RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 252.478 van 20 december 2021
in de zaak A. 228.807/XII-8784

In zake: 1. de BV DE COCK & PARTNERS
2. de BV VERBRUGGEN
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Vicky Verlent
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Posthofbrug 6 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CV VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR WATERVOORZIENING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 12 augustus 2019, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de cv Vlaamse maatschappij voor watervoorziening van 7 juni 2019 om de bv De Cock & Partners en de bv Verbruggen, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap (thv), niet te selecteren en uit te sluiten van de overheidsopdracht voor het uitvoeren van huishoudelijke aftakkingen in de distributiezone 9, Lage Kempen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2021.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Vicky Verlent, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena heeft een met dit arrest eensluidend advies uitgebracht.

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, de cv Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening met als commerciële benaming ‘De Watergroep’ (hierna: De

Watergroep), heeft destijds de raamovereenkomst 2015 voor de uitvoering van uitbreidingen en grote aanpassingswerken in de provincie Limburg, en de raamovereenkomst 2017 voor de uitvoering van kleine aanpassingswerken, uitbreidingen en huisaftakkingen in de provincie Vlaams-Brabant, sector Noordwest, gegund aan de verzoekende partijen.

3.2. Naar aanleiding van anonieme klachten over wanpraktijken binnen De Watergroep geeft de verwerende partij op 14 november 2018 opdracht aan de bvba i-Force (hierna: i-Force) om een audit uit te voeren.

Op aanraden van i-Force in een tussentijds verslag doet de verwerende partij aangifte van bepaalde praktijken door sommige van haar personeelsleden bij de bevoegde gerechtelijke diensten. Volgens verscheidene persberichten is een strafonderzoek naar de feiten daadwerkelijk opgestart.

3.3. Op 20 maart 2019 stelt i-Force haar eindverslag op. Daarin worden twee groepen van feiten vastgesteld, namelijk "[a]ctiviteiten in strijd met de deontologische codes" en "[g]unstmaatregel ten behoeve van de thv", als volgt:

> "6 Besluit
> In 2 anonieme brieven, gebaseerd op ongeveer dezelfde elementen maar waarin in één brief de betrokken personen bij naam worden genoemd, worden wanpraktijken aangekaart binnen De Watergroep, provincie Limburg.
> i-Force werd door De Watergroep aangesteld om een forensische audit te voeren met als doel een antwoord te formuleren op de volgende vragen:
> 1. Zijn er […] meer dan wenselijk contacten tussen bepaalde medewerkers van de Watergroep en de sleutelfiguren van de thv De Cock & Partners-Verbruggen?
> 2. Welke goedgunstige voordelen heeft de thv genoten?
> Op basis van een gericht open bronnen onderzoek, het uitgaand telefonieverkeer, analyse van facturen en vorderingsstaten en informatieve gesprekken met 8 werknemers van De Watergroep werd ons een beeld gevormd van de mogelijke onregelmatigheden.
> Onze bevindingen zijn gebaseerd op de elementen die wij hebben verkregen van de vier rechtstreeks betrokkenen met name [A],

Diensthoofd Distributie, [B], sectorverantwoordelijke Oost, [C] en [D], beiden toezichters op de sector Zuid-West.

6.1 Activiteiten in strijd met de deontologische codes

Wij stellen vast dat zowel [B], [C] als [D] sinds het aangaan van het contract met de thv vriendschappelijke banden onderhouden met [X], een sleutelfiguur van Decock & Partners. Dit blijkt uit de verschillende 'likes' op facebook en het aanbieden van een functie binnen de thv, waar [C] zelf even op ingaat.

De betrokkenen hebben samen met [X] meerdere activiteiten buiten de werkomgeving:

- Diverse (3 à 4 per jaar) restaurant bezoeken naar aanleiding van werkbezoeken van [X] in een brasserie [V.]
- Diverse andere restaurant bezoeken.
- Bijwonen van 3 voetbalwedstrijden die gepaard gaan met een lunch.
- Privé verjaardagsfeest bij [D]

Uit de verklaringen van de betrokken medewerkers blijkt dat bij deze activiteiten ook vaak de partners van de betrokkenen werden betrokken.

De meest opvallende activiteiten zijn de drie verblijven in een chambre d'hôtes in Luxemburg (Troine), verbonden aan de thv. Deze overnachtingen worden bevestigd door zowel [C] als [D]. Bij het verblijf in juni 2018 (één overnachting) zijn ook de partners van de betrokkenen aanwezig. De verblijven in november 2017 (één overnachting) en november 2018 (twee overnachtingen) worden gecombineerd met het 'tracken' op een Luxemburgs[…] jachtterrein.

[B] liegt tegen [Y] als die op 4 december 2018 expliciete vragen stelt over overnachtingen in Luxemburg. Tijdens de audit erkent [B] wel de overnachting in de chambre d'hôtes in juni 2018 maar blijft hij stellen, ook in aanwezigheid van [Z], dat dit de enige keer was. [B] heeft zelfs in december 2018 aan [C] gevraagd om niets te vertellen over de overnachtingen in Luxemburg.

Voor de volledigheid vermelden wij hier dat [A] op geen enkel moment deelneemt aan deze activiteiten.

In het anoniem schrijven is er ook sprake van 'maandelijkse envelopjes met cashgeld'. Uit de gesprekken blijkt dat dit verhaal leeft onder concurrerende aannemers maar wij treffen in onze audit geen enkel ander element aan [dat] deze aantijging bewijst. De drie betrokkenen ontkennen dit ten stelligste. Niemand van onze gesprekpartners heeft ooit vastgesteld dat er enveloppen werden overhandigd of uit eerste hand vernomen dat dit het geval zou zijn.

Wij besluiten dat de Deontologische code van De Watergroep die bepaalt dat o.a. […] 'geschenken, gunsten en uitnodigingen voor diners, activiteiten en bedrijfsbezoeken alleen onder strikte voorwaarden aanvaard kunnen worden wanneer er voldoende transparantie is (de chef wordt op de hoogte gesteld) en wanneer de waarde van deze aanbiedingen geen enkele gunst of wederdienst kan verplichten', wordt geschonden.

6.2 Gunstmaatregel ten behoeve van de thv

Sinds 1 mei 2015 is de Raamovereenkomst RC1500088 met thv De Cock-Verbruggen voor het uitvoeren van grote uitbreidingen en aanpassingswerken

in de provinciale directie Limburg in voege. In een e-mail van 4 juni 2018 bepaalt [A] dat voortaan het grondverzet, per sector, forfaitair zal berekend worden.
Deze maatregel is zeer gunstig voor de thv […].”

3.4. Na kennisname van het auditverslag neemt de verwerende partij tuchtmaatregelen ten aanzien van vier betrokken personeelsleden.

Bij arrest van de Raad van State van 31 maart 2020, nr. 247.354 wordt het verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een tuchtmaatregel, ingesteld door één van hen, verworpen, terwijl het annulatieberoep nog hangende is. Bij arrest van 6 mei 2021, nr. 250.524 wordt het annulatieberoep, dat een ander personeelslid tegen een tuchtmaatregel heeft ingesteld, verworpen.

3.5. Op 10 mei 2019 bezorgt de verwerende partij een kopie van het auditverslag aan de verzoekende partijen. Zij deelt daarbij haar voornemen mee om de thv De Cock – Verbruggen en de leden ervan voor een periode van drie jaar uit te sluiten van deelname aan de vijf overheidsopdrachten die alsdan in de gunningsfase zijn, met de vraag hun standpunt dienaangaande schriftelijk kenbaar te maken.

3.6. Met een brief van 22 mei 2019 zetten de verzoekende partijen hun verweermiddelen uiteen.

3.7. Op 7 juni 2019 beslist de verwerende partij om de in uitvoering zijnde raamovereenkomsten 2015 en 2017 te verbreken.

