

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.944 van 19 november 2015
in de zaak A. 212.489/XII-7664**

In zake: de NV THREE LION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Harry Hendrickx
kantoor houdend te 2390 Malle
Hoge Warande 10/A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE OPGLABBEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Ten Bos 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 mei 2014, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van 25.4.2014 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Opglabbeek [...] waarbij de overheidsopdracht voor de aanneming van werken met als voorwerp ‘bebloeming openbaar domein: dienstjaren 2014-2015-2016’ niet gegund werd aan [de nv Three Lion], maar aan een andere inschrijver, met name nv Monteflores”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 228.445 van 23 september 2014 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 oktober 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geert Vrints, die loco advocaat Harry Hendrickx verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Elke Casteleyn, die loco advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De gemeente Opglabbeek schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “bebloeming openbaar domein: dienstjaren 2014-2015-2016”.

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek met nummer 2014-001. De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Wat het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie betreft wordt in het bestek onder punt I.5 onder meer vermeld:

“Het offerteformulier moet vergezeld zijn van volgende stukken:

Juridische situatie van de inschrijver – vereiste bewijsstukken (uitsluitingscriteria)

- In navolging van art. 63 van het KB van 15 juli 2011 moet de kandidaat of inschrijver bij zijn aanvraag tot deelneming of zijn offerte een attest toevoegen waaruit blijkt dat hij voldaan heeft aan zijn beroepsmatige fiscale verplichtingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is. Het attest heeft betrekking op de laatste afgelopen fiscale periode vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of offertes, al naargelang.
- Door in te schrijven op deze opdracht verklaart de inschrijver zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden, zoals bedoeld in artikel 61 §§1 en 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren.
- In toepassing van artikel 62 §4 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 dient de Belgische inschrijver geen rsz-attest bij zijn offerte te voegen. De aanbestedende overheid zal deze informatie zelf opvragen.”

3.2. De volgende voor de onderhandelingsprocedure uitgenodigde ondernemingen dienen een offerte in:

- de nv Three Lion, dit is de verzoekende partij;
- de nv Monteflores;
- Plantenkwekerij Sint-Jansberg;
- de bvba Signco;

3.3. In het verslag van nazicht van de offertes van 1 april 2014 wordt voorgesteld om de verzoekende partij niet te selecteren en de opdracht te gunnen aan de nv Monteflores en dit onder de volgende overweging:

“Arrest van de 5de kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen d.d. 14 april 2011: nv Three Lion wordt veroordeeld wegens slechtmaking van

een concurrent. Artikel 61, §2 stelt dat de aanbestedende overheid niet verplicht is de kandidaat of inschrijver van deelname aan de opdracht uit te sluiten die veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast. Het verslag aan de Koning voegt hieraan toe dat niettemin het beginsel van behoorlijk bestuur inhoudt dat een aanbestedende overheid zich niet met dergelijke kandidaten of inschrijvers inlaat.”

3.4. Bij besluit van 25 april 2014 beslist de verwerende partij goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht en de opdracht te gunnen aan “de meest voordelige regelmatige bieder, zijnde Monteflores N.V.” tegen het onderhandelde bedrag van 24.398,55 euro, btw inbegrepen. Het verslag van nazicht van de offertes maakt integraal deel uit van de gunningsbeslissing.

Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt in de bestreden beslissing als volgt overwogen:

“Overwegende dat de firma Three Lion nv, [...] op 14 april 2011 door het hof van beroep te Antwerpen werd veroordeeld wegens slechtmaking van een concurrent;

Overwegende dat artikel 61 §2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 stelt dat de aanbestedende overheid niet verplicht is deze kandidaat van deelname aan deze opdracht uit te sluiten;

Overwegende dat het verslag aan de Koning echter hieraan toevoegt dat niettemin het beginsel van behoorlijk bestuur inhoudt dat een aanbestedende overheid zich niet met dergelijke kandidaten inlaat.”

3.5. Met een schrijven van 28 april 2014 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat zij niet is geselecteerd en dat de opdracht is gegund aan een andere inschrijver. In bijlage is het verslag van nazicht van de offertes gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verzoekende partij vordert naast de nietigverklaring van de gunningsbeslissing ook de nietigverklaring van het niet-gunnen van de opdracht aan haar.

De verzoekende partij is echter niet geselecteerd en werd niet bij de onderhandelingsfase betrokken. Zij voert ook geen middel aan dat, bij

gegrond bevinden, tot de vaststelling zou leiden dat geen enkele inschrijver behalve haarzelf, mocht worden geselecteerd.

In die omstandigheden is in zoverre het beroep niet ontvankelijk en wordt het voorwerp van het beroep hierna begrepen als enkel betrekking hebbende op de gunningsbeslissing zelf.

5.1. De verwerende partij werpt de onontvankelijkheid van het beroep op wegens gemis aan het rechtens vereiste belang in hoofde van de verzoekende partij. De verzoekende partij zou hebben nagelaten om haar offerte en meetstaat te ondertekenen. Ze zouden enkel zijn geparafeerd. Een dergelijke onregelmatigheid, aldus de verwerende partij, kan niet worden geregulariseerd zodat de offerte van de verzoekende partij hoe dan ook substantieel onregelmatig is. Een eventuele nieuwe beslissing zou enkel opnieuw de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij kunnen vaststellen.

