RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 233.384 van 5 januari 2016
in de zaak A. 217.737/XII-7967

In zake: de NV HEYRMAN-DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9000 Gent
Recollettenlei 9
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Blockeel

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL (W&Z)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 4 december 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

"• De beslissing zonder gekende datum van Verwerende Partij, ter kennis gebracht aan de NV Heyrman-De Roeck met een aangetekend schrijven d.d. 27 november 2015, ontvangen op 23 november 2015, waarbij de NV Heyrman-De Roeck niet werd geselecteerd, inzonderheid in toepassing van artikel 61, §2, van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 van de toegang tot de gunningsprocedure werd uitgesloten; en
• De beslissing zonder gekende datum van Verwerende Partij tot gunning ingevolge open aanbesteding van de opdracht aan een – voor NV Heyrman-De Roeck onbekende – andere inschrijver";

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 december 2015 heeft de nv Krinkels gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 december 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp het "Opruimen van allerlei drijvend en aangespoeld hout en voorwerpen op het watervlak, op de dijktaluds, gecontroleerde overstromingsgebieden, deels in de schorren en aan sluizen, duikers, stuwen, veersteigers en openbare loskaden van op het water – Dijle van monding tot Werchter, Afleidingsdijle, Dijledoortocht, Beneden-Zenne en Demer (District 4)".

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 september 2015 en in het Europees Publicatieblad van 8 september 2015.

De opdracht wordt gegund via een open aanbesteding.

3.2. Op de opdracht is het bestek 16EI/15/27 van toepassing.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 13 oktober 2015 om 9u45. Zes inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv Krinkels. De verzoekende partij dient de laagste offerte in met een inschrijvingsbedrag van 282.100 euro, btw niet inbegrepen. De nv Krinkels dient de tweede laagste offerte in met een inschrijvingsbedrag van 294.145 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Het gunningsverslag van 13 november 2015 stelt in het kader van het onderzoek omtrent het toegangsrecht vast dat de verzoekende partij "niet heeft aangetoond dat hij zich niet in een uitsluitingsituatie bevindt". Bijgevolg wordt beslist de verzoekende partij uit te sluiten.

3.5. Na het regelmatigheidsonderzoek besluit de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Krinkels voor een bedrag van 294.145 euro, btw niet inbegrepen, zulks met een niet-gedateerde beslissing.

3.6. Bij aangetekende brief van 27 november 2015 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de beslissing om haar niet te selecteren. Bij de kennisgevingsbrief wordt een uittreksel uit het gunningsverslag gevoegd houdende de motieven voor deze uitsluiting van de verzoekende partij.

IV. Tussenkomst

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

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij put een enig middel uit de schending van onder meer artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'Plaatsing overheidopdrachten klassieke sectoren' en van de formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'.

Zij acht deze bepalingen geschonden onder meer doordat:

> "verwerende Partij, onder loutere verwijzing naar feiten blijkend uit een uittreksel uit het strafregister waarvoor verzoekende partij op 12 december 2006 werd veroordeeld, oordeelde dat verzoekende partij bij rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast en bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, en aansluitend besliste om verzoekende partij van de toegang tot de gunningsprocedure uit te sluiten; […]
> Terwijl, […] artikel 61, §2 van het Koninklijk Besluit Plaatsing Overheidsopdrachten in een facultatieve uitsluitingsgrond voorziet;
> Terwijl, verwerende partij in 2011 een opdracht met exact hetzelfde voorwerp als de huidige opdracht en met identieke besteksvoorwaarden, op basis van een gelijkluidend uittreksel uit het strafregister, aan verzoekende partij heeft gegund, waarbij verwerende partij in 2011 uitdrukkelijk niet van oordeel was dat de veroordeling c.q. de feiten blijkend uit het uittreksel uit het strafregister tot de uitsluiting van verzoekende partij dienden te leiden;
> Terwijl, indien verwerende partij voormelde gegevens alsnog bij haar beoordeling zou hebben betrokken, dit niet uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt, evenmin als om welke redenen zij dienaangaande thans tot een ander besluit kwam.[…]
> Terwijl, verwerende partij niet bij haar beoordeling heeft betrokken dat de strafrechtelijke veroordeling dateert van 12 december 2006 en de hieraan ten grondslag liggende feiten van 2004;

> Terwijl, dit een relevant en objectief gegeven is dat verwerende partij in haar beoordeling diende te betrekken;[…]
> Terwijl, indien verwerende partij voormelde gegevens alsnog bij haar beoordeling zou hebben betrokken, dit niet uit de motieven van de bestreden beslissing blijkt, evenmin als om welke redenen zij, niettegenstaande dit tijdsverloop, alsnog tot het besluit kwam dat verzoekende partij wel degelijk van de toegang van de gunningsprocedure diende uitgesloten te worden."

Beoordeling

7. Artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: 'koninklijk besluit Plaatsing') luidt:

> "Overeenkomstig artikel 20 van de wet kan in elk stadium van de gunningsprocedure worden uitgesloten van de toegang ertoe, de kandidaat of inschrijver die :
> […]
> 3° bij rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast;
> 4° bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan;
> […]".

In het bestek wordt inzake artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing onder meer bepaald:

> "Art. 61- Uitsluitingsgronden
> §2. De niet-naleving van strafrechtelijk sanctioneerbare milieu- en sociale wetgeving kan worden geacht een misdrijf te zijn dat de professionele integriteit aantast. Van zodra deze wordt vastgelegd in een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest kan deze worden aangewend als uitsluitingsgrond, ongeacht de stand van de procedure. […]".

