

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.262 van 8 mei 2012
in de zaak A. 204.417/XII-6913**

In zake: de NV CLG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Claude Van Marcke
kantoor houdend te 8570 Anzegem
Kerkstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOM GEMEENTEBEDRIJF STADSONTWIK-
KELINGSBEDRIJF GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 april 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het directiecomité van het AG SOB Gent dd. 27.03.2012, [...] waarbij de offerte van [de nv CLG] niet werd uitgekozen en de overheidsopdracht ‘Project Wondelgemse Meersen: Slopen van woningen, loodsen, garages, kantine, tribune en diverse afsluitingen - sloopopdracht deel 1 (2 percelen)’ werd gegund aan de onbekende derde”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 mei 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Claude Van Marcke, die verschijnt voor de verzoe-
kende partij en advocaat John Devers, die *loco* advocaat Patrick Devers verschijnt
voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend ad-
vies 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, geco-
ördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het autonoom gemeentebedrijf Stadsontwikkelingsbedrijf Gent
schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “Project Won-
delgemse Meersen: Slopen van woningen, loodsen, garages, kantine, tribune en
diverse afsluitingen - sloopopdracht deel 1 (2 percelen)”. De opdracht wordt ge-
gund volgens de procedure van openbare aanbesteding.

Met betrekking tot de kwalitatieve selectie wordt in het toepas-
selijke bijzonder bestek nr. 2001/48 vermeld:

“De aannemer mag zich niet bevinden in één van de uitsluitingstoestanden
van artikel 17, §§ 1 en 2 van het K.B. van 8 januari 1996. Door de onder-
tekening van de offerte verklaart de inschrijver zich niet te bevinden in één
of meerdere van onderstaande uitsluitingstoestanden:

[...]

- Bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis veroordeeld zijn voor een
misdrijf dat de professionele integriteit aantast;

[...]

Wanneer de aanbestedende overheid kennis heeft dat de inschrijver zich in
één van bovenstaande gevallen bevindt, kan zij de inschrijver uitsluiten van

de toegang tot de gunningsprocedure, in welk stadium van de procedure ook. (artikel 17, §2 van het K.B. van 8 januari 1996)

[...]

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om, indien zij twijfels heeft over de toestand van de inschrijver, na indiening van de offertes bijkomende originele bewijsstukken betreffende bovenvermelde uitsluitingstoestanden op te vragen aan de inschrijver.”

De opdracht wordt geraamd op 340.253,30 euro btw niet inbegrepen.

3.2. Op 16 februari 2012 vindt de openingszitting plaats. Er zijn zestien offertes ingediend. Iedereen schrijft in voor de twee percelen. Verzoekster biedt de laagste prijs voor de beide percelen samen, namelijk 94.919,76 euro.

Op 29 februari 2012 stuurt verwerende partij een aangetekende brief aan verzoekster met vraag tot mededeling van een aantal documenten die ontbraken bij de offerte. Het betreft een document waaruit de bevoegdheid van de ondertekenaar blijkt en de lijst ter identificatie van de onderaannemers, alsook een recent uittreksel uit het strafregister, zowel voor de zaakvoerder als voor de vennootschap. Hierop bezorgt verzoekster aan verwerende partij een uittreksel uit het Belgisch Staatsblad betreffende herbenoeming van bestuurders voor CLG-Trans en een uittreksel uit het strafregister.

3.3. Op 26 maart 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld. Met betrekking tot de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen wordt voor de offerte van verzoekster vermeld:

“Offerte 8 ‘CLG nv’:

Op 29 februari 2012 werden bijkomende stukken gevraagd aan CLG nv: Aangezien de aanbestedende overheid twijfels had over de professionele integriteit werd gevraagd om naast het bewijs van bevoegdheid ook een recent uittreksel uit het strafregister voor te leggen.

‘CLG nv’ maakte hierop het afschrift uit het Belgisch Staatsblad over met daarin de vermelding van 4 bestuurders waaronder de ondertekenaar van de offerte [C.].

