

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.537 van 29 januari 2019
in de zaak A. 227.085/XII-8670**

In zake: de NV BAECK & JANSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Johan Geerts en Marc Van Raemdonck
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 166
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE VLAAMS-BRABANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel van Dievoet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 56
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 december 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“1) Beslissing van 13 december 2018 van de deputatie van de provincie Vlaams-Brabant waarbij de overheidsopdracht voor werken ‘Vernieuwen ramen van loodsen 67,68 en 99 en vervanging lichtstraten loods 99 in het PIVO te Asse-Relegem’ wordt gegund aan de nv Radeca [...]
2) De impliciete weigering van de [provincie Vlaams-Brabant] om de opdracht te gunnen aan de [nv Baeck & Jansen].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 januari 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Tim De Ketelaere, die *loco* advocaat Michel van Dievoet verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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. Met een vonnis van 18 september 2018 opent de rechtbank van koophandel te Antwerpen, afdeling Turnhout, de gerechtelijke reorganisatie van de nv Baeck & Jansen, huidige verzoekende partij.

3.2. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor een opdracht van werken voor het “Vernieuwen ramen van loodsen 67, 68 en 99 en vervanging lichtstraten loods 99” in het Provinciaal Instituut voor Vorming en Opleiding te Asse. Er wordt als plaatsingsprocedure gekozen voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 1 oktober 2018.

Het bestek nr. RMT-GEB-CAP-AR-18-03 is van toepassing op de opdracht. Er is slechts één gunningscriterium, de prijs.

3.3. Op 30 oktober 2018 worden de offertes geopend. Er blijken vijf inschrijvers een offerte te hebben ingediend, onder wie de nv Baeck & Jansen en de nv Radeca. De verzoekende partij blijkt met 233.820,39 euro de laagste offerte te hebben ingediend, de nv Radeca is de tweede laagste.

In de offerte van de verzoekende partij wordt geen melding gemaakt van het feit dat zij een gerechtelijke reorganisatie ondergaat. Bij de offerte van de verzoekende partij blijkt integendeel een uitdrukkelijke “verklaring op erewoord” te zijn gevoegd, gedateerd op 30 oktober 2018, ondertekend door de gedelegeerd bestuurder van de verzoekende partij, waarin deze op erewoord verklaart dat de verzoekende partij zich niet in een toestand bevindt die onder een uitsluitingsgrond valt (“zich niet in de toestand bevindt zoals vermeld in de situaties van artikel 66 van het KB van 16 juli 2012”).

3.4. In het kader van het onderzoek van de uitsluitingsgronden gaat de aanbestedende overheid bij de Kruispuntbank van Ondernemingen (hierna: KBO) en via Telemarc na of de verzoekende partij niet in staat van faillissement of van vereffening verkeert of een gerechtelijke reorganisatie ondergaat.

Uit een KBO-attest met referentiedatum 5 november 2018 blijkt dat de verzoekende partij inderdaad sinds 18 september 2018 in een situatie van “Opschorting (gerechtelijke reorganisatie)” verkeert.

3.5. Met een e-mailbericht van 6 november 2018 vraagt de aanbestedende overheid bij de verzoekende partij “een recent en juist attest niet-faling”.

3.6. Met een e-mailbericht van 8 november 2018 bezorgt de verzoekende partij aan de aanbestedende overheid een getuigschrift van de ondernemingsrechtbank te Antwerpen, afdeling Turnhout, gedateerd op 8 november 2018, waarin wordt bevestigd dat er “geen aanvraag [werd] ingediend tot het bekomen van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie”.

3.7. De aanbestedende overheid verkrijgt opnieuw een KBO-attest met referentiedatum 21 december 2018 waaruit blijkt dat de verzoekende partij

sinds 18 september 2018 in een situatie van “Opschorting (gerechtelijke reorganisatie)” verkeert.

3.8. Ondertussen wordt met een vonnis van 11 december 2018 van de ondernemingsrechtbank te Antwerpen, afdeling Turnhout, de verlenging uitgesproken van de procedure van gerechtelijke reorganisatie van de verzoekende partij, met einddatum 18 maart 2019.

