RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.912 van 7 april 2017
in de zaak A. 221.688/XII-8337

In zake: de BVBA AANNEMINGSBEDRIJF NORRE-BEHAEGEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151 B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 maart 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de Administrateur Generaal van de Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest van 30 januari 2017 van met betrekking tot de open aanbesteding in verband met het bundelbestek 1M3D8H/16/33 over een overheidsopdracht voor aanneming van werken X40/D413/22 voor structureel onderhoud van gewestwegen in het district Eeklo (D413), N9 Maldegem, N456 Evergem en N461 Zomergem waarbij de opdracht werd gegund aan Aswebo nv voor een bedrag van € 1.831.996,93 BTWI (€ 1.514.047,05 BTWE) en niet aan bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 maart 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Maeyaert, die *loco* advocaat Frank Judo verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Het Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Oost-Vlaanderen, van het Vlaamse Gewest schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit genaamd “Bundelbestek voor structureel onderhoud van gewestwegen in het district Eeklo (D413): N9 Maldegem, N456 Evergem en N461 Zomergem.

De opdracht wordt gegund bij open aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 oktober 2016.

3.3. Er worden vier offertes ingediend:

nv Belasco	€ 2.506.809,91
bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel	€ 1.822.584,89
nv Aswebo	€ 1.831.996,93
nv Stadsbader	€ 2.033.885,52

3.4. Op 30 januari 2017 beslist de verwerende partij om de verzoekende partij uit te sluiten van deelname aan de opdracht.

De motivering in het gunningsverslag, waar de gunningsbeslissing naar verwijst, luidt als volgt:

> "Op grond van artikel 61, §2, 3° van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om een inschrijver uit te sluiten wanneer deze bij rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast.
> De veroordeling van de heer Nico Norré - bestuurder van de bvba Norré-Behaege en een van de personen die de ingediende offerte in kader van onderhavige overheidsopdracht heeft ondertekend - door het Hof van Beroep van Gent van 3 april 2015 voor onder andere het opzettelijk, in strijd met de wettelijke voorschriften of in strijd met een vergunning afvalstoffen te hebben achtergelaten, beheerd of overgebracht in kader van een openbare aanbesteding, maakt dat de aanbestedende overheid van voorliggende overheidsopdracht ernstige twijfels heeft bij de professionele integriteit van voornoemde inschrijver en de goede uitvoering van de huidige opdracht indien deze aan bvba Norré-Behaegel zou worden toegekend.
>
> Op grond van artikel 61, §2, 4° van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om een inschrijver uit te sluiten wanneer deze bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout begaat.
> In kader van een overheidsopdracht werd door de bvba Norré-Behaegel op een attest van goede uitvoering een handtekening van een ingenieur van het Agentschap voor Wegen en Verkeer vervalst. Hiervoor werd door de bvba Norré-Behaegel op 25 juli 2016 een minnelijke schikking betaald aan het Agentschap voor Wegen en Verkeer.
> Artikel 216bis van het Wetboek van Strafvordering stipuleert dat het aanvaarden van een minnelijke schikking een onweerlegbaar vermoeden van fout uitmaakt. Dergelijke praktijk is duidelijk een ernstige fout bij de beroepsuitoefening."

Vervolgens wordt besloten om de opdracht te gunnen aan de nv Aswebo, als laagste regelmatig inschrijver, voor een bedrag van 1.831.996,93 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Met een aangetekend schrijven van 3 maart 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet werd geselecteerd voor de opdracht.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

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

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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 23 en 24 van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (hierna: de wet van 15 juni 2006), van artikel 20 van de wet van 15 juni 2006, samen met artikel 61, § 2, 3° en 4°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids-, en het materiële motiveringsbeginsel.

De verzoekende partij bespreekt daartoe eerst de volgens haar onterechte uitsluiting met toepassing van artikel 61, § 2, 3°, van het koninklijk besluit Plaatsing, wegens een veroordeling voor handelingen in strijd met het toenmalig Afvalstoffendecreet.

Wat vervolgens de uitsluiting met toepassing van artikel 61, § 2, 4°, van het voormeld koninklijk besluit Plaatsing betreft, voert de verzoekende partij aan dat "de feiten, die weliswaar als een ernstige fout [kan, lees: kunnen] worden beschouwd", echter niet "bij de beroepsuitoefening" zijn begaan.

