij aannemelijk maakt.

11.1. Volgens de verzoekende partij kon de verwerende partij aldus "binnen de grenzen van haar discretionaire bevoegdheid" om de volgende redenen geen "ernstige fout bij de beroepsuitoefening" in hoofde van de verzoekende partij vaststellen:

> "1) Het bestek nr. [1M3D8F/12/83] geeft geen omschrijving van een 'ernstige fout bij de beroepsuitoefening';
> 2) De meeste processen-verbaal waarnaar wordt verwezen hebben betrekking op het opleggen van een boete wegens laattijdige uitvoering;
> 3) De vaststellingen in de processen-verbaal hebben nooit aanleiding gegeven tot het opleggen van een ambtshalve maatregel, in tegenstelling zelfs de opdracht werd tot driemaal toe verlengd;
> 4) De verwerende partij heeft naar aanleiding van de uitvoering van de opdracht voor onderhoudswerken in het district Aarschot nooit een klacht ingediend bij de Commissie voor Erkenning van Aannemers."

11.2. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert 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”, lijkt alleen al deze wijze van formulering van deze grief een reden om te besluiten dat hij 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 wordt ook niet concreet aangetoond dat en, zo ja, welke van de ingeroepen rechtsregels dit vereisen.

11.3. Voorts betoogt de verzoekende partij in dit kader dat de processen-verbaal waarnaar de verwerende partij verwijst betrekking hebben op een deel van de opdracht “onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - District 214 Aarschot (bestek 1M3D8F/09/29) 4de dienstjaar”, een opdracht die door de verwerende partij zélf tot driemaal toe werd verlengd.

Dit lijkt echter niet uit te sluiten dat de feiten vastgesteld in deze processen-verbaal door de verwerende partij als een ernstige fout zouden worden beschouwd, alleen al omdat alle processen-verbaal de periode van de derde verlenging lijken te betreffen of de waarborgperiode erna.

11.4. Ook het argument dat de meeste van de 26 processen-verbaal van vaststelling werden genomen op grond van artikel 48, § 2, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, inzake de “boeten wegens laattijdige uitvoering” en dat de niet-tijdige uitvoering van sommige dienstbevelen bovendien het gevolg was van problemen bij de interne werking van de verwerende partij overtuigt niet *prima facie*.

In de eerste plaats worden de ingeroepen problemen bij de interne werking van de verwerende partij niet concreet aangetoond. In de mate dat de verzoekende partij stelt dat het “voor zich spreekt” dat vaststellingen van niet-tijdige uitvoering die soms slechts één dag of enkele dagen betreffen en die zich in het kader van bijna elke overheidsopdracht van aanneming van werken voordoen, niet kunnen worden beschouwd als een grove of ernstige beroepsfout, gaat zij eraan voorbij dat dit hier herhaaldelijk en binnen eenzelfde jaar werd vastgesteld. In die zin blijkt niet dat de verwerende partij de perken van de

redelijkheid te buiten is gegaan door te oordelen dat daardoor het vertrouwen is verdwenen. Het feit dat de niet-tijdige uitvoering van sommige dienstbevelen, nooit heeft geleid tot ernstige gevolgen, zoals de verzoekende partij aanvoert, maakt niet dat die beoordeling in strijd is met het redelijkheidsbeginsel. Voorts werd weliswaar in de meeste processen-verbaal de niet-tijdige uitvoering van dienstbevelen vastgesteld, maar werden ook andere tekortkomingen vastgesteld zoals afval dat nog verwijderd moet worden, het staken van de werken zonder verwittiging, het niet verder werken, het niet in stand houden van signalisatie, het sluikstorten, een gebrekkige uitvoering en het afbreken van takken.

Ook het argument dat de grove feiten die de Raad van State in het arrest nv Carlo Van Steenkiste-Mylle, nr. 185.410 van 15 juli 2008 heeft aangemerkt als een ernstige fout bij de beroepsuitoefening, in de thans voorliggende processen-verbaal tot vaststelling alleszins niet aan de orde zijn, toont niet aan dat de verwerende partij te dezen niet mocht oordelen dat er sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening.