3.9. Op 13 december 2018 neemt de deputatie van de provincie Vlaams-Brabant de thans bestreden gunningsbeslissing. Wat het toegangsrecht van de verzoekende partij betreft, luidt die beslissing :

“[...] Attest niet faillissement [...]
Firma Baeck Jansen NV [...] NIET OK
[...]

=> Artikel 69 (2°) Wet Overheidsopdrachten - Facultatieve uitsluitingsgronden bepaalt echter dat: ... de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan deze procedure [kan] uitsluiten, in de volgende gevallen :

wanneer de kandidaat of inschrijver in staat van faillissement of van vereffening verkeert, zijn werkzaamheden heeft gestaakt, een gerechtelijke reorganisatie ondergaat, of aangifte heeft gedaan van zijn faillissement, voor hem een procedure van vereffening of gerechtelijke reorganisatie aanhangig is, of hij in een vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die bestaat in andere nationale reglementeringen; Volgens attest KBO op 26/11/2018 verkeert inschrijver Baeck Jansen NV zich echter sedert 18/09/2018 in de toestand van ‘opschorting’ (= gerechtelijke reorganisatie) en wordt de inschrijver bijgevolg geweerd uit de selectie.

Alle andere inschrijvers beantwoorden aan de gestelde eisen.”

Vervolgens wordt de regelmatigheid van de vier overblijvende offertes onderzocht. Er wordt beslist om niet met de inschrijvers te onderhandelen over de offertes. Er wordt vastgesteld dat de nv Radeca de laagste prijs heeft voorgesteld. Vervolgens wordt beslist om “[d]e inschrijver Baeck Jansen nv [...] niet te selecteren voor de gunning van de opdracht ingevolge artikel 69, 2° van de wet overheidsopdrachten gezien de melding van gerechtelijke reorganisatie” en om de opdracht te gunnen aan de nv Radeca.

3.10. Met een aangetekende brief en een e-mailbericht beide verzonden op 17 december 2018 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van haar niet-selectie.

3.11. Met een aangetekende brief en een e-mailbericht van 19 december 2018 protesteert de raadsman van de verzoekende partij bij de aanbestedende overheid tegen de beslissing tot niet-selectie.

Met een aangetekende brief en een e-mailbericht van 21 december 2018 repliceert de aanbestedende overheid:

“Op data van 05.11.2018, 26.11.2018 en heden 21.[12].2018 heeft het bestuur de Kruispuntbank Ondernemingen (KBO) digitaal geconsulteerd inzake de juridische situatie van onderneming Baeck&Jansen [...] waarbij 3x aangegeven wordt dat de onderneming zich in de toestand ‘opschorting (gerechtelijke reorganisatie)’ bevindt. Tevens werd het staatsblad (25.09.2018) geconsulteerd nogmaals op 19.12.2018 waaruit de staat van gerechtelijke reorganisatie wordt bevestigd.

Deze situatie geeft overduidelijk blijk van de onbetrouwbaarheid van de firma voor het provinciebestuur en stelt vragen over de risico’s op continuïteit bij de uitvoering van de overheidsopdracht. In deze primeert voor het provinciebestuur dan ook de Wet op de Overheidsopdrachten boven de Wet op de Continuïteit van de Ondernemingen.

Tevens oordelen wij dat de kandidaat is tekortgeschoten aan zijn informatieplicht wetende dat een gerechtelijke reorganisatie een facultatieve uitsluitingsgrond is waarop wij ons als aanbestedende overheid kunnen beroepen. Door dit gebrek aan informatie waren wij dan ook niet in de mogelijkheid om te beoordelen of hij toereikende maatregelen heeft genomen die zijn betrouwbaarheid aan tonen en hebben conform artikel 69, 2° van de wet overheidsopdrachten besloten om de kandidaat uit te sluiten.”