3.8. Op dezelfde dag beslist de verwerende partij om de thv De Cock-Verbruggen, evenals de leden van de thv, met ingang van 31 januari 2019 en voor een periode van drie jaar, uit te sluiten van deelname aan toekomstige opdrachten op grond van artikel 69, 3°, *juncto* 151, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), op grond van de volgende overwegingen:

“1) Wat betreft de ongepaste begunstiging ten voordele van personeelsleden van De Watergroep

Uit de audit is gebleken dat een vertegenwoordiger van de thv, [X], ten gunste van diverse personeelsleden van De Watergroep diverse, opeenvolgende activiteiten organiseerde en betaalde:

- Diverse, herhaalde restaurantbezoeken
- Bijwonen van voetbalwedstrijden die gepaard gaan met een lunch
- Deelname aan jachtpartijen in Luxemburg
- Overnachting in een chambre d’hôtes van CCTS (i.e. een vennootschap van [F] - zie verder)

Deze activiteiten werden geschonken aan diverse personeelsleden van De Watergroep alsook vaak aan hun partners, al dan niet in aanwezigheid van [X] zelf.

Er is […] sprake van minstens 7 personeelsleden van De Watergroep die werden uitgenodigd of aangezocht voor tal van activiteiten georganiseerd en betaald door [X].

[Drie] personeelsleden van De Watergroep gingen daadwerkelijk en herhaaldelijk op die uitnodigingen in en namen derhalve in een tijdspanne van minder dan 3 jaar deel aan minstens 18 activiteiten.

Bepaalde personeelsleden van De Watergroep hebben hun deelname aan die activiteiten erkend tijdens de interviews die werden afgenomen in het kader van de audit. In een aantal gevallen hebben personeelsleden hun deelname ontkend maar werd het bewijs van de deelname door de betreffende personeelsleden, al dan niet samen met hun partners, aan die activiteiten gestaafd door verklaringen van andere personeelsleden, en/of door diverse externe bronnen, zoals bv. facebookposts van (de partner van) het betrokken personeelslid.

Ook in het kader van het latere tuchtdossier hebben een aantal personeelsleden hun deelname aan de aangeboden activiteiten bevestigd.

In geen van die gevallen werd de deelname aan de activiteiten, conform de Deontologische Code, aan De Watergroep gemeld. Ook de thv heeft ten aanzien van De Watergroep nooit transparantie aan de dag gelegd over het bestaan van nauwe banden tussen haarzelf en een aantal van de personeelsleden van De Watergroep.

Naast het organiseren van diverse activiteiten heeft [X] ook aan meerdere personeelsleden van De Watergroep aangeboden om voor een vennootschap die banden heeft met de thv te komen werken. Het gaat om de Luxemburgse vennootschap CCTS, een onderneming waarin [F] vennoot en zaakvoerder is (of minstens was). Een van de personeelsleden van De Watergroep is daar ook gedurende enkele maanden op ingegaan, maar keerde nadien naar De Watergroep terug. Gedurende de maanden dat dit personeelslid niet meer voor De Watergroep actief was, trad hij op als projectleider voor de thv via CCTS.

Belangrijk en relevant is dat de 3 personeelsleden die deelnamen aan de 18 activiteiten die door [X] werden georganiseerd en betaald, daadwerkelijk betrokken waren bij de overheidsopdrachten die door de thv werden uitgevoerd. Zij stonden o.a. in voor het controleren van vorderingsstaten en voor het werftoezicht.

De begunstiging door [X] heeft dus wel degelijk betrekking op personeelsleden van De Watergroep die, vanuit hun functie, toezicht op de thv uitoefenen. Die personeelsleden hebben de mogelijkheid gehad rechtstreeks dan wel onrechtstreeks bepaalde handelingen te stellen en/of beslissingen te laten nemen in het voordeel van de thv.
Gelet op de frequentie, de aard en de omvang van de voordelen waarmee de betreffende personeelsleden door [X] werden begunstigd, en gelet op de concrete bevoegdheden en taken van deze personeelsleden in het kader van de overheidsopdrachten die door de thv werden uitgevoerd, is er wel degelijk sprake van ongepaste en buitensporige relaties tussen [X], in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de thv, en de betreffende personeelsleden.
[X] heeft de personeelsleden van De Watergroep begunstigd die een toezichts- en goedkeuringsfunctie hadden m.b.t. de betreffende overheidsopdrachten in ruil voor het bekomen van gunstige beslissingen in het voordeel van de thv waaraan [X] gelinkt is.
Het gegeven dat de begunstiging heeft plaatsgevonden, wordt door de (leden van de) thv niet betwist in het schrijven van 22 mei 2019. De thv betoogt enkel dat de daden van [X] niet aan de thv kunnen worden toegerekend. Zo zou [X] niet optreden als vertegenwoordiger van de thv aangezien hij is tewerkgesteld bij CCTS en dus enkel onrechtstreeks, via CCTS, diensten aan de thv presteert. [X] zou voorts enkel tot 2007 bedrijfsleider geweest zijn van bvba De Cock & Partners.
Welnu, de handelingen van [X] moeten wel degelijk aan de thv worden toegerekend, om volgende redenen:

- [X] is de oprichter van bvba De Cock & Partners, lid van de thv. Tot 2007 was hij officieel zaakvoerder van bvba De Cock & Partners
- De huidige zaakvoerder van bvba De Cock & Partners is [E]. [E] is ook zaakvoerder van de bvba Verbruggen, eveneens lid van de thv, en zoon van [F] (zie hierna);
- De bvba Verbruggen, wordt thans gecontroleerd door Verbruggen-Rycken bvba, opgericht o.a. door [F] en zijn echtgenote, [G];
- [X] gebruikt een mailadres op naam van dcep.be. (De Cock & Partners).

Onderzoek door i-Force bewijst dat er met de betrokken medewerkers van De Watergroep berichten werden gewisseld waarin [x]@dcep.be voorkomt als afzender (to) of geadresseerde (from in cc) en dit ook duidelijk in communicatie met betrekking tot de lopende werven van De Watergroep.

- De thv erkent in de brief van haar raadslieden van 22 mei [2019] uitdrukkelijk dat [X] diensten levert aan de thv via een dienstenovereenkomst met de onderneming CCTS;
- De zaakvoerder, vennoot en oprichter van CCTS is [F], die (weze het onrechtstreeks) aandeelhouder van de bvba Verbruggen en tevens de vader van [E], de zaakvoerder van de bvba De Cock & Partners en de bvba Verbruggen is;

- De overnachtingen waarmee de personeelsleden werden begunstigd vonden plaats in een B&B die eigendom is van CCTS, en dus van [F]. [F] heeft zijn domicilie trouwens op het adres van de B&B.
- Ten slotte heeft [X] ook personeelsleden van De Watergroep afgeworven voor tewerkstelling bij de onderneming CCTS, hetgeen verder aantoont hoe nauw en divers de banden tussen [X], CCTS en de betrokken personeelsleden zijn.