Bovendien wijst zij erop dat voor deze feiten niet alleen een schadevergoeding aan de verwerende partij is betaald, maar ook een minnelijke schikking. Zij wijst er op dat daarmee weliswaar "een (burgerrechtelijke) fout" werd erkend, doch dat zij, bij gebreke aan strafrechtelijke veroordeling, geacht wordt strafrechtelijk onschuldig te zijn.

Voorts kan de verwerende partij dit element volgens haar niet zomaar als zware fout kwalificeren, maar moet zij motiveren waarom deze fout te dezen "rechtstreeks (individueel) doet vrezen voor een slechte uitvoering". Zij vraagt om het arrest nr. 233.385 van 5 januari 2016 van de Raad van State *mutatis mutandis* toe te passen.

In casu bevat de bestreden beslissing volgens de verzoekende partij geen begin van motivering waarom de kwestieuze feiten, die overigens ook van 2013 dateren, te dezen een impact zouden hebben op de uitvoering van de werken en de verzoekende partij onbetrouwbaar zouden maken. Dit geldt volgens haar des te meer omdat recent een gelijkaardige opdracht wél aan haar werd gegund door de verwerende partij "terwijl men voor die opdracht over dezelfde informatie beschikte", en de verzoekende partij voordat de hier bestreden beslissing is getroffen, heeft "aangegeven dat zij maatregelen heeft genomen om een herhaling van de feiten te vermijden".

Beoordeling

6. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij beslist heeft om de verzoekende partij uit te sluiten van deelname aan de opdracht op grond van twee motieven die elk van aard lijken om de bestreden beslissing te kunnen schragen.

7. Aldus lijkt de verzoekende partij enkel te beschikken over het rechtens vereiste belang bij dit middel indien zij er zou in slagen aan te tonen dat beide motieven onrechtmatig zijn.

8. Artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing waarvan de schending wordt aangevoerd, vermeldt de twee betrokken motieven als volgt:

> "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;"

Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft op het feit dat door de verwerende partij eerst een prijsverantwoording werd gevraagd en pas nadien besloten werd tot uitsluiting van de verzoekende partij, lijkt de verwerende partij er terecht op te wijzen dat zij overeenkomstig artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing gerechtigd is om "in elk stadium van de gunningsprocedure" over te gaan tot uitsluiting van een kandidaat of inschrijver en dat het gegeven dat eerst een prijsverantwoording werd gevraagd, geen afbreuk kan doen aan deze mogelijkheid.

9. Er kan onder meer sprake zijn van een ernstige beroepsfout wegens tekortkomingen in de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht.

10. De aanbestedende overheid beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid, enerzijds, om de feiten waarvan zij kennis heeft te kwalificeren als "ernstige fout", in de zin van de voorvermelde bepaling, en, anderzijds, om te beslissen 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 de verplichting op om een zorgvuldige, concrete en individuele beoordeling door te voeren van de houding van de kandidaat en deze moet blijken uit de beslissing van uitsluiting.

11. Te dezen steunt de verwerende partij deze ernstige fout in de beroepsuitoefening in hoofde van de bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel op de vervalsing van een handtekening van een ingenieur van het Agentschap van

Wegen en Verkeer op een attest van goede uitvoering in het kader van een eerdere overheidsopdracht en de betaling van een minnelijke schikking door de verzoekende partij in dit verband.

Uit de stukken neergelegd door de verzoekende partij en de stukken van het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht dat de procureur des Konings, voor feiten waarvoor de verzoekende partij zelf, evenals één van haar zaakvoerders, naar de correctionele rechtbank was verwezen, met toepassing van artikel 216*bis*, § 2, van het Wetboek van Strafvordering een minnelijke schikking heeft voorgesteld.

Het feit dat de minnelijke schikking is aanvaard en nageleefd. lijkt geen afbreuk te doen aan de mogelijkheid voor de verwerende partij om de betrokken feiten te kwalificeren als ernstige fouten bij de beroepsuitoefening. Hiertoe is immers geen strafrechtelijke veroordeling vereist.