Het valt daarbij op dat de naam die vermeld staat op het offerteformulier nl ‘CLG nv’ niet overeenstemt met de naam ‘CLG-Trans’ die vermeld staat op het afschrift uit het Belgisch Staatsblad. Hier kan gesteld worden dat het

bewijs van bevoegdheid en de offerte niet sluitend zijn en dat de offerte bijgevolg moet geweerd worden.

Het bijgevoegd uittreksel uit het strafregister van [C.] vermeldt 10 veroordelingen voor de politierechtbank (waarvan 7 sinds 2010) en 1 veroordeling voor het hof van beroep in 2010.

Gezien de ondertekenaar van de offerte is veroordeeld voor minstens één misdrijf voor het Hof van Beroep Gent d.d. 29-01-2010, hetzij transporteren van afvalstoffen zonder identificatieformulier, hetzij spijs het verbod zonder vergunning een als hinderlijk ingedeelde inrichting die behoort tot de eerste of tweede klasse te hebben geëxporteerd, oordeelt het opdrachtgevend bestuur dat de inschrijver veroordeeld werd voor een misdrijf dat de professionele integriteit aantast. Bijgevolg wordt deze inschrijving op basis van artikel 17, § 2 van het K.B. van 8 januari 1996 uitgesloten uit de gunningsprocedure.

[...]

Besluit

2 offertes worden geweerd door kwalitatieve selectie.

De offerte van CLG nv wordt uitgesloten uit de gunningsprocedure op basis van artikel 17, § 2 van het K.B. van 8 januari 1996.”

3.4. Bij besluit van 27 maart 2012 van het directiecomité van het stadsontwikkelingsbedrijf Gent wordt het gunningsverslag goedgekeurd en wordt de opdracht gegund aan nv Aclagro. In het besluit wordt met betrekking tot de offerte van verzoekster overwogen:

“Gelet op het gunningsverslag in bijlage;

Gelet op het administratief nazicht en het rekenkundig nazicht in bijlage;

Overwegende dat de inschrijving van ‘CLG nv’, Haanhoutstraat 77, 9080 Beervelde- Lochristi, geweerd werd gezien de ondertekenaar van de offerte veroordeeld is voor minstens één misdrijf voor het Hof van Beroep Gent d.d. 29-01-2010, hetzij transporteren van afvalstoffen zonder identificatieformulier, hetzij spijs het verbod zonder vergunning een als hinderlijk ingedeelde inrichting die behoort tot de eerste of tweede klasse te hebben geëxporteerd, oordeelt het opdrachtgevend bestuur dat de inschrijver veroordeeld werd voor een misdrijf dat de professionele integriteit aantast. Bijgevolg wordt deze inschrijving op basis van artikel 17, § 2 van het K.B. van 8 januari 1996 uitgesloten uit de gunningsprocedure.

Overwegende ook dat de naam die vermeld staat op het offerteformulier van ‘CLG nv’ uit Beervelde-Lochristi, nl ‘CLG nv’ niet overeenstemt met de naam ‘CLG-Trans’ die vermeld staat op het afschrift uit het Belgisch Staatsblad; het bewijs van bevoegdheid en de offerte zijn dus niet sluitend en de offerte moet bijgevolg geweerd worden.”

Met een aangetekende brief van 27 maart 2012 deelt verwerende partij aan verzoekster vervolgens mee:

“Het AG Stadsontwikkelingsbedrijf Gent (kortweg AG SOB) heeft uw offerte voor de opdracht zoals bedoeld in het bestek 2011/48 voor het slopen van woningen, loodsen, garages, kantine, tribune en diverse afsluitingen- sloopopdracht deel 1 (2 percelen), in goede orde ontvangen. Het directiecomité van het AG SOB heeft in zitting van 27 maart 2012 de opdracht zoals bedoeld in het bestek 2011/48 gegund. Wij kunnen u mededelen dat uw offerte niet werd uitgekozen. In bijlage vindt u het gunningsverslag waarin u de motivatie voor deze beslissing kan nalezen.”