11.5. Vervolgens voert de verzoekende partij aan dat ook het alleenstaand proces-verbaal waarin er sprake zou zijn van sluikstorten, evenmin als een ernstige beroepsfout mag worden beschouwd. Zij reageerde immers onmiddellijk op een aangetekend schrijven van 29 november 2011 van de verwerende partij over een aantal recente vaststellingen van overtredingen met betrekking tot de milieuwetgeving binnen het district Aarschot en vermeldde in haar antwoord van 5 december 2011 dat dit wordt doorgegeven aan haar onderaannemer bvba André Audenaert. Zij stelt vervolgens niets meer van de verwerende partij te hebben vernomen en pas een jaar later, nadat de opdracht reeds driemaal was verlengd, een proces-verbaal te hebben ontvangen.

Er blijkt echter niet onmiddellijk waarom dit tijdsverloop inhoudt dat feiten van sluikstorten vastgesteld in een proces-verbaal van 9 oktober 2012 die zich tijdens de derde verlenging en ná het door de verzoekende partij aangehaalde antwoord voordeden, door de verwerende partij niet meer aangemerkt mochten worden als een fout in de beroepsuitoefening. Het feit dat blijkens dat proces-verbaal aan die feiten niet onmiddellijk een sanctie werd gekoppeld, lijkt dit

evenmin uit te sluiten. Minstens blijkt niet waarom dit niet samen met de andere vaststellingen als ernstige fout mag worden beschouwd.

11.6. In de mate dat de verzoekende partij nog opwerpt dat uit het arrest nv Postelmans-Frederix, nr. 223.341 van 2 mei 2013, blijkt dat de Raad van State de kwalificatie als “een ernstige fout bij de beroepsuitoefening” pas zou aanvaarden wanneer er sprake is van tekortkomingen die formeel zijn vastgesteld in een proces-verbaal én die aanleiding gaven tot het nemen van de ambtshalve maatregel van overeenkomst met een derde voor rekening van de betrokken aannemer, toont de verzoekende partij niet aan dat dit arrest inhoudt dat steeds een ambtshalve maatregel is vereist om te kunnen spreken van een ernstige beroepsfout.

Dat arrest wijst veeleer op het tegendeel nu de ernstige fout wordt gekoppeld aan de vastgestelde nalatigheden. Aldus lijkt die ambtshalve maatregel geen voorwaarde maar eerder het instrument waarin de nalatigheden werden vastgesteld.

Het feit dat haar in het kader van de opdracht bestek 1M3D8F/09/29 nooit een ambtshalve maatregel werd opgelegd, lijkt dan ook niet bepalend.

11.7. De verzoekende partij werpt nog op dat de verwerende partij nooit een klacht heeft ingediend bij de Commissie voor Erkenning van Aannemers.

Zij toont echter niet concreet en *prima facie* aan dat het gebruik van deze mogelijkheid vervat in artikel 20, § 8, van de voormelde Algemene Aannemingsvoorwaarden, bepaling die door het bestek 1M3D8F/09/29 niet werd uitgesloten, een noodzakelijke voorwaarde is voor de toepassing van artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

12.1. Zoals opgemerkt *sub* nr. 10 beoogt de verzoekende partij in een tweede punt van dit eerste onderdeel dat de vermeende ernstige fout bij de beroepsuitoefening door de verwerende partij ook niet wordt vastgesteld op gronden die zij aannemelijk maakt.

De vermeende ernstige fout bij de beroepsuitoefening, zo vervolgt de verzoekende partij, wordt door de verwerende partij immers vastgesteld op basis van processen-verbaal die zij aan de verzoekende partij heeft bezorgd en waarop de verzoekende partij heeft gereageerd door ofwel zonder verwijl haar tekortkomingen te herstellen, ofwel haar verweermiddelen te doen gelden. “Het spreekt voor zich dat dergelijke eenzijdige vaststellingen door de verwerende partij niet kunnen worden gebruikt als grond om een vermeende ernstige fout bij de beroepsuitoefening in hoofde van de verzoekende partij aannemelijk te maken”, aldus de verzoekende partij. Tegelijk werd aldus ten onrechte geoordeeld dat zij, door de afwezigheid van “geldig verweer”, de feiten erkende, terwijl blijkens artikel 20, § 2, van de voormelde Algemene Aannemingsvoorwaarden enkel het stilzwijgen van de aannemer na de termijn van 15 dagen volgend op de postdatum van het toezenden van een proces-verbaal geldt als erkenning van de vastgestelde feiten.