Overeenkomstig artikel 61, § 4, van het bestek dienen de inschrijvers een uittreksel uit het strafregister bij hun offerte te voegen waaruit blijkt dat de betrokken inschrijver niet is veroordeeld geweest voor een misdrijf dat de professionele integriteit van de inschrijver aantast zoals bedoeld in artikel 61, § 1, en § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Uit het voorgaande volgt dat een veroordeling door een in kracht van gewijsde gegaan rechterlijke uitspraak wegens een milieumisdrijf, tot uitsluiting van een inschrijver “kan” leiden.

8. In de gunningsbeslissing wordt van die bevoegdheid gebruik gemaakt en wordt de verzoekende partij uitgesloten op grond van de volgende motivering:

> “Het ingediende uittreksel uit het strafregister bevat volgende gerechtelijke antecedenten die niet in overeenstemming zijn met de aanbesteding:
> - Afvalstoffen: achterlaten/verwijderen
> - Natuurbehoud (2)
> Gelet op de zeer grote relevantie van de geschonden wetsbepalingen voor de uitvoering van de opdracht, die er juist in bestaat om afval op een correcte manier te verwijderen en af te voeren met het oog op de netheid, veiligheid en natuurlijkheid van het openbaar domein, beslist de aanbestedende overheid dat inschrijver Heyrman - De Roeck nv, conform artikel 61 §2 van het KB van 15 juli 2011, wordt uitgesloten van de gunningsprocedure, aangezien de inschrijver, bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast, en aangezien hij bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan.”

9. Op 12 december 2006 heeft de rechtbank van eerste aanleg te Gent, rechtsprekende in correctionele zaken, de verzoekende partij inderdaad veroordeeld wegens – zoals dit is vermeld in het strafregister – ‘afvalstoffen: achterlaten/verwijderen’ en ‘natuurbehoud’ tot een geldboete van 1.000 euro (x5,5 = 5.500 euro) , waarvan 750 euro met uitstel gedurende drie jaar.

10. In de hiervoor aangehaalde motivering wordt echter niet concreet uiteengezet op welke wijze er actueel twijfel rijst over de integriteit van de verzoekende partij (artikel 61, § 2, 3°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011) en het vertrouwen dat in haar kan worden gesteld voor de goede uitvoering van de betrokken opdrachten (artikel 61, § 2, 4°, van voormeld koninklijk besluit). Het vonnis waarbij de verzoekende partij werd veroordeeld dateert van 12 december 2006 en dus van bijna negen jaar vóór de bestreden beslissing. Door de verwerende partij wordt voorts niet tegengesproken dat zij blijkbaar in 2011 gelijkaardige opdrachten (bestekken 16/EI/11/03 en 16/EI/11/04) als de in het

geding zijnde aan de verzoekende partij heeft gegund niettegenstaande deze eenzelfde uittreksel van het strafregister bij haar inschrijvingen zou hebben gevoegd waarop de voornoemde veroordeling stond vermeld en dat die opdrachten vervolgens probleemloos werden uitgevoerd. Aangezien dit te dezen relevante feitelijke gegevens lijken, had uit de motivering dan ook moeten blijken dat bij de concrete afweging van de facultatieve uitsluitingsgronden hiermee rekening werd gehouden.

In de nota van de verwerende partij worden aanvullende verantwoordingen gegeven maar deze zijn dus *a posteriori* en bijgevolg niet meer dienstig aan te voeren ter ondersteuning van de bestreden beslissing : dat een andere dossierbeheerder te dezen zou zijn opgetreden, dat indertijd enkel zou zijn nagegaan of bij de offerte een uittreksel uit het strafregister zou zijn gevoegd maar dat dit toen niet nader is onderzocht en dat de verzoekende partij noch in haar offerte noch in haar verzoekschrift heeft verwezen naar *'self-cleaning measures'* die zij zou hebben genomen naar aanleiding van de betrokken veroordeling.

De tussenkomende partij werpt tegen dat in wezen toepassing is gemaakt van artikel 61,§ 4, van het bestek, de verzoekende partij deze bepaling niet heeft aangevochten en deze bepaling strenger is dan artikel 61,§ 2, van het voormelde koninklijk besluit Plaatsing, aangezien in artikel 61, § 4, zonder meer het bijvoegen bij de offerte wordt geëist van een uittreksel uit het strafregister waaruit blijkt dat de betrokkene niet is veroordeeld voor een misdrijf bedoeld in artikel 61, § 1 en § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing. In deze stelling, die inhoudt dat de verwerende partij zelfs verplicht was om de verzoekende partij uit te sluiten omdat deze een attest met die welbepaalde inhoud niet voorlegde, wordt de tussenkomende partij niet bijgevallen. De betrokken bepaling lijkt enkel de praktische eis te stellen dat dergelijk document wordt bijgevoegd aan de offerte maar lijkt de beoordeling van de inhoud ervan niet uit te sluiten.

Bijgevolg lijkt in de gegeven omstandigheden de motivering in de bestreden uitsluitingsbeslissing niet afdoende en lijkt aldus de formelemotiveringverplichting geschonden, die de verzoekende partij onder meer afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'. Krachtens die bepalingen

moet de formele motivering immers niet enkel de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen maar moet die motivering ook, zoals te dezen relevant is, afdoende zijn.

De beslissing tot uitsluiting lijkt bijgevolg niet rechtmatig, hetgeen ook de daaropvolgende gunningsbeslissing vitieert.

11. Het middel is in de besproken mate ernstig.

VII. Kosten

12. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijke procesverloop, de kosten, rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Krinkels tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de nv Waterwegen en Zeekanaal, in het kader van het bestek 16EI/15/27, waarbij de nv Heyrman-De Roeck van de toegang tot de gunningsprocedure wordt uitgesloten en de in het geding zijnde opdracht aan de nv Krinkels wordt gegund voor het bedrag van 294.145 euro, btw niet inbegrepen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 januari 2016 door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**