In de nota wijst de verwerende partij er op het eerste gezicht terecht op dat de feiten in het bijzonder betrekking hebben op de vervalsing van de stempel van de Vlaamse Overheid en de handtekening van verschillende ingenieurs van het Agentschap Wegen en Verkeer op verklaringen van goede uitvoering, evenals op een vervalste prijsverantwoording, waarop een eenheidsprijs van een onderneming valselijk werd gewijzigd door de verzoekende partij.

Deze tekortkomingen begaan in het kader van de gunning van eerdere overheidsopdrachten, worden vermeld in een vonnis van de correctionele rechtbank te Brugge van 28 juli 2016 waarin vastgesteld werd dat de beklaagden de voorgestelde minnelijke schikking hebben aanvaard en nageleefd en aldus het verval van de strafvordering werd vastgesteld.

12. Op te merken valt dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift bovendien erkent dat de feiten als ernstige fouten kunnen worden

beschouwd, doch aanvoert dat deze niet “bij de beroepsuitoefening” zouden zijn begaan.

Deze ongeloofwaardige stelling wordt niet bijgevallen. De litigieuze tekortkomingen blijken juist te zijn begaan in het kader van eerdere gunningsprocedures uitgeschreven door de verwerende partij.

Op het eerste gezicht maakt immers ook het indienen van offertes en van prijsverantwoordingen deel uit van de beroepsuitoefening van een aannemer. Het begrip “fout bij de beroepsuitoefening” omvat immers elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer.

Het afleggen van de betrokken valse verklaringen lijkt op zichzelf reeds als een “ernstige fout bij de beroepsuitoefening” gekwalificeerd te kunnen worden.

Het lijdt op het eerste gezicht dan ook geen twijfel dat te dezen de hoger vermelde feiten onrechtmatig zijn en van aard zijn de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer ernstig aan te tasten.

13. Dat de feiten niet tot een gunning zouden hebben geleid, zoals de verzoekende partij aanvoert, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet relevant.

14. Op het eerste gezicht bevat de bestreden beslissing, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, voorts wel degelijk de vereiste *in concreto* beoordeling van het gedrag van de betrokken inschrijver.

Zo wordt wat het hier besproken tweede motief betreft, verwezen naar een concrete tekortkoming in hoofde van de bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel in het kader van een eerdere overheidsopdracht uitgeschreven door de verwerende partij en wordt de aard en ernst van deze tekortkoming uiteengezet, namelijk op een attest van goede

uitvoering een handtekening van een ingenieur van het Agentschap voor Wegen en Verkeer te hebben vervalst.

Door de verwijzing naar de minnelijke schikking in de bestreden beslissing, die op de verzoekende partij zelf betrekking heeft, kon de verzoekende partij niet in het ongewisse zijn over de aard van de tekortkoming. Dat dergelijke tekortkomingen als ernstige fouten kunnen worden beschouwd, wordt door de verzoekende partij voorts, zoals reeds vastgesteld, zelf erkend in haar verzoekschrift.

Op het eerste gezicht lijkt het ook niet uitgesloten dat een aanbestedende overheid in twee beslissingen met betrekking tot een gelijkaardig voorwerp op identieke wijze een beslissing tot uitsluiting motiveert, voor zover deze beslissingen een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken inschrijver inhouden, zoals te dezen het geval lijkt te zijn.

15. In de mate dat de verzoekende partij nog aanvoert dat de bestreden beslissing geen begin van motivering bevat waarom de kwestieuze feiten, die volgens haar van 2013 dateren, te dezen een impact zouden hebben op de uitvoering van de werken en de verzoekende partij onbetrouwbaar zouden maken, valt op te merken dat, wat dit laatste betreft, de feiten voor zich lijken te spreken zodat de vaststelling in het verslag van nazicht "Dergelijke praktijk is duidelijk een ernstige fout bij de beroepsuitoefening" op het eerste gezicht lijkt te volstaan.

16. Ook het argument van de verzoekende partij dat de verwerende partij recent een" gelijkaardige opdracht" aan haar zou hebben gegund, terwijl men voor die opdracht over dezelfde informatie beschikte, lijkt niet te kunnen worden aanvaard.