Het gegeven dat [X] geen 'officiële' vertegenwoordiger is van de thv doet dus geen afbreuk aan het feit dat hij wel tewerkgesteld is voor de thv, via CCTS, en handelt in het belang van de thv en/of van personen die, zoals [E] en [F], belangen in de thv en haar deelgenoten hebben.
De handelingen van [X] kunnen dus niet worden losgezien van de thv en van de opdrachten die door de thv worden uitgevoerd voor De Watergroep.
De deelname aan de aangeboden activiteiten werd, in strijd met de Deontologische Code van De Watergroep, door de betrokken deelnemende personeelsleden ook niet aan De Watergroep gemeld. De betreffende facebookposts kunnen niet worden opgevat als een 'transparante melding' van deze voordelen/cadeaus aan de bevoegde hiërarchische overste. Ook het gegeven dat de deelname aan bepaalde activiteiten (vb. lunches bij voetbalwedstrijden) 'openbaar' was of in aanwezigheid van derden, doet geen afbreuk aan de meldingsplicht die wordt voorgeschreven door de Deontologische Code en die in casu werd miskend.
Tenslotte hanteert de thv, bij monde van haar raadslieden, een restrictieve lezing van de gevallen waarin sprake zou zijn van een ernstige beroepsfout. Zo stelt de thv dat er een onomstotelijk bewijs vereist is van de ernstige beroepsfouten, hetgeen zou impliceren dat er concrete gegevens moeten voorliggen over strafrechtelijke vervolging of veroordeling. Er zou volgens de thv in casu geen bewijs voorliggen van de ernstige beroepsfouten.
Welnu, voor het inroepen van de uitsluitingsgrond inzake de ernstige beroepsfouten is door de Raad van State bevestigd dat er geen strafrechtelijke veroordeling of zelfs vervolging vereist is. Om die reden verschilt deze uitsluitingsgrond ook van de verplichte uitsluitingsgrond die betrekking heeft op een in kracht van gewijsde veroordeling voor welbepaalde misdrijven.
Meer nog, de Raad van State bevestigt dat het bewijs van de ernstige fout bij de beroepsuitoefening kan worden vastgesteld met elk middel dat de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken.
Het antwoord gegeven door de thv, bij monde van haar raadslieden in een brief van 22 mei 2019, op de door De Watergroep gedane vaststellingen overtuigt, derhalve, niet. De essentie van die vaststellingen wordt overigens niet betwist of weerlegd. Er blijven voldoende aanwijzingen om te besluiten dat de thv, door de tussenkomst van haar vertegenwoordiger [X], met bepaalde personeelsleden van de Watergroep een globale verhouding heeft ontwikkeld die als onrechtmatig te beschouwen is.

Het voortdurend begunstigen van bepaalde personeelsleden van De Watergroep die een belangrijke taak hebben en belast zijn met een welbepaalde verantwoordelijkheid in het kader van overheidsopdrachten betreft een fout die van die aard is dat ze de professionele integriteit van de thv en de leden van de thv sterk aantast. Het is onvermijdelijk dat niet kan uitgesloten worden dat, of minstens een sterke indruk bestaat dat, de relatie met de betrokken personeelsleden door de thv of haar vertegenwoordigers in stand wordt gehouden in ruil voor het bekomen van onrechtmatige beslissingen of een voordelige behandeling van de thv tijdens de uitvoering van de overheidsopdrachten. Dit heeft tot gevolg dat het vertrouwen van De Watergroep in de thv ernstig geschaad is, waardoor de samenwerking met de leden van de thv en de personen die daarmee verbonden zijn voor lange(re) tijd wordt gehypothekeerd.

2) Betreffende de retroactieve gunstmaatregel die ten gunste van de thv tot stand kwam.

In het kader van raamovereenkomst 49 voor het uitvoeren van grote aanpassingswerken in de provincie Limburg werden onregelmatige afspraken gemaakt door minstens één personeelslid van De Watergroep, [A], met de thv. In het kader van de uitvoering van de werken werd door de thv van een personeelslid een zeer gunstige regeling bekomen inzake de vergoeding van grondverzet. In strijd met hetgeen werd bepaald in het van toepassing zijnde bestek, nl. het bijzonder bestek nr. 104609/1, werd het grondverzet niet vergoed conform post 1.5 van de meetstaat, maar werden forfaitaire prijzen overeengekomen. Bovendien werd de regeling retroactief toegepast.

Op die manier zou door De Watergroep aan de aannemer een totale meerprijs van meer dan 657.000 euro zijn betaald.

[…].”

Derhalve beslist de verwerende partij:

“Overwegende dat De Watergroep deze situatie zeer ernstig neemt omdat zij zeer veel belang hecht aan de integriteit en betrouwbaarheid van de mensen waarmee zij intern en extern werkt;

Overwegende dat de fouten die door de (leden van de) thv zijn begaan in het kader van het raamcontract 49, nl. het begunstigen van bepaalde personeelsleden van De Watergroep en het bewerken van bepaalde personeelsleden van De Watergroep om een gunstmaatregel toe te passen van die aard zijn dat ze de professionele integriteit van de aannemer aantasten;

Overwegende dat, gelet op de ernst van de feiten, De Watergroep van oordeel is dat elk van de feiten die in de audit zijn vastgesteld de verhouding tussen De Watergroep en de thv in het gedrang brengen;

Beslist de raad van bestuur:

- De thv De Cock - Verbruggen evenals de leden van de thv zijnde de bvba De Cock en partners en de bvba Verbruggen uit te sluiten op basis van art. 69, 3° Wet Overheidsopdrachten van 17 juni 2016,

> […] gelet op de ernstige fouten die de leden van de thv in de uitoefening van hun beroep hebben begaan in het kader van de thans lopende raamovereenkomsten, waardoor hun integriteit in twijfel kan worden getrokken. De uitsluiting gaat in op datum van 31.01.2019 zijnde datum waarop een einde werd gesteld aan de inbreuken op de besteksbepalingen."

Tegen deze algemene beslissing tot uitsluiting hebben de verzoekende partijen een annulatieberoep ingesteld. Het betreft de zaak bekend onder nummer A. 228.803/XII-8780. Deze zaak is nog hangende.

3.9. Met vijf afzonderlijke beslissingen van 7 juni 2019 beslist de verwerende partij, in het kader van de lopende gunningsprocedures voor opdrachten waarvoor de verzoekende partijen een offerte hebben ingediend, om hen niet te selecteren op grond van de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 69, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Het gaat om de volgende vijf opdrachten:

- de raamovereenkomst voor het uitvoeren van grote aanpassingswerken voor de distributiezones 7, 8, 9 en 10,
- de raamovereenkomst 2019 voor het uitvoeren van huishoudelijke aftakkingen in de distributiezone 7, Dijle-Hageland,
- de raamovereenkomst 2019 voor het uitvoeren van huishoudelijke aftakkingen in de distributiezone 8, Haspengouw,
- de raamovereenkomst 2019 voor het uitvoeren van huishoudelijke aftakkingen in de distributiezone 9, Lage Kempen, en
- de raamovereenkomst 2019 voor het uitvoeren van huishoudelijke aftakkingen in de distributiezone 10, Kempen en Maasland.

De voormelde beslissing met betrekking tot de vierde opdracht is de bestreden beslissing in de huidige zaak.

Het gunningsverslag vermeldt het volgende:

> "3.1 Uitsluitingsgronden
> […]
> 3.1.2 Voorlopige controle verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden
> […]
> De Watergroep heeft bij beslissing van 07.06.2019 de thv en de leden van de thv, zijnde bvba De Cock & Partners en bvba Verbruggen uitgesloten van deelname aan overheidsopdrachten voor de Watergroep op basis van art. 69, 3° Wet Overheidsopdrachten van 17 juni 2016. Een kopie van die beslissing is als bijlage bij deze beslissing gehecht en wordt geacht er integraal deel van uit te maken.
> Bovendien hebben noch de thv noch de leden ervan, noch het bestaan noch het bewijs van corrigerende maatregelen bijgevoegd aan de kandidatuurstelling. Zij hebben evenmin op enige andere wijze corrigerende maatregelen aangetoond.
> De Watergroep beslist om de thv uit te sluiten van verdere deelname aan de procedure."

De verzoekende partijen hebben tegen de voormelde beslissingen met betrekking tot de overige vier opdrachten eveneens een annulatieberoep ingesteld. Het betreft de zaken bij de Raad van State bekend onder nummers A. 228.804/XII-8781, A. 228.805/XII-8782, A. 228.806/XII-8783 en A. 228.808/XII-8785. In die zaken wordt heden eveneens uitspraak gedaan.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord een aantal excepties op.