Het gunningsverslag is bij deze brief gevoegd.

Bij brief van 3 april 2012 vraagt verzoekster aan verwerende partij een afschrift van de bestreden gunningsbeslissing zelf. Zij stelt in haar verzoekschrift deze gunningsbeslissing tot op heden nog niet ontvangen te hebben en neemt er bijgevolg pas kennis van, voor het eerst, bij inzage van het administratief dossier.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met het te dezen toepasselijk artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kan verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

5. Verzoekster voert vier middelen aan.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In het eerste middel noemt verzoekster “artikel 65/8 Wet Overheidsopdrachten” geschonden, omdat verwerende partij niet heeft voldaan aan de erin opgenomen verplichting om aan elke inschrijver van wie de offerte niet is uitgekozen de gemotiveerde beslissing mee te delen.

Voorts voert zij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen:

“Immers werd de beslissing dd. 27.03.2012 zelf niet meegedeeld en werd per schrijven dd. 27.03.2012 enkel de beslissing meegedeeld dat de offerte van verzoekster niet gekozen werd. Op welke concrete motieven de gunningsbeslissing zelf is gemotiveerd kan verzoekster op heden niet nagaan. Wel wordt in het schrijven dd. 27.03.2012 gemeld dat de motivatie voor de gunningsbeslissing in het gunningsverslag kan worden teruggevonden. Deze verwijzing dient in ieder geval tevens in de gunningsbeslissing zelf te zijn opgenomen.

Wat betreft de aangehaalde motieven, nl. de uitsluiting op basis van art. 17 §2 K.B. 8 januari 1996, (de veroordeling van een bestuurder (!) tot, een misdrijf dat de professionele integriteit aantast) en het niet vaststaan van de bevoegdheid, dient herhaald dat deze normalerwijze dienen te leiden tot een beslissing tot niet-selectie of wering van de offerte, terwijl in de beslissing werd bepaald dat de offerte van verzoekster niet gekozen werd. De aangehaalde motieven in het gunningsverslag zijn dan ook niet pertinent, concreet en dus ook niet afdoende.”

Beoordeling

7.1. Artikel 65/8, § 1, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dat op grond van artikel 65/29 van toepassing is op opdrachten beneden de Europese drempelbedragen, bepaalt:

“§ 1. Onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing doet de aanbestedende instantie kennisgeving van :

1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing.”

Een eventueel gebrek in de kennisgeving “na het nemen van de gunningsbeslissing” heeft mogelijk een invloed op de verjaringstermijn om een beroep in te stellen, maar tast op het eerste gezicht de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf niet aan.

De schending van artikel 65/8 wordt bijgevolg niet dienstig ingeroepen.

7.2. Verzoekster heeft voorts inderdaad enkel het gunningsverslag ontvangen, niet de beslissing zelf. Uit het feitenrelaas blijkt evenwel dat de dragende overweging uit het gunningsverslag (zie *sub* 3.3. hiervóór) in de bestreden beslissing (*supra*, *sub* 3.4.) letterlijk is overgenomen, zodat verzoekster door de mededeling van het gunningsverslag niet op een verkeerd spoor is gezet en zij over afdoende informatie lijkt te beschikken om zich ten aanzien van de motieven te weren en zodat het doel van de formele-motiveringsplicht in ieder geval is bereikt. De overige middelen in het verzoekschrift bevestigen dat verzoekster zeer wel de motieven tot niet-selectie kent.

In zoverre is het middel onontvankelijk bij gebrek aan belang.

8. Hieruit volgt dat het middel niet ernstig is.

9. Overigens, ten behoeve van de beoordeling van de hiernavolgende middelen, merkt de Raad van State op dat uit de gunningsbeslissing blijkt dat de offerte van verzoekster is geweerd op grond van artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 omdat de ondertekenaar van de offerte veroordeeld is voor minstens één misdrijf voor het hof van beroep te Gent. Uit de

bestreden beslissing blijkt aldus duidelijk dat de offerte van verzoekster werd uitgesloten omdat niet werd voldaan aan de kwalitatieve selectievoorwaarden.