3.12. Uit het administratief dossier blijkt dat de aanbestedende overheid de opdracht reeds heeft gesloten met de nv Radeca met een aangetekend schrijven van 17 december 2018.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties inzake belang en nadeel uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou

alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het inwilligen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in het enig middel de schending aan van de artikelen 69, 2°, 73, § 4, 81, §§1 en 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 39 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het transparantiebeginsel en de materiële motiveringsplicht [en] de formele motiveringsplicht besloten in de wet van 9 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

De verzoekende partij ontwikkelt het middel zelf als volgt:

“Doordat, de verwerende partij ‘automatisch’ beslist heeft om verzoekende partij – die zich in de facultatieve uitsluitingsgrond gerechtelijke reorganisatie bevindt – uit te sluiten op grond van artikel 69, 2° Wet overheidsopdrachten [2016];

En doordat, de bestreden beslissing geen spoor bevat van enige concrete beoordeling/ afweging vanwege de aanbestedende overheid m.b.t. de concrete situatie waarin verzoekende partij zich bevindt;

En doordat, de verwerende partij een ‘recent en juist’ attest niet-faling heeft opgevraagd bij verzoekende partij.

Terwijl, de aanbestedende overheid bij de vaststelling van een facultatieve uitsluitingsgrond in de zin van artikel 69 Wet overheidsopdrachten [2016], gezien zij ter zake over een beoordelingsvrijheid beschikt, gehouden is om een voorzichtige en zorgvuldige beoordeling te maken van de concrete situatie waarin de inschrijver zich bevindt en dat zulks veruitwendigd dient te worden in een afdoende motivering, die in rechte en in feite aanvaardbaar is;

En terwijl, artikel 73§4 Wet overheidsopdrachten [2016] en artikel 39 KB Plaatsing [2017] bepalen dat de aanbestedende overheid gehouden is om de attesten die zij rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een gratis toegankelijke nationale databank (zoals Telemarc), zelf op te zoeken. De inschrijvers dienen deze niet bij hun offerte te voegen.

Zodat, de ter hoogte van het middel aangehaalde bepalingen geschonden zijn. Verzoekende partij werd onterecht uitgesloten van deelname aan de overheidsopdracht. De opdracht werd niet gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte in de zin van artikel 81 Wet overheidsopdrachten [2016].”

In de toelichting bij het middel geeft de verzoekende partij een uiteenzetting over de *ratio legis* van de regelgeving inzake de continuïteit van ondernemingen, waarin zij steun zoekt voor haar argumentatie.

Zij betoogt onder meer:

“De [...] overwegingen uit de gunningsbeslissing lijken gestoeld op [de] (foutieve) opvatting dat een facultatieve uitsluitingsgrond aan de aanbestedende overheid zonder meer de keuzemogelijkheid laat om al dan niet uit te sluiten.

Hiervoor werd aangetoond dat deze opvatting onjuist is. Een facultatieve uitsluitingsgrond vereist een zorgvuldige beoordeling van de aanbestedende overheid en voldoende veruitwendigde motieven die de beslissing om wél of niet uit te sluiten kunnen schragen.

Bovendien lijkt verwerende partij er in haar repliek van 21 december 2018 [...] van uit te gaan dat zij de wetgeving overheidsopdrachten kan laten primeren boven de wetgeving inzake de gerechtelijke reorganisatie (nu geregeld in boek XX WER). Ook dit standpunt is onjuist, zoals expliciet blijkt uit het hiervoor geciteerde verslag aan de koning.

Door verzoekende partij onterecht uit te sluiten, werd de opdracht niet gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte (art. 81 Wet overheidsopdrachten).”

Beoordeling

7. Artikel 69, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Tenzij in het geval waarbij de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70, aantoonde toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, kan de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan deze procedure uitsluiten, in de volgende gevallen :

[...]

2° wanneer de kandidaat of inschrijver in staat van faillissement of van vereffening verkeert, zijn werkzaamheden heeft gestaakt, een gerechtelijke reorganisatie ondergaat, of aangifte heeft gedaan van zijn faillissement, voor hem een procedure van vereffening of gerechtelijke reorganisatie aanhangig is, of hij in een vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die bestaat in andere nationale reglementeringen.”

Artikel 73, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Niettegenstaande paragraaf 3 zijn de ondernemers niet verplicht ondersteunende documenten of andere bewijsstukken over te leggen indien en voor zover de aanbestedende overheid de certificaten of de relevante informatie rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een gratis toegankelijke nationale databank in elke lidstaat, zoals een nationaal aanbestedingsregister, een digitaal bedrijfsdossier, een systeem voor digitale documentopslag of een voorselectiesysteem.