Volgens een eerste exceptie is het annulatieberoep niet ontvankelijk omdat het is gericht tegen een louter bevestigende beslissing. De bestreden beslissing vormt in werkelijkheid louter de concrete toepassing van de algemene beslissing tot uitsluiting van de thv De Cock-Verbruggen van deelname aan alle opdrachten van De Watergroep voor een periode van 3 jaar.

In een tweede exceptie betoogt zij dat het werkelijke voorwerp van het annulatieberoep niet de bestreden beslissing is, maar de voornoemde algemene beslissing tot uitsluiting, die reeds het voorwerp vormt van het

annulatieberoep bekend onder nummer A.228.803/XII-8780. De verzoekende partijen voeren geen argumenten aan tegen de bestreden beslissing als dusdanig, maar enkel tegen de algemene beslissing. Zij kunnen dan ook geen enkel bijkomend voordeel verkrijgen bij een vernietiging van de bestreden beslissing, dat niet gelijk te stellen is met het voordeel dat zij zouden verkrijgen bij een vernietiging van de algemene beslissing tot uitsluiting.

In een derde exceptie werpt de verwerende partij een gebrek aan belang op wegens de onregelmatigheid van de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen, aangezien zij slechts één Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) op naam van de thv hebben gevoegd, terwijl voor elk van de deelnemende ondernemers een afzonderlijk UEA moet worden ingediend, zoals ook expliciet was aangegeven in punt 2.1.4 van het bestek. Dit heeft volgens de verwerende partij, met toepassing van de artikelen 46, § 1, en 74, § 1, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing), de substantiële onregelmatigheid van de aanvraag tot deelneming tot gevolg en is niet regulariseerbaar, zodat zij in ieder geval niet in aanmerking zouden zijn gekomen voor deelname aan de opdracht.

Ten overvloede merkt de verwerende partij nog op dat de verzoekende partijen ook niet de laagste inschrijver waren. Aangezien de prijs het enig gunningscriterium was, hadden de verzoekende partijen, zelfs bij gebrek aan onregelmatigheid van de offerte, ook om die reden de opdracht nooit gegund gekregen.

Beoordeling

Eerste en tweede exceptie

5. Het voorwerp van het beroep in de huidige zaak, waarbij de verzoekende partijen niet geselecteerd worden in het kader van een concrete lopende gunningsprocedure, is niet identiek aan het voorwerp van de zaak bekend onder nummer A. 228.803/XII-8780 en waarbij de verzoekende partijen op

algemene wijze worden uitgesloten van toekomstige, door de verwerende partij uit te schrijven, overheidsopdrachten. Beide beslissingen hebben duidelijk een verschillende draagwijdte.

Bovendien blijkt de bestreden beslissing ook het voorwerp te hebben uitgemaakt van een nieuw onderzoek in de mate dat in het selectieverslag niet uitsluitend verwezen wordt naar de algemene beslissing waarvan de motieven geacht worden er integraal deel van uit te maken, doch daarnaast ook wordt vastgesteld dat de thv, noch de leden ervan, het bestaan of het bewijs van corrigerende maatregelen hebben bijgevoegd aan de kandidatuurstelling of op enige andere wijze hebben aangetoond.

Precies omdat de beide beslissingen een verschillende draagwijdte hebben, kan de verwerende partij evenmin worden bijgevallen waar zij stelt dat de verzoekende partijen geen voordeel zouden kunnen verkrijgen bij een vernietiging van de bestreden beslissing, bijkomend aan het voordeel dat zij zouden verkrijgen bij een vernietiging van de algemene beslissing tot uitsluiting. Er valt immers niet uit te sluiten dat een eventuele vernietiging van de algemene uitsluitingsbeslissing de bestreden beslissing tot uitsluiting van de betrokken gunningsprocedure onverlet laat.

6. De eerste en de tweede exceptie worden verworpen.

Derde exceptie

7. Een verwerende partij mag zich in beginsel niet voor het eerst in de procedure voor de Raad van State op de onregelmatigheid van de offerte van een verzoekende partij beroepen als deze niet in de bestreden beslissing werd opgemerkt. Een dergelijke exceptie wordt in dergelijke omstandigheden maar aangenomen wanneer ze voor de Raad van State een onbetwistbaar karakter heeft. Dit is te dezen niet het geval.

Overeenkomstig artikel 46, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing is dit artikel, waarbij de inschrijver wordt verplicht een UEA voor te leggen, slechts van toepassing op de opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempels voor de Europese bekendmaking. De verzoekende partijen betwisten in hun memorie van wederantwoord dat de opdracht de geraamde waarde voor het Europese drempelbedrag bereikt, onder verwijzing naar de opmetingsstaat zoals gevoegd bij het bestek. De verwerende partij toont het tegendeel niet aan.

8. Ook de derde exceptie wordt verworpen.

9. Voor zover de verwerende partij nog "[t]en overvloede" opwerpt dat de verzoekende partijen niet de laagste inschrijver waren en ook om die reden de opdracht nooit aan hen had kunnen worden gegund, wordt in het auditoraatsverslag het volgende gesteld:

> "Of de offerte van de verzoekende partijen, indien zij niet zouden zijn uitgesloten, de laagste regelmatige inschrijver zou zijn geweest, kan op basis van de neergelegde stukken van het administratief dossier met betrekking tot de bestreden beslissing niet worden vastgesteld. Een integrale versie van het gunningsverslag ontbreekt. Het administratief dossier bevat ook geen vermelding van de inschrijvingsbedragen van de overige inschrijvers.
> Het proces-verbaal van opening van de offertes van 25 februari 2019, dat 10 inschrijvers vermeldt, volstaat evenmin. Er valt immers niet uit te sluiten dat bepaalde andere inschrijvers niet werden geselecteerd, dan wel dat offertes van andere inschrijvers substantieel onregelmatig werden bevonden.
> Aangezien niet aangetoond wordt dat de verzoekende partijen niet de laagste inschrijver waren, dient de exceptie te worden verworpen."

De Raad van State valt die zienswijze bij, des te meer nu de verwerende partij in haar laatste memorie de voormelde bevindingen van het auditoraat niet tegenspreekt.

Overigens behouden de verzoekende partijen ook een moreel belang bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing tot uitsluiting van een

overheidsopdracht gesteund op artikel 69, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Ook deze exceptie wordt bijgevolg verworpen.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

10. De verzoekende partijen voeren in een enig middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', van artikel 69, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 en van de formele- en materiëlemotiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

10.1. De verzoekende partijen lichten in de eerste plaats toe dat de bestreden beslissing een gegronde motivering, die de uitsluiting verantwoordt, ontbeert. Daarbij oefenen zij kritiek uit op elk van de twee motieven van de uitsluitingsbeslissing, namelijk "de beweerde bevoordeling van personeelsleden van [de verwerende partij] met het oog op het verkrijgen van onrechtmatige beslissingen" en "het beweerd afdwingen van een forfaitaire gunstige regeling inzake grondverzet".

Wat het eerste motief betreft, stellen zij dat dit motief niet afdoende is en een aantal onjuistheden vertoont. De deontologische code van De Watergroep schrijft voor dat activiteiten zijn toegelaten op voorwaarde dat zij door de personeelsleden van de verwerende partij worden gemeld en hiertegenover geen enkele gunst kan worden gesteld. Zij hebben evenwel nooit eerder kennis gekregen van deze deontologische code, zodat deze niet aan hen tegenstelbaar is en niet kan dienen als juridisch motief voor hun uitsluiting. Bovendien rustte de voorgeschreven meldingsplicht op de personeelsleden van de verwerende partij. Alleszins blijkt uit het auditverslag dat de gelaakte activiteiten niet heimelijk plaatsvonden, maar meerdere ervan wel degelijk zijn gemeld of daaraan de nodige ruchtbaarheid werd gegeven, minstens via sociale media. De verwerende partij laat voorts na aan te tonen en te motiveren welke gunstige of onrechtmatige beslissingen door de drie betrokken personeelsleden van de

verwerende partij werden genomen, en welke doorslaggevende beslissingsbevoegdheid zij daartoe hadden. Het tegendeel blijkt uit hun verklaringen, opgenomen in het auditverslag. Die personeelsleden verklaarden eveneens dat de betrokken activiteiten zouden kaderen in een private context en binnen een vriendschapsband die werd opgebouwd met X, "een dienstverlener van verzoekende partijen".