Een ongelukkige formulering in de kennisgevingsbrief doet hieraan geen afbreuk.

De overweging met betrekking tot een gebrek in het “bewijs van bevoegdheid” lijkt voorts een overtollig motief. Aangezien hierna zal blijken dat het dragend motief niet met een ernstig middel is bestreden, besteedt de Raad van State bij de bespreking van de overige grieven geen aandacht meer aan de middelonderdelen die enkel op het overtollig motief betrekking hebben.

B. Tweede en derde middel

Uiteenzetting van de middelen

10. In het *tweede middel* heet “het motiveringsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel en algemeen beginsel van behoorlijk bestuur” geschonden, meer bepaald wat het nog te bespreken motief betreft, omdat:

“Verwerende partij ‘oordeelt’ dat er sprake is van een misdrijf dat de professionele integriteit van de aannemer, nl. CLG nv, aantast, gezien de ondertekenaar van de offerte, nl. [C.], werd veroordeeld voor minstens één misdrijf voor het Hof van Beroep te Gent.

Verwerende partij weerhoudt in werkelijkheid echter geen veroordeling in hoofde van de aannemer, i.e. verzoekster, doch wel een veroordeling in hoofde van de bestuurder van verzoekster, [C.]. Er wordt op geen enkele manier in concreto aangetoond waarom de veroordeling van een bestuurder de professionele integriteit van de aannemer, die een onderscheiden rechtspersoon is, zou aantasten.

De concrete elementen van de veroordeling werden bovendien geenszins in rekening gebracht. Zo werd geen rekening gehouden met het feit dat de veroordeling reeds dateert van ruim 2 jaar geleden en bovendien betrekking heeft op feiten die dateren van 2004. De motiveringsplicht is uitgebreider ingeval de beslissing tot de discretionaire bevoegdheid van de overheid behoort, zoals in casu het geval is. Verwerende partij heeft zich met de karige en weinig concrete motivering te snel van de offerte van verzoekster ontdaan.

Er dient in dit opzicht dan ook te worden geoordeeld dat de beslissing niet berust op de correcte en relevante feiten en de motieven derhalve niet voldoende draagkrachtig zijn om de beslissing te ondersteunen.”

11. Luidens het *derde middel* maakt verwerende partij “zich tevens schuldig aan een schending van artikel 17 § 2 van het K.B. van 8 januari 1996, van haar discretionaire bevoegdheid door het nemen van een willekeurige beslissing, schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplicht”.

Artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 biedt volgens verzoekster geenszins de mogelijkheid een aannemer-vennootschap uit te sluiten op basis van een veroordeling tot een misdrijf die de professionele integriteit aantast in hoofde van een bestuurder van die aannemer-vennootschap. Dit is *in casu* volgens haar des te meer het geval omdat op geen enkele wijze aannemelijk is gemaakt waarom de professionele integriteit van de bestuurder van verzoekster zou zijn aangetast door het misdrijf. Verzoekster wijst in dit verband op rechtsleer, die “op basis van de Europeesrechtelijke reglementering” de stelling onderschrijft dat de veroordeling van een lid van het bestuur niet kan worden geassocieerd met de veroordeling van de inschrijver zelf. Verwerende partij tracht in haar motivering tot het uitsluiten van verzoekster dan ook een voorwaarde toe te voegen die niet in het bestek werd opgenomen.

Verwerende partij heeft haar beoordelingsvrijheid willekeurig uitgeoefend. Zij heeft bij de toepassing van de uitsluitingsgrond “de concrete feiten totaal niet in acht genomen” en is also onzorgvuldig geweest.

Verzoekster is ten slotte niet in de mogelijkheid gesteld haar verweermiddelen uiteen te zetten omtrent de veroordeling die haar bestuurder heeft opgelopen, hetgeen wijst op een schending van de hoorplicht.