12.2. De verzoekende partij betoogt in wezen dat de verwerende partij door te verwijzen naar “geldig” verweer, erkent dat er “verweer” was en dus niet, zoals vastgesteld in het gunningsverslag, uit de afwezigheid van “geldig” verweer mocht afleiden dat de verzoekende partij de feiten in de meegedeelde 26 processen-verbaal erkent wanneer binnen de in artikel 20, § 2, tweede lid, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voorgeschreven termijn werd gereageerd.

Daargelaten de vraag of elke reactie van de verzoekende partij op deze processen-verbaal wel als “verweer” kan worden beschouwd nu vaak veeleer de feiten lijken te worden erkend of er een uitvoeringsdatum wordt aangekondigd, toont de verzoekende partij in de huidige stand van het geding niet aan dat de verwerende partij slechts kan concluderen tot een ernstige fout bij de beroepsuitoefening wanneer de feiten worden erkend door de betrokken aannemer. Evenmin blijkt te dezen dat zij de processen-verbaal met vaststellingen en de vervolgens opgelegde boetes en sancties voor de bevoegde rechter heeft betwist. In dat licht blijkt dan ook niet dat de verwerende partij de uitsluiting wegens ernstige fout bij de beroepsuitoefening voor de voorliggende opdracht niet afdoende aannemelijk maakt door verwijzing naar deze processen-verbaal.

De grief dat ten onrechte werd vastgesteld dat zij deze feiten door afwezigheid van geldig verweer heeft erkend, lijkt dan ook eerder gericht tegen een overtollig motief.

13. De verzoekende partij toont aldus niet aan dat de voorwaarden om toepassing te kunnen maken van artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 "in casu absoluut niet [zijn] vervuld" en dus evenmin dat de bestreden beslissing tot uitsluiting van de verzoekende partij op basis van voormelde bepaling "geenszins met de nodige zorgvuldigheid [is] voorbereid" of dat die beslissing niet steunt op motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn, zoals in dit onderdeel aangevoerd.

Tweede onderdeel

14.1. In dit onderdeel voert de verzoekende partij aan dat artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 een facultatieve uitsluitingsgrond inhoudt en dat, zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat de verzoekende partij in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht "Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - district 214 Aarschot (bestek 1M3D8F/09/29)" een ernstige fout in haar beroepsuitoefening zou hebben begaan, de beslissing van de verwerende partij om de verzoekende partij voor voorliggende opdracht uit te sluiten alleszins kennelijk onredelijk is.

De verwerende partij motiveert dan immers niet, in elk geval niet afdoende, waarom de vermeende "ernstige fout bij de beroepsuitoefening" ook dient te leiden tot de uitsluiting van de verzoekende partij voor de voorliggende opdracht.

14.2. In de eerste plaats voert de verzoekende partij daartoe aan dat de overweging in de bestreden beslissing "dat de aanbestedende overheid totaal geen vertrouwen meer kan hebben in de uitvoering 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" geenszins voldoet aan de vereiste van een "bijzondere motivering" en dit

des te meer niet, “daar de verzoekende partij ook aan andere overheidsopdrachten voor wegenonderhoud uitgeschreven door de verwerende partij heeft deelgenomen en zij voor deze opdrachten niet uitgesloten werd door de verwerende partij […]. Het is voor de verzoekende partij een absoluut raadsel waarom zij de ene keer wél en de andere keer niet wordt toegelaten om deel te nemen aan een overheidsopdracht van de verwerende partij... Hieruit kan alleszins geen enkele redelijkheid worden afgeleid — het getuigt eerder van een willekeurige houding van de verwerende partij, dewelke uiteraard niet kan worden getolereerd. Bijgevolg voldoet de bestreden beslissing tot uitsluiting van de verzoekende partij niet aan de artikelen 2 en 3 van de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”.

In de mate dat aldus de formelemotiveringsplicht geschonden wordt geacht, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet aantoont hoe de meegedeelde motivering haar niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift.

Het feit dat zij eerder op 5 juli 2013 niet werd uitgesloten voor perceel 1 en perceel 2 van de opdracht “Onderhoud van de kunstwerken in de provincie Vlaams-Brabant” lijkt –nog daargelaten of het gaat om vergelijkbare opdrachten– niet noodzakelijk een latere uitsluiting onredelijk of willekeurig te maken. Dit geldt des te meer nu de bestreden beslissing steunt op 26 processen-verbaal waarvan 11 dateren van na 5 juli 2013. Ten andere merkt de verwerende partij ter terechtzitting op dat de verzoekende partij enkel wordt uitgesloten voor opdrachten inzake onderhoud van wegen en dus niet voor bijvoorbeeld het onderhoud van kunstwerken.