Niettegenstaande paragraaf 3 zijn de ondernemers niet verplicht ondersteunende documenten over te leggen wanneer de aanbestedende overheid deze documenten reeds in haar bezit heeft ten gevolge van een opdracht of raamovereenkomst die eerder werd afgesloten. Dit op voorwaarde dat de betrokken ondernemers in hun aanvraag tot deelneming of in hun offerte de procedure identificeren tijdens dewelke zij deze documenten reeds hebben voorgelegd en voor zover de voormelde inlichtingen en documenten nog beantwoorden aan de gestelde vereisten.”

Het door de verzoekende partij eveneens ingeroepen artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft de gunningscriteria en bevat het principe dat de opdracht moet worden gegund aan de inschrijver die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend.

Artikel 39 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“§ 1. Onverminderd artikel 73, §§ 3 en 4, van de wet, vormt het loutere feit van de indiening van de aanvraag tot deelneming of van de offerte, voor de opdrachten waarvan het geraamd bedrag lager is dan de drempels voor de Europese bekendmaking, de impliciete verklaring op erewoord van de kandidaat of van de inschrijver dat hij zich niet bevindt in één van de uitsluitingsgevallen bedoeld in de artikelen 67 tot 69 van de wet. Hetzelfde geldt voor de opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de voormelde drempel en die worden geplaatst bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de in artikel 42, § 1, 1°, b) en d), 2°, 3°, 4°, b), en c), van de wet, bedoelde gevallen.

Wanneer de in het eerste lid bedoelde kandidaat of inschrijver zich in een uitsluitingsgeval bevindt en corrigerende maatregelen doet gelden overeenkomstig artikel 70 van de wet, slaat de impliciete verklaring op erewoord niet op elementen die verband houden met de betreffende uitsluitingsgrond. In dat geval legt hij de schriftelijke beschrijving van de genomen maatregelen voor.

Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, geldt de toepassing van de in het eerste lid bedoelde impliciete verklaring enkel in

zoverre de documenten of certificaten betreffende de uitsluitingsgevallen voor de aanbestedende overheid kosteloos toegankelijk zijn via de in artikel 73, § 4, van de wet bedoelde databanken. Voor de elementen die niet vallen onder de impliciete verklaring moeten de ondersteunende documenten en certificaten waaruit blijkt dat de ondernemer zich niet bevindt in een uitsluitingssituatie vóór de limietdatum en het limietuur voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes worden voorgelegd.

Voor de opdracht waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor de Europese bekendmaking, mag de aanbestedende overheid de kandidaat of inschrijver niet verzoeken het UEA voor te leggen.

§ 2. Wat de selectiecriteria betreft en, in voorkomend geval, de objectieve regels en criteria voor de beperking van het aantal kandidaten, moeten de documenten en certificaten, wat de in paragraaf 1, eerste lid, bedoelde opdrachten betreft, vóór de limietdatum en het limietuur voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes worden voorgelegd.

Deze paragraaf doet geen afbreuk aan artikel 93, tweede lid.”

8. Overeenkomstig het voormelde artikel 69, eerste lid, 2^o, van de wet overheidsopdrachten 2016, vormt het feit dat een inschrijver een gerechtelijke reorganisatie ondergaat een facultatieve uitsluitingsgrond, dat wil zeggen dat de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, de betrokken inschrijver op deze grond van deelname aan de procedure mag maar niet moet uitsluiten.

Deze uitsluitingsgrond werd in de nieuwe wet vrijwel ongewijzigd overgenomen uit het oude artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

In het verslag aan de Koning bij dit besluit wordt omtrent deze bepaling het volgende opgemerkt:

“Voor de in deze bepaling opgesomde gevallen is de aanbestedende overheid dus niet verplicht de kandidaat of inschrijver van deelname aan de opdracht uit te sluiten. Niettemin houdt het beginsel van behoorlijk bestuur in dat een aanbestedende overheid zich niet met dergelijke kandidaten of inschrijvers inlaat. Alleen bij uitzondering, bijvoorbeeld wanneer een onderneming in moeilijkheden over een monopolie beschikt voor de levering van goederen bestemd voor de voltooiing van een installatie, zou de aanbestedende overheid een beslissing kunnen rechtvaardigen waarbij ze de betrokken onderneming toegang verleent tot de opdracht.