Wat het tweede motief betreft, betogen de verzoekende partijen dat ook dit motief niet afdoende is en lacunes vertoont. De motivering is gesteund op tegenstrijdige en eenzijdige verklaringen van het betrokken personeelslid van de verwerende partij. Zij benadrukken dat de door hem gemaakte berekeningen van het uitgevoerde grondverzet op grond van de forfaitaire regeling correct waren en dat hij geen enkele binding had met de verzoekende partijen, noch dat deze hem iets zouden hebben beloofd of gegeven. De verwerende partij heeft bovendien onzorgvuldig gehandeld door geen concreet nazicht van de hoeveelheden uitgevoerd grondverzet te verrichten en geen beroep te doen op een onafhankelijk bouwexpert.

10.2. In de tweede plaats betogen de verzoekende partijen dat niet bewezen noch aannemelijk wordt gemaakt dat zij enige beroepsfout hebben begaan "[n]u het feitelijk bestaan van de motieven niet wordt bewezen". Zij stellen dat de rechtspraak en rechtsleer nochtans vereisen dat de door de aanbestedende overheid aangegeven elementen onomstotelijk bewijs dienen te leveren dat de beroepsfout effectief werd gepleegd, en dat vermoedens niet volstaan. De Raad van State oordeelde eerder in dit kader dat de motiveringsplicht werd geschonden doordat de beslissing enkel gesteund was op de verklaring van een medewerker, of dat het feit dat er geen concrete gegevens over strafrechtelijke vervolging of veroordeling voorhanden zijn, bijdraagt tot de conclusie dat de betrokken feiten niet vaststaan.

Te dezen ligt volgens de verzoekende partijen geen enkel concreet element of bewijsstuk voor. De verwerende partij steunt enkel op het

eenzijdig en subjectief onderzoek en verslag van i-Force, die door haar werd aangesteld naar aanleiding van een anonieme klacht, terwijl i-Force zelf benadrukt dat haar rol is beperkt tot het verzamelen, analyseren en rapporteren van de gegevens, en zij zich niet uitspreekt over mogelijke gevolgtrekkingen. De verzamelde gegevens beperken zich tot e-mailverkeer en verklaringen van personeelsleden van de verwerende partij, en dan nog nadat zij "verdacht" werden van beweerd frauduleuze handelingen. Er werd geen volledig en tegensprekelijk onderzoek gevoerd.

De beweerde ongepaste benadering en begunstiging van personeelsleden van De Watergroep wordt volgens de verzoekende partijen niet bewezen, noch aannemelijk gemaakt. Volgens hen is het onderhouden van contacten of zelfs enige vriendschappelijke band op zich niet onrechtmatig en kan dit niet worden aanzien als een beroepsfout, zodat de bestreden beslissing, die hierop wordt gesteund, niet proportioneel is. Er wordt voorts ook geen bewijs geleverd van enige onrechtmatige beslissing genomen in het voordeel van de verzoekende partijen. Hoewel de verwerende partij in de bestreden beslissing vooreerst benadrukt dat de (beweerde) begunstiging geschiedde met het oog op het verkrijgen van onrechtmatige beslissingen in het voordeel van de verzoekende partijen, stelt zij in haar brief van 23 juli 2019 dat het niet relevant, noch doorslaggevend is of zulke gunstige beslissingen ook daadwerkelijk hebben plaatsgevonden en dat het onderhouden van contacten op zich voldoende kan zijn om te besluiten tot een beroepsfout. De fout die de verzoekende partijen verweten wordt, bestaat uit het begunstigen van personeelsleden van de verwerende partij in ruil voor het verkrijgen van gunstige beslissingen. Met deze omschrijving doelt de verwerende partij op het misdrijf omkoping, wat ook verklaart dat een klacht werd neergelegd bij het parket, doch artikel 504*bis* Sw vereist wel dat enig voordeel of wederdienst zou voortvloeien uit de begunstiging. Uit de verklaringen van de betrokken personeelsleden van de verwerende partij blijkt niet dat de verzoekende partijen ooit om enige wederdienst hebben gevraagd, noch dat de betrokken personeelsleden ooit enige wederdienst hebben geleverd.

De verwerende partij bewijst evenmin, volgens de verzoekende partijen, dat zij een gunstige forfaitaire en retroactieve regeling inzake grondverzet zouden hebben afgedwongen. De verzoekende partijen benadrukken daarbij dat deze regeling tot stand kwam in samenspraak tussen de partijen en met het oog op het vergemakkelijken van de opmaak van tussentijdse vorderingsstaten. Bovendien wordt niet aangetoond dat deze forfaitaire regeling "gunstig" was voor de verzoekende partijen, noch dat teveel grondverzet zou zijn betaald.

11. In hun memorie van wederantwoord repliceren de verzoekende partijen vooreerst op de argumentatie in de memorie van antwoord dat zij enkel over een belang bij het middel zouden beschikken indien zij aantonen dat beide motieven waarop de bestreden beslissing steunt, onrechtmatig zijn. Zij betogen dat zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat één van de aan hen ten laste gelegde beroepsfouten toch voldoende werd aangetoond en de beslissing dienaangaande afdoende werd gemotiveerd, zij alsnog een belang hebben bij de door hen aangevoerde schending van het redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel, en aldus belang bij het middel.

Ten gronde blijven zij erbij dat de beroepsfouten niet werden aangetoond, noch aannemelijk gemaakt. De stelling van de verwerende partij dat zij geen onomstotelijk bewijs van deze beroepsfouten zou dienen te leveren, is onjuist. Een discretionaire beoordelingsruimte betekent niet dat de aanbestedende overheid willekeurig mag handelen. Te dezen steunt de verwerende partij zich louter en alleen op een door haar ontvangen anonieme klacht op grond waarvan zij een eenzijdig en subjectief onderzoek liet uitvoeren door een door haar aangesteld onderzoeksbureau. Bovendien stroken de motieven niet met de feitelijke gegevens zoals deze blijken uit het (eenzijdig en subjectief) onderzoek gevoerd op aansturen van de verwerende partij. Het "passend" karakter van het bewijsmiddel dient volgens de verzoekende partijen begrepen te worden in de zin dat hiermee wordt "aangetoond" (lees: bewezen) dat de beroepsfout "effectief" werd gepleegd. Zij benadrukken nogmaals dat het door i-Force gevoerde

onderzoek geenszins objectief is, niet tegensprekelijk werd gevoerd en grotendeels werd gestoeld op verklaringen van personeelsleden van de verwerende partij. Op grond van dit onderzoek kon volgens hen geen enkele onrechtmatige beslissing in het voordeel van de verzoekende partijen worden aangetoond, noch blijkt dat de verzoekende partijen enig onrechtmatig voordeel zouden hebben genoten. Waar de verwerende partij betoogt dat zij de kern van de feiten niet zouden hebben betwist, antwoorden de verzoekende partijen dat zij inderdaad niet betwisten dat activiteiten zijn georganiseerd door X, noch dat er op een gegeven ogenblik een forfaitaire regeling inzake grondverzet in de provincie Limburg werd uitgewerkt door de verwerende partij. De kern van de zaak bestaat er volgens hen in dat deze activiteiten volgens de verwerende partij ongepast zijn en georganiseerd zijn met het oog op het verkrijgen van enige onrechtmatige beslissing in hun voordeel, dat de verzoekende partijen de forfaitaire regeling zouden hebben afgedwongen en dat deze ertoe zou hebben geleid dat een bepaald bedrag aan grondverzet teveel werd betaald. Deze elementen die de kern van de beweerde beroepsfouten vormen, hebben de verzoekende partijen steeds in alle toonaarden ontkend.