14.3. Voorts voert de verzoekende partij aan dat “het alleszins kennelijk onredelijk en manifest disproportioneel [is] om de verzoekende partij […] tweemaal te bestraffen, te weten een eerste maal tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht (middels een boete) en een tweede maal bij de toegang tot deelname aan nieuwe overheidsopdracht”.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk waarom het feit dat zij voor elk van die feiten reeds tijdens de uitvoering van de voorgaande opdracht zou zijn gesanctioneerd, noodzakelijk inhoudt dat de uitsluiting voor een andere opdracht "kennelijk onredelijk en manifest disproportioneel" is. Anders oordelen lijkt dit artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 trouwens voor een groot deel zinledig te maken.

14.4. Het argument dat de uitsluiting steunt op een vermeende "ernstige fout bij de beroepsuitoefening" die de "de verzoekende partij zou hebben begaan tijdens de uitvoering van één overheidsopdracht" terwijl zij in het verleden reeds verschillende opdrachten heeft uitgevoerd in opdracht van de verwerende partij, houdt evenmin *prima facie* in dat deze uitsluiting, gelet op de fouten in de uitoefening van de overheidsopdracht "Onderhoud van de gewestwegen in de provincie Vlaams-Brabant - District 214 Aarschot (bestek 1M3D8F/09/29)" het ingeroepen redelijkheidsbeginsel zou schenden.

Dit geldt ook voor het argument dat recent nog een gelijkaardige opdracht district 212 Vilvoorde werd uitgevoerd voor de verwerende partij, dat de uitvoering van het perceel district 212 Vilvoorde door de verzoekende partij bovendien ook in dezelfde periode als het perceel district 214 Aarschot werd aangevat en beëindigd, dat bij de uitvoering van het perceel district 212 Vilvoorde slechts één proces-verbaal van vaststelling werd betekend aan de verzoekende partij en dat ook deze opdracht tot driemaal toe werd verlengd door de verwerende partij. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat "Gelet op deze recentelijke probleemloze uitvoering van onderhoudswerken in opdracht van de verwerende partij, de stelling dat de aanbestedende overheid totaal geen vertrouwen meer kan hebben in de verzoekende partij dan ook manifest onredelijk is", toont zij niet aan dat de verwerende partij in die omstandigheden niet zou mogen besluiten tot uitsluiting.

14.5. Ook het tweede onderdeel overtuigt niet.

Derde onderdeel

15.1. In dit onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij, indien zij toepassing had willen maken van artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 de verzoekende partij hieromtrent voorafgaandelijk had moeten horen, minstens de verzoekende partij had moeten inlichten over het voornemen om haar uit te sluiten.

15.2. In de mate dat zij daartoe aanvoert dat de verwerende partij aldus in feite toepassing maakt van een sanctie, waarin onder toepassing van artikel 20, § 8, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden, enkel voorzien is voor opdrachten voor diensten en leveringen, lijkt het niet dat te dezen een beslissing in de zin van dit artikel 20, § 8, is genomen maar wel een beslissing op basis van voormeld artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, dat werken betreft en niet verwijst naar een hoorplicht. De verzoekende partij roept trouwens in het opschrift van het middel zelf ook niet de schending in van dit artikel 20, § 8.

In de mate dat verwezen wordt naar artikel 48 van het nieuwe koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken', dat ook voor werken geldt, volstaat de vaststelling dat dit koninklijk besluit, waarvan de schending evenmin in het middel wordt ingeroepen, niet van toepassing is nu de aankondiging van de opdracht werd bekendgemaakt vóór 1 juli 2013.

Er dient dan ook niet verder te worden ingegaan op het nadere verweer over het toepassingsgebied van deze bepalingen.

15.3. Ten slotte toont de verzoekende partij niet aan dat er hier aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur is voldaan, voor zover zij althans de schending ervan lijkt op te werpen. De voorliggende beslissing inzake niet-selectie op basis van voormeld artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, lijkt, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, geen maatregel die een "sanctie" is.

IX. Besluit

16. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, 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 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**