[...]

Aangaande de bepalingen onder 1° en 2° die met name de gerechtelijke reorganisatie en elke vergelijkbare situatie beogen, wordt opgemerkt dat de aanbestedende overheid elk geval zorgvuldig dient te onderzoeken teneinde een te strakke toepassing van de bepaling van paragraaf 2 te vermijden, rekening houdend met de bijzonderheden van de wetgeving die van toepassing is op de gerechtelijke reorganisatie, met name op Belgisch niveau.”

Aldus blijkt de toenmalige regelgever toch een behoorlijk strenge toepassing van de betrokken facultatieve uitsluitingsgrond voor ogen te hebben gehad, zonder evenwel te hebben gewild dat de aanbestedende overheden in een te strakke – door de verzoekende partij te dezen aangemerkt als “automatische” – toepassing ervan zouden vervallen.

9. De vraag is echter of er te dezen wel sprake is van een zogezegd “automatische” toepassing, waarbij de uitsluitingsgrond werd toegepast zonder rekening te houden met de bijzonderheden eigen aan het huidig geval.

Te dezen lijkt dat niet het geval. Er dient immers te worden vastgesteld dat de verzoekende partij al sinds 18 september 2018 in een gerechtelijk reorganisatie verkeert, een juridische toestand die door het overheidsopdrachtenrecht uitdrukkelijk en specifiek wordt aangemerkt als een grond die in beginsel op zich volstaat om haar de toegang tot plaatsingsprocedures te ontzeggen.

In de offerte van de verzoekende partij, die op 30 oktober 2018 werd ingediend, wordt echter op geen enkele wijze melding gemaakt van het feit dat zij een gerechtelijke reorganisatie ondergaat. Bij de offerte van de verzoekende partij blijkt integendeel een uitdrukkelijke “verklaring op erewoord” te zijn gevoegd, gedateerd op 30 oktober 2018, ondertekend door haar gedelegeerd bestuurder, waarin deze zonder meer verklaart dat de verzoekende partij zich niet in een toestand bevindt die onder een uitsluitingsgrond valt.

Aldus blijkt bij deze offerte een valse verklaring te zijn gevoegd. De verzoekende partij, die ter terechtzitting die onjuistheid erkent, bevond zich op het ogenblik van het opstellen van die verklaring immers reeds zes weken in een uitsluitingsgrond. Het lijkt absurd om te veronderstellen dat de gedelegeerd

bestuurder van een vennootschap niet op de hoogte zou zijn geweest van de gerechtelijke reorganisatie van zijn onderneming en bij het opstellen van de betrokken verklaring onwetend en geheel te goeder trouw zou hebben gehandeld.

In plaats van de voormelde onjuiste verklaring bij haar offerte te voegen, zou het, zo lijkt het, veeleer een gepaste en zorgvuldige houding van de verzoekende partij zijn geweest om *ab initio* in haar offerte melding te maken van de op haar van toepassing zijnde uitsluitingsgrond en daarbij de regeling te volgen, bepaald in artikel 70, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016:

“Elke kandidaat of inschrijver die in een van de in de artikelen 67 of 69 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als de aanbestedende overheid dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken kandidaat of inschrijver niet uitgesloten van de plaatsingsprocedure.”

Overeenkomstig het hiervoor aangehaalde artikel 39, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dient een inschrijver die zich in een uitsluitingsgeval bevindt en die corrigerende maatregelen doet gelden een schriftelijke beschrijving van de genomen maatregelen bij zijn offerte te voegen. Het initiatief ter zake lijkt dus bij de inschrijver te liggen die al op voorhand weet dat hij onder een uitsluitingsgrond valt. Deze lijkt met andere woorden bij het indienen van zijn offerte geen afwachtende houding te mogen aannemen, maar lijkt proactief de aanbestedende overheid te moeten informeren van die uitsluitingsgrond en daarbij zijn betrouwbaarheid te moeten bewijzen.