Waar de verwerende partij in haar memorie van antwoord stelt dat het normdoel van de formelemotiveringsplicht is bereikt nu de verzoekende partijen zich met kennis van zaken kunnen verweren en zij ook de schending van de materiëlemotiveringsplicht aanvoeren, gaat de verwerende partij volgens hen voorbij aan het feit dat de motivering in de bestreden beslissing tal van onjuistheden en tegenstrijdigheden vertoont. Zij wijzen erop dat overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State een kennelijke tegenspraak in de motieven gelijkstaat met een gemis van motivering en er evenmin sprake is van een afdoende motivering wanneer er een ernstige reden is om te twijfelen aan de feitelijke correctheid van de motivering.

Ook de materiëlemotiveringsplicht is volgens de verzoekende partijen geschonden. Wat het eerste motief betreft, wijzen de verzoekende partijen erop dat de bestreden beslissing het belang van de bevoegdheden en de

functie van de betrokken personeelsleden benadrukt om de indruk te wekken dat zij begunstigd werden in ruil voor onrechtmatige beslissingen, terwijl de verwerende partij thans in haar memorie van antwoord stelt dat het volstaat dat deze personeelsleden betrokken waren bij de overheidsopdrachten. Nog steeds laat de verwerende partij na enig concreet of werkelijk feit aan te tonen waaruit zou moeten blijken dat de drie door haar opgesomde personeelsleden enige gunstige of onrechtmatige beslissing zouden hebben genomen ten voordele van de verzoekende partijen. Zij herhalen dat een loutere schijn van mogelijke begunstiging niet voldoende is om te besluiten tot een ernstige beroepsfout, minstens niet tot de straf van drie jaar uitsluiting.

Wat het tweede motief betreft, betwisten de verzoekende partijen nog uitvoerig de argumenten van de verwerende partij aangaande de regularisatie van het grondverzet aan de hand van de beschikbare attesten bij opmaak van de eindstaat, aangaande het beweerd gunstig karakter van de forfaitaire regeling, en aangaande de financiële impact ervan.

Ten slotte betogen de verzoekende partijen dat ook het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel werden geschonden. De bestreden beslissing steunt niet op werkelijk bestaande en concrete feiten en de beweerde beroepsfouten werden niet aangetoond. De bestreden beslissing werd niet met de nodige zorgvuldigheid opgesteld, aangezien ze is doorspekt met onjuistheden en tegenstrijdigheden, niet alleen in de motivering, doch ook met en in het onderliggende verslag van i-Force.

12. In de laatste memorie blijven de verzoekende partijen in de eerste plaats erbij dat het verslag van i-Force onvoldoende is om te kunnen besluiten tot beroepsfouten in hoofde van de verzoekende partijen. Zij herhalen dat de overheid deze fout moet aantonen, wat bewijzen betekent, minstens dat zij een geloofwaardig begin van bewijs moet voorleggen. Zij betwisten dat het verslag en het onderzoek van i-Force gekwalificeerd kunnen worden als een dergelijk geloofwaardig begin van bewijs of dat ze een “passend middel” zouden

uitmaken in de zin van artikel 69, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016. Zij betwisten ook dat het gedrag van de verzoekende partijen *in concreto* en individueel zou zijn beoordeeld. De verzoekende partijen benadrukken in dat laatste verband nog het volgende. De beide beweerde beroepsfouten zouden zijn begaan in het kader van de raamovereenkomst die enkel en alleen betrekking had op de provincie Limburg. De betrokken werknemers zijn allen werkzaam in de provincie Limburg en de beweerd gunstige forfaitaire regeling werd enkel daar toegepast. De vereisten van een concrete en individuele beoordeling laten niet toe om de beweerde beroepsfouten die enkel betrekking hebben op één specifieke opdracht, te veralgemenen en te stellen dat deze de gehele professionele geloofwaardigheid van de verzoekende partijen aantasten. Voorts staan de eerste en de tweede beweerde beroepsfout volledig los van elkaar, zodat de beweerd onrechtmatig verkregen voordelen in het kader van de tweede fout niet kunnen worden gekoppeld aan de eerste fout. De verzoekende partijen benadrukken ook dat X geen zaakvoerder, bestuurder of zelfs werknemer is bij de verzoekende partijen en op het moment van de feiten werkzaam was bij een Luxemburgse vennootschap van F, vader van de zaakvoerders van de leden van de thv, en dat hij geen constante of actieve rol speelde in de uitvoering van de raamovereenkomsten. Zijn acties kunnen bijgevolg niet zonder meer worden toegerekend aan de verzoekende partijen. De zaakvoerders van de verzoekende partijen waren niet betrokken bij de beweerde ongepaste begunstiging. E, zaakvoerder van de bv De Cock & Partners, had geen weet van de activiteiten die werden georganiseerd door X; zijn naam wordt ook niet genoemd in het verslag. De verzoekende partijen benadrukken dat het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 13 december 2012 inzake 'Forposta' niet wegneemt dat de bedoelde uitsluitingsgrond niet automatisch mag worden toegepast maar voor elke overheidsopdracht individueel getoetst dient te worden. Conform de motiveringsverplichting moet die toetsing blijken uit de beslissing van uitsluiting. Te dezen, zo blijven zij erbij, is de motivering evenwel tegenstrijdig en bevat ze geen afdoende en concrete uiteenzetting over de wijze waarop er actueel twijfel rijst over de integriteit van de verzoekende partijen en het vertrouwen dat in hen kan worden gesteld.

Wat voorts de draagkracht van het eerste motief betreft, herhalen de verzoekende partijen dat zij het kras vinden dat het louter onderhouden van vriendschapsbanden en het organiseren van allerhande activiteiten, die kaderen binnen deze vriendschapsband, te beschouwen zijn als een ernstige beroepsfout, te meer nu niet wordt aangetoond dat die activiteiten plaatsvonden met het oogmerk bepaalde onrechtmatige voordelen te verwerven. Wat de draagkracht van het tweede motief betreft, herhalen zij hun eerder standpunt en merken zij nog op dat het gebruikelijk is dat tussentijdse vorderingsstaten in een later stadium kunnen worden gecorrigeerd, dat er tegenstrijdige verklaringen zijn over wie nu de forfaitaire regeling heeft opgesteld, en dat de herrekening van ton naar m^3 los staat van de berekening van de forfaitaire regeling die thans ter discussie staat. Zij betwisten alleszins dat één of andere persoon binnen de verwerende partij niet zou zijn ingelicht omtrent de forfaitaire regeling en stellen dat uit geen enkel stuk blijkt dat zij zouden hebben aangedrongen op een regeling die afwijkt van de opdrachtdocumenten, of enige druk zouden hebben uitgeoefend.

Ten slotte benadrukken de verzoekende partijen dat het loutere feit dat de betrokken personeelsleden in een niet-werkgerelateerde omgeving samen met X activiteiten bijwonen en op vriendschappelijke wijze omgaan met elkaar, niet impliceert dat de integriteit van de verzoekende partijen is aangetast. Ook kunnen de beweerde beroepsfouten begaan in het kader van de ene opdracht niet zomaar getransponeerd worden naar andere opdrachten. Door alsnog, zonder nadere concrete motivering, over te gaan tot uitsluiting van de verzoekende partijen in het kader van een opdracht die geen of weinig betrekking heeft op de provincie Limburg, schendt de verwerende partij zowel het redelijkheids- als het proportionaliteitsbeginsel.

Beoordeling

A. Rechtsgrond

13. Artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

> "Tenzij in het geval waarbij de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70, aantoont 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:
> […]
> 3° wanneer de aanbestedende overheid kan aantonen, met elk passend middel, dat de kandidaat of inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;
> […]."