Beoordeling

12. De facultatieve uitsluitingsgrond bedoeld in artikel 17, § 2, 3°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat van de opdracht kan worden uitgesloten, “de aannemer-inschrijver die bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis veroordeeld is voor een misdrijf dat de professionele integriteit aantast”.

Bedoeld artikel 17, § 2, 3°, dateert van vóór de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in België. Om die reden, zo lijkt, mag worden aangenomen dat deze bepaling oorspronkelijk een aanbestedende overheid toeliet om een inschrijver-rechtspersoon uit te sluiten waarvan één of meer bestuurders veroordeeld waren tot een misdrijf dat de professionele integriteit aantast.

Ingevolge de invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen lijkt daaraan te kunnen worden toegevoegd dat deze uitsluitingsgrond ook toepassing kan vinden wanneer de rechtspersoon-inschrijver veroordeeld is tot een misdrijf dat de professionele integriteit aantast.

Verzoekster brengt echter voornamelijk geen elementen aan waaruit op een voldoende evidente wijze, gelet op het *prima facie* karakter van het onderzoek van de middelen in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, moet worden aangenomen dat een aanbestedende overheid deze uitsluitingsgrond niet langer mag invoeren wanneer één van de bestuurders van de inschrijver veroordeeld werd tot een dergelijk misdrijf.

Dit geldt des te meer nu te dezen blijkt dat de in aanmerking genomen veroordeling werd opgelopen door de bestuurder die de offerte ook heeft ondertekend en dat deze veroordeeld werd voor een correctioneel misdrijf dat betrekking had op het transporteren van afvalstoffen zonder identificatieformulier, hetzij het zonder vergunning een als hinderlijk ingedeelde inrichting die behoort tot de eerste of tweede klasse te hebben geëxploiteerd, welk misdrijf zich specifiek situeert binnen de sfeer van de werken die voor de huidige sloopopdracht zullen moeten worden uitgevoerd.

Het bestaan en de in de bestreden beslissing opgenomen strekking van de veroordeling van bestuurder C. wordt door verzoekster niet tegengesproken.

De aanbestedende overheid heeft dan ook op het eerste gezicht niet de aangevoerde regels en beginselen geschonden doordat zij deze veroordeling

van C. in rekening heeft gebracht bij de kwalitatieve beoordeling van de inschrijving.

Aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur lijkt ten slotte niet voldaan te zijn aangezien een beslissing inzake niet-selectie geen maatregel lijkt die, zoals het algemeen beginsel van de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie is, maar enkel bestaat in het niet verlenen van een gevraagd voordeel.

13. Het tweede noch het derde middel is ernstig.

C. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een vierde middel voert verzoekster de schending aan van het evenredigheidsbeginsel omdat de veroordeling tot een misdrijf in hoofde van bestuurder C. dateert van twee jaar geleden en de feiten zelf reeds dateren van 2004 zodat het onevenredig is haar daar nu nog voor uit te sluiten.

Beoordeling

15. Het uitgangspunt van de ingeroepen uitsluitingsgrond is, zoals hiervóór aangehaald, een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, zodat lijkt te mogen worden aangenomen dat de datum van het vonnis of arrest van belang is en niet de datum van de feiten.

Welnu, het arrest van het hof van beroep van Gent dateert van 29 januari 2010, dit is twee jaar voorafgaand aan de bestreden gunningsbeslissing.

Verzoekster toont niet met voldoende ernst aan dat het onevenredig zou zijn om rekening te houden met een arrest dat is uitgesproken twee jaar voorafgaand aan de gunningsbeslissing, hierbij ook rekening houdend met het feit dat het misdrijf waarvoor de betrokken bestuurder werd veroordeeld zich boven-

dien situeert in de sfeer van de werken die voor de huidige sloopopdracht zullen moeten worden uitgevoerd.

16. Ook het vierde middel is niet ernstig.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 mei 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Geert Van Haegendoren