Door echter zoals te dezen zonder meer een offerte in te dienen en daarbij niets te vermelden over de gerechtelijke reorganisatie, integendeel ze te verdonkeremanen, en door evenmin van corrigerende maatregelen te gewagen, lijkt de verzoekende partij afbreuk te hebben gedaan aan de plichten die op haar rusten als inschrijver op een overheidsopdracht die in een grond van mogelijke uitsluiting verkeert, minstens een algemene zorgvuldigheidsplicht te hebben miskend.

In dat licht dient het niet als onrechtmatig te worden aangemerkt dat de verwerende partij in de bestreden beslissing de uitsluitingsgrond heeft toegepast op de verzoekende partij en haar de toegang tot de plaatsingsprocedure heeft ontzegd. Het lijkt te dezen niet om de door de verzoekende partij beweerde “automatische” toepassing te gaan van een strenge sanctie op een onwetende of te goeder trouw handelende inschrijver, maar een toepassing die mede is gesteund op de handelwijze die erin bestaat de aanbestedende overheid te misleiden over de betrokken uitsluitingsgrond.

Daarbij dient te worden opgemerkt dat de aanbestedende overheid te dezen de verzoekende partij nog in de gelegenheid blijkt te hebben gesteld om nog een en ander recht te zetten en duidelijkheid te scheppen over de betrokken uitsluitingsgrond. De verzoekende partij heeft deze kans om klaarheid te scheppen echter niet benut en lijkt integendeel een op één of andere manier van de ondernemingsrechtbank verkregen ten onrechte gunstig attest te hebben voorgelegd aan de aanbestedende overheid. Aldus lijkt zij een tweede keer de aanbestedende overheid te hebben willen misleiden en niet de kans te baat te hebben genomen om de regeling inzake corrigerende maatregelen te gebruiken.

Gelet op die handelwijze lijkt het dat de aanbestedende overheid te dezen mocht besluiten om de verzoekende partij de toegang tot de plaatsingsprocedure te ontzeggen.

Hoewel er op haar een uitsluitingsgrond van toepassing blijkt, heeft de verzoekende partij immers, zo lijkt het, verzuimd om overeenkomstig artikel 70 van de wet overheidsopdrachten 2016 alsnog haar betrouwbaarheid te bewijzen aan de aanbestedende overheid. De concrete handelwijze die de verzoekende partij te dezen heeft gevolgd, lijkt zelfs juist het tegendeel te hebben aangetoond.

10. In zoverre de verzoekende partij doet gelden dat de verwerende partij haar niet had mogen contacteren inzake het betrokken attest, kan erop worden gewezen dat artikel 73, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016, dat de verzoekende partij in dit verband aanvoert, uitdrukkelijk enkel geldt “[n]iettegenstaande paragraaf 3”. Die paragraaf bepaalt in zijn eerste lid: “[d]e

aanbestedende overheid kan kandidaten en inschrijvers tijdens de procedure te allen tijde verzoeken de vereiste ondersteunende documenten geheel of gedeeltelijk in te dienen wanneer dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure”. Aldus lijkt deze grief reeds op het eerste gezicht juridische grond te missen en lijkt de aanbestedende overheid wel degelijk over de mogelijkheid te beschikken om de verzoekende partij te contacteren.

11. In zoverre de verzoekende partij nog doet gelden dat de bestreden beslissing de formelemotiveringsplicht miskent, kan er worden vastgesteld dat het normdoel van de formelemotiveringsplicht te dezen lijkt te zijn bereikt, nu de verzoekende partij in het enig middel de grond van haar uitsluiting aan kritiek heeft kunnen onderwerpen. Voor het overige, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, lijkt het niet dat de beslissing tot uitsluiting te dezen nog nader diende te worden gemotiveerd in de bestreden beslissing zelf.

12. Er blijkt *prima facie* niet dat de beslissing om de verzoekende partij uit te sluiten van de plaatsingsprocedure de in het enig middel ingeroepen rechtsnormen miskent.

VII. Besluit

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

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, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 januari 2019, 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