Overeenkomstig artikel 151 van de wet overheidsopdrachten 2016, dient met deze regels en criteria voor de uitsluiting van kandidaten of inschrijvers en aangaande eventuele corrigerende maatregelen, die van toepassing zijn op de overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, ook rekening te worden gehouden in het kader van de overheidsopdrachten in de speciale sectoren, zoals te dezen het geval is.

Er wordt niet betwist dat deze bepalingen rechtsgrond bieden aan de bestreden beslissing.

B. Formelemotiveringsplicht

14. De verzoekende partijen tonen niet concreet aan hoe de opgegeven motivering hen niet in staat zou hebben gesteld terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te weren met de middelen die het recht hen ter beschikking stelt. Overigens doen zij een omstandige inhoudelijke kritiek gelden op de motieven van hun uitsluiting en geven zij er aldus blijk van dat zij die naar behoren kenden.

Aldus blijkt te zijn voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan het normdoel ervan.

15. Blijkens hun laatste memorie voeren de verzoekende partijen de schending van de formelemotiveringsplicht niet aan in de zin dat de motieven hen niet gekend zouden zijn. Wel voeren zij aan dat de motivering tegenstrijdigheden vertoont zodat dient te worden besloten tot een niet afdoende motivering van de bestreden beslissing. Zij herhalen dat de verwerende partij niet concreet uiteenzet op welke wijze er twijfel rijst over hun integriteit en het vertrouwen dat in hen kan worden gesteld, en verwijzen daarbij naar hun uiteenzetting onder de materiëlemotiveringsplicht.

In die mate valt het middel samen met de aangevoerde schending van de materiëlemotiveringsplicht, die hierna wordt onderzocht.

16. Het middel geput uit de formelemotiveringsplicht is, voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

C. Artikel 69, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016, de materiëlemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel

17. De verzoekende partijen voeren in essentie aan dat de bestreden beslissing geen draagkrachtige motivering bevat die een uitsluiting overeenkomstig artikel 69, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 verantwoordt, en dat de beweerde beroepsfouten niet bewezen, noch aannemelijk worden gemaakt. Voorts voeren zij aan dat de bestreden beslissing niet met de nodige zorgvuldigheid is opgesteld, gelet op de onjuistheden in de motivering en de tegenstrijdigheden met het onderliggende verslag van i-Force.

18. Luidens de formele motieven in het selectieverslag, weergegeven *sub* 3.9, beslist de verwerende partij om de verzoekende partijen uit te sluiten van deelname aan de procedure, op grond van de (algemene) beslissing van de raad van bestuur van 7 juni 2019 om de thv en de leden ervan uit te sluiten van deelname aan overheidsopdrachten voor De Watergroep, beslissing die wordt

geacht integraal deel uit te maken van het selectieverslag. De bestreden beslissing dient bijgevolg te worden geacht te zijn gesteund op de motieven van de algemene beslissing tot uitsluiting, weergegeven *sub* 3.8, naast het motief dat noch de thv, noch de leden ervan, corrigerende maatregelen hebben bijgevoegd aan de kandidatuurstelling, noch op een andere wijze hebben aangetoond dat zij zulke maatregelen hebben genomen.

In de voornoemde algemene beslissing tot uitsluiting worden twee beroepsfouten in hoofde van de leden van de thv onderscheiden: enerzijds de "ongepaste begunstiging ten voordele van personeelsleden van de Watergroep" en anderzijds "de retroactieve gunstmaatregel die ten gunste van de thv tot stand kwam".

In fine wordt overwogen dat "de fouten die door de (leden van de) thv zijn begaan in het kader van het raamcontract 49, nl. het begunstigen van bepaalde personeelsleden van De Watergroep en het bewerken van bepaalde personeelsleden van De Watergroep om een gunstmaatregel toe te passen van die aard zijn dat ze de professionele integriteit van de aannemer aantasten", en dat "gelet op de ernst van de feiten, De Watergroep van oordeel is dat elk van de feiten die in de audit zijn vastgesteld de verhouding tussen De Watergroep en de thv in het gedrang brengen".

In die context dienen de verzoekende partijen aan te tonen dat elk van de twee motieven voor hun uitsluiting ondeugdelijk is. Indien één van beide motieven overeind blijft, hebben de verzoekende partijen geen belang meer bij hun kritiek op het andere motief, dat dan als een overtollig motief dient te worden beschouwd.

19. Overeenkomstig artikel 69, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 57, lid 4, c), 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 (hierna: richtlijn 2014/24/EU) waarvan deze bepaling een omzetting vormt, kan de aanbestedende

overheid “met elk passend middel” aantonen, respectievelijk “op enige passende wijze” aannemelijk maken, dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken.

Uit de aldus gebruikte bewoordingen kan de Raad van State niet afleiden, anders dan de verzoekende partijen dit zien, dat voor het aantonen van een ernstige beroepsfout overeenkomstig deze bepalingen een “onomstotelijk” bewijs is vereist.

20. Zoals het Hof van Justitie in het voornoemde arrest van 13 december 2012, Forposta, C-465/11 heeft overwogen (punt 31) kan er in beginsel slechts sprake zijn van een “ernstige fout” indien het gedrag van de betrokken marktdeelnemer *in concreto* en individueel wordt beoordeeld. Dit vloeit overigens ook voort uit de materiëlemotiveringsplicht.

De Raad van State stelt vast dat de verwerende partij te dezen een omstandige individuele en concrete beoordeling van de feiten heeft gemaakt. Zij steunt daarbij op het eindverslag van een forensische audit uitgevoerd door een gespecialiseerde dienstverlener, de bvba i-Force. Blijkens dit verslag wordt een beeld gevormd van de mogelijke onregelmatigheden op grond van een gericht openbronnenonderzoek, een onderzoek van het uitgaande telefonieverkeer en van de mailbox van een aantal personeelsleden aan de hand van trefwoorden, een analyse van facturen en vorderingsstaten en informatieve gesprekken met acht werknemers van de verwerende partij. De resultaten van het onderzoek, de verklaringen en de e-mailberichten van de personeelsleden worden gevoegd als bijlage bij het verslag. De verzoekende partijen kunnen bijgevolg niet worden bijgevallen dat de verwerende partij louter zou zijn voortgegaan op geruchten of anonieme klachten.

Voorts blijken zowel de verklaringen als het eindrapport aan de verzoekende partijen te zijn bezorgd, waarbij hen gevraagd werd om hun

standpunt dienaangaande mee te delen. Zij hebben dit gedaan in een brief van 22 mei 2019 waarop de verwerende partij in de bestreden beslissing heeft geantwoord. Aldus blijkt de bestreden beslissing evenmin louter op grond van eenzijdige verklaringen tot stand te zijn gekomen.

De Raad van State stelt vast dat de verwerende partij, na kennisname van het eindverslag van i-Force, zelf een concrete en inhoudelijke beoordeling heeft gemaakt van de feiten, waarbij zij tot het besluit kwam dat deze feiten te kwalificeren zijn als ernstige beroepsfouten. De omstandigheid dat i-Force in haar verslag zelf benadrukt dat zij haar "rol [beperkt] tot het verzamelen, analyseren en rapporteren van de gegevens", en "zich niet uit[spreekt] over mogelijke gevolgtrekkingen uit dit rapport", betekent niet, zoals de verzoekende partijen betogen, dat het verslag niet kan dienen "als besluit voor één of andere stelling".

21. Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat zij ter zake over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt om de feiten waarvan zij kennis heeft te kwalificeren als een ernstige fout in de zin van voormelde bepaling.

Wat de eerste van de twee in aanmerking genomen ernstige beroepsfouten in hoofde van de leden van de thv betreft, betwisten de verzoekende partijen niet dat X ten gunste van een aantal personeelsleden van De Watergroep diverse, opeenvolgende activiteiten heeft georganiseerd en betaald.