Nog ongeacht de vraag of de beslissing betreffende een bepaalde opdracht al tot onrechtmatigheid van een bestreden beslissing betreffende een andere opdracht kan leiden, dateert op het eerste gezicht de gunningsbeslissing

omtrent de opdracht “geclusterd structureel onderhoud, open aanbesteding voor aanneming van werken”, met opening van de offertes op 21 november 2016, reeds van 20 december 2016. De verzoekende partij toont niet aan dat zij in het kader van die opdracht aan de verwerende partij diezelfde informatie heeft bezorgd als de informatie die zij aan de verwerende partij in het kader van de voorliggende opdracht pas heeft bezorgd met een aangetekend schrijven van 19 januari 2017, waarin onder meer nadrukkelijk op de minnelijke schikking wordt gewezen. De verzoekende partij toont voorts niet aan dat de informatie met betrekking tot de minnelijke schikking via het strafregister kenbaar zou zijn. Ter terechtzitting zegt zij overigens dat de betrokken schikking niet op het strafregister vermeld wordt.

17. In de mate dat de verzoekende partij de verwerende partij nog verwijt dat zij bij het nemen van haar beslissing geen rekening zou hebben gehouden met de maatregelen die zij heeft genomen om herhaling van de feiten te vermijden, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar schrijven van 19 januari 2017 in geen enkel opzicht lijkt te verwijzen naar concrete maatregelen die de verzoekende partij zou hebben genomen met betrekking tot de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing tot uitsluiting van de verzoekende partij met toepassing van artikel 61, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing zodat de verwerende partij hiermee in de bestreden beslissing hoe dan ook geen rekening lijkt te hebben moeten houden.

18. In de huidige stand van het geding wordt aldus *prima facie* niet aangetoond dat de feiten die aanleiding hebben gegeven tot een minnelijke schikking, waarop in de voorliggende gunningsprocedure de uitsluiting van de verzoekende partij steunt, door de verwerende partij elk op zich niet beschouwd mochten worden als een ernstige fout in de beroepsuitoefening die de uitsluiting voor de voorliggende opdracht rechtvaardigt.

19. Om de redenen hiervoor uiteengezet, lijkt de verzoekende partij gelet op voormelde vaststellingen, bijgevolg geen belang te hebben bij de overige grieven die zij in dit middel aanvoert ten aanzien van het eerste motief voor haar uitsluiting in de bestreden gunningsbeslissing.

20. Aangezien geen van de in het middel aangehaalde grieven ernstig is gebleken, blijkt evenmin dat de opdracht niet zou zijn gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend en dat de artikelen 23 en 24 van de wet zouden zijn geschonden.

21. Het eerste middel is dus niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

22. De verzoekende partij voert in een tweede, ondergeschikt, middel, de schending aan van de artikelen 23 en 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006, van artikel 57, nr. 4-7 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG', van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', en van de"algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids-, en transparantiebeginsel en het materiële motiveringsbeginsel".

Zelfs al zou "*per impossible*" worden geoordeeld dat de bestreden beslissing, wanneer ze aan het "Belgisch positief recht" wordt getoetst, naar recht verantwoord zou zijn, dan is het, sedert 18 april 2016 – het moment waarop deze richtlijn in de Belgische rechtsorde moest zijn omgezet – volgens de verzoekende partij onbetwijfelbaar dat de bestreden beslissing onwettig is nu ze volgens haar in strijd is met deze richtlijn, die directe werking heeft.

Beoordeling

23. De overheidsopdracht voor de uitvoering van werken die in het geding aan de orde is, lijkt op het eerste gezicht niet binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014

‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ te vallen.

De geraamde waarde van de opdracht lijkt immers het bedrag voor de Europese bekendmaking niet te bereiken zodat de bepalingen van de Richtlijn op de voorliggende opdracht niet van toepassing lijken te zijn en de verzoekende partij zich er hoe dan ook niet op lijkt te mogen beroepen.

Dat de geraamde waarde van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking niet bereikt, wordt door de verzoekende partij niet betwist. De opdracht blijkt overigens ook uitsluitend bekendgemaakt te zijn in het Bulletin der Aanbestedingen.

24. Het tweede middel is om die reden dan ook niet ernstig.

VI. Besluit

25. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

26. Het is passend de kosten, de gevorderde en niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 april 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**