Wel betwisten zij dat deze activiteiten ongepast zouden zijn en georganiseerd zouden zijn met het oog op het verkrijgen van enige onrechtmatige beslissing in hun voordeel.

21.1. Waar de verzoekende partijen betogen dat het onderhouden van vriendschapsbanden op zich niet onrechtmatig is en zij voorts betogen dat het beschouwen van dit gegeven als een ernstige beroepsfout, die een uitsluiting zou verantwoorden, niet proportioneel is, gaan zij eraan voorbij dat uit de motieven

van de bestreden beslissing blijkt dat niet dit gegeven op zich, doch wel “de frequentie, de aard en de omvang” van de voordelen waarmee de betrokken personeelsleden werden begunstigd, de verwerende partij heeft doen besluiten dat er sprake is van ongepaste en buitensporige relaties.

De omstandigheid dat de deontologische code van de verwerende partij, met de daarin voorgeschreven meldingsplicht, niet aan de verzoekende partijen tegenstelbaar is, belet de verwerende partij niet om de onderliggende feiten in hoofde van de verzoekende partijen als een ernstige fout bij de beroepsuitoefening te kwalificeren. De omstandigheid dat de bedoelde activiteiten niet heimelijk plaatsvonden, omdat ze werden vermeld op sociale media, doet daaraan geen afbreuk.

In de bestreden beslissing wordt uitgebreid geantwoord op het argument van de verzoekende partijen dat de handelingen van X niet aan de thv zouden kunnen worden toegerekend. Zo wordt er onder meer op gewezen dat X oprichter is van de bvba De Cock & Partners en nog steeds een e-mailadres op naam van die vennootschap gebruikt waarmee berichten met de betrokken personeelsleden van De Watergroep in het kader van de lopende raamovereenkomsten werden uitgewisseld. De verzoekende partijen overtuigen niet van het tegendeel door louter te poneren dat X geen constante of actieve rol speelde in de uitvoering van de raamovereenkomsten en zijn acties “geenszins zomaar toegerekend kunnen worden aan verzoekende partijen”.

21.2. In de punten 29 en 30 van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, wordt gesteld dat de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure ertoe strekt hem in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen, zoals blijkt uit artikel 57, lid 4, c) en overweging 101 van richtlijn 2014/24/EU. Volgens het Hof van Justitie is deze uitsluitingsgrond immers gebaseerd op een wezenlijk element van de betrekking tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en

de aanbestedende dienst, “namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld”.

In het licht van de doelstelling van deze facultatieve uitsluitingsgrond mag met de verwerende partij worden aangenomen dat in het kader van overheidsopdrachten de professionele integriteit van de ondernemer en het in hem gestelde vertrouwen in het gedrang kunnen komen wanneer hij frequent en systematisch overgaat tot een dergelijke begunstiging van personeelsleden van een aanbestedende overheid, zelfs al haalt hij er niet onmiddellijk en rechtstreeks voordeel uit. Het feit dat die personeelsleden, luidens de bestreden beslissing, “de mogelijkheid [hebben] gehad rechtstreeks dan wel onrechtstreeks bepaalde handelingen te stellen en/of beslissingen te laten nemen in het voordeel van de thv”, en “dat niet kan uitgesloten worden dat […] de relatie met de betrokken personeelsleden door de thv of haar vertegenwoordigers in stand [werd] gehouden in ruil voor het bekomen van onrechtmatige beslissingen of een voordelige behandeling van de thv tijdens de uitvoering van de overheidsopdrachten” kan volstaan om te besluiten dat dergelijke vriendschapsbanden tussen toezichter en aannemer ongepast zijn. De verzoekende partijen ontkennen overigens niet dat de drie betrokken personeelsleden van De Watergroep toezichthouders waren in het kader van de uitvoering van de raamovereenkomst Limburg en dat zij vorderingsstaten opstelden. In de mate dat de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord opmerken dat deze personeelsleden slechts een zeer beperkt aantal vorderingsstaten opmaakten, spreken zij in hun laatste memorie de vaststelling in het auditoraatsverslag niet tegen dat deze niettemin belangrijk blijken te zijn wat de omvang ervan betreft.

21.3. Om te kunnen besluiten tot de toepasselijkheid van de facultatieve uitsluitingsgrond is niet vereist dat het gedrag van de kandidaat of inschrijver strafbaar zou zijn. Dat het misdrijf van omkoping zou vereisen dat enig voordeel of enige wederdienst zou voortvloeien uit de begunstiging, zoals de verzoekende partijen stellen, is dan ook niet relevant.

22. Voorgaande vaststellingen volstaan om te besluiten dat de verwerende partij de vastgestelde begunstiging ten voordele van personeelsleden van de verwerende partij mocht beschouwen als een ernstige fout in de beroepsuitoefening waardoor hun integriteit in twijfel kon worden getrokken en die de uitsluiting voor de voorliggende opdracht rechtvaardigde.

Zoals gesteld *sub* 18, dient de kritiek van de verzoekende partijen op het tweede motief in de bestreden beslissing — daarin begrepen de aangevoerde tegenstrijdigheid van de motieven in het eindverslag van i-Force – bijgevolg niet nader te worden onderzocht. Zelfs al ware die kritiek gegrond, dan nog zou ze niet tot de nietigverklaring van de uitsluiting kunnen leiden.

De kritiek op het tweede motief is dan ook onontvankelijk bij gebrek aan belang.

23. Voor zover de verzoekende partijen de schending aanvoeren van artikel 69, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016, de materiëlemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, is het middel niet gegrond.

D. Redelijkheid- en proportionaliteitsbeginsel

24. Waar de verzoekende partijen betogen dat uit het loutere feit dat de betrokken personeelsleden in een niet-werkgerelateerde omgeving met X op een vriendschappelijke wijze met elkaar omgaan, niet impliceert dat de integriteit van de verzoekende partijen is aangetast, werd *sub* 21.1 reeds vastgesteld dat zij te dezen voorbijgaan aan de frequentie, de aard en de omvang van de voordelen waarmee de betrokken personeelsleden werden begunstigd en die de vaststelling van een loutere vriendschapsband overstijgt.

De Raad van State ziet ook niet in waarom de omstandigheid dat de lopende opdracht, tijdens dewelke de activiteiten zich hebben voorgedaan, betrekking had op één bepaalde regio, terwijl de opdrachten waarvan de verzoekende partijen thans worden uitgesloten ook betrekking hebben op andere regio's, tot gevolg zou hebben dat die feiten niet mogen worden gekwalificeerd als zijnde van aard het vertrouwen in de thv aan te tasten, ook wat het uitvoeren van de opdrachten in de andere regio's betreft.

25. In de mate dat de verzoekende partijen de schending aanvoeren van het redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel is het middel evenmin gegrond.

26. Het enig middel is niet gegrond.

VI. Kosten

27. De kosten dienen ten laste van de verzoekende partijen te worden gelegd.

Deze kosten omvatten het rolrecht van 200 euro per verzoekende partij en een bijdrage van 20 euro per verzoekende partij, zoals bepaald bij artikel 66, 6°, van het besluit van de regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State'.

Bij arrest nr. 22/2020 van 13 februari 2020 heeft het Grondwettelijk Hof evenwel in het kader van het beroep tot vernietiging van de wet van 19 maart 2017 'tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand' en van de wet van 26 april 2017 'houdende de regeling van de oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand voor wat de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen betreft', de woorden "per verzoekende partij" vernietigd in artikel 4, § 4, eerste en derde lid, van de wet van 19 maart 2017, zoals het is ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 26 april 2017.

Bijgevolg is er, op grond van het *erga omnes* karakter en de retroactieve werking van het voormelde arrest, aanleiding om de terugbetaling te bevelen van de onterecht betaalde bedragen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De onterecht betaalde bijdrage ten bedrage van 20 euro dient aan de verzoekende partijen te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twintig december tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Greta Scheveneels **Paul Lemmens**