5.2. 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. Dergelijke exceptie wordt maar aangenomen wanneer zij een onbetwistbaar karakter heeft.

De offerte van de verzoekende partij is door de verwerende partij neergelegd als vertrouwelijk stuk. De Raad mag dit vertrouwelijk stuk in zijn beoordeling betrekken teneinde de waarachtigheid van de beweringen van de verwerende partij na te gaan.

Te dezen kan niet worden uitgemaakt of het uitgangspunt van de exceptie, namelijk dat de offerte niet is ondertekend maar slechts geparafeerd, correct is aangezien de feitelijke controle van enkel de offerte van de verzoekende partij dienaangaande geen uitsluitel biedt, bij gebrek aan vergelijkende stukken.

De exceptie wordt niet bijgevalen.

V. Onderzoek van de middelen

6. De twee middelen worden samen behandeld.

Standpunt van de partijen

7.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de “algemene motiveringsplicht” en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

De verzoekende partij betoogt dat zij is uitgesloten op grond van artikel 61, § 2, 3°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing). Het arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen van 14 april 2011, waarop haar niet selectie steunt, betreft evenwel een uitspraak van een burgerlijke kamer en houdt een veroordeling in tot staking in de zin van de wet van 6 april 2010 ‘betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming’. Het gaat dus niet om een veroordeling wegens een misdrijf in de strafrechtelijke zin zodat de verwerende partij niet mocht besluiten dat zij is veroordeeld voor een misdrijf dat haar professionele integriteit zou aantasten.

7.2. In een tweede middel stelt de verzoekende partij dat de regels van behoorlijk bestuur, namelijk het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, zijn geschonden.

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij de juiste draagwijdte en gevolgen van de voormelde veroordeling van 14 april 2011 niet onderzocht. De fout waarvoor de verzoekende partij werd veroordeeld, was geen ernstige fout in de beroepsuitoefening in de zin van artikel 61, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing, maar betrof een particulier geschil tussen haar en een concurrent. Voor andere openbare besturen heeft de veroordeling geen reden gevormd om de verzoekende partij uit te sluiten.

De verwerende partij heeft voorts niet afgewogen of de uitsluiting in verhouding staat tot de veroordeling, temeer deze al drie jaar oud is en de betrokken concurrent niet heeft ingeschreven voor de voorliggende opdracht. Daarbij komt dat de verzoekende partij in de voorbije drie jaar dezelfde overheidsopdracht heeft uitgevoerd en de verwerende partij, ondanks haar kennis van de veroordeling, de gunning niet heeft ingetrokken.

De verzoekende partij voegt er nog aan toe dat de verwerende partij haar eerst had moeten horen over de voormelde veroordeling, vooraleer haar om die reden uit te sluiten.

8.1. In haar memorie van antwoord betoogt de verwerende partij nopens het eerste middel dat de verzoekende partij is uitgesloten omdat een veroordeling met kracht van gewijsde voorligt die de professionele integriteit van de verzoekende partij aantast. Hieruit blijkt een ernstige fout in de beroepsuitoefening, zeker nu de veroordeling het gevolg is van een schending van bepalingen van openbare orde. Een dergelijke ernstige fout kan worden vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken. Uit het feit dat de verzoekende partij op basis van de veroordeling is geweerd, blijkt dat de verwerende partij een ernstige vrees heeft dat de ontdekte fout een impact zou hebben op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht.

8.2. Wat het tweede middel betreft, antwoordt de verwerende partij in de eerste plaats dat de draagwijdte van de veroordeling voldoende blijkt uit het arrest zelf van het Hof van Beroep. Voorts benadrukt zij dat zij beschikt over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid om te besluiten tot het al dan niet uitsluiten van een inschrijver wegens het niet voldoen aan de facultatieve uitsluitingsgronden voorzien in artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing. Het is dan ook niet omdat andere besturen oordeelden dat zij de veroordeling geen reden vonden tot uitsluiting dat ook de verwerende partij hiertoe zou moeten besluiten.

De verwerende partij verwijst ook naar het Verslag aan de Koning bij dit koninklijk besluit Plaatsing waarin wordt vermeld dat het beginsel van behoorlijk bestuur inhoudt dat een aanbestedende overheid zich niet inlaat

met de in artikel 61, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing opgesomde gevallen. Alleen bij uitzondering mag de aanbestedende overheid een beslissing rechtvaardigen waarbij zij de betrokken onderneming toegang verleent tot de opdracht.

De verwerende partij voegt er nog aan toe dat de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten er niet toe verplicht de betrokken inschrijver te horen, dan wel een verduidelijking te vragen. Evenmin toont de verzoekende partij, aldus de verwerende partij, aan dat is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur. De voorliggende beslissing om niet te selecteren is immers geen “sanctie”.

Zij besluit dat haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid haar heeft toegestaan te oordelen dat de veroordeling nog te recent was om er geen rekening mee te houden en dat het verbreken van de overeenkomst met de verzoekende partij voor de jaren 2011-2013 geen voorwaarde is om haar te mogen weren op grond van een ernstige beroepsfout.

9.1. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij met betrekking tot het eerste middel dat de eenvoudige verwijzing in het bestreden besluit naar het door de verwerende partij ingeroepen arrest van 14 april 2011 niet volstaat om te besluiten dat haar uitsluiting voldoende zou zijn gemotiveerd.

Uit de motieven van de beslissing blijkt immers niet dat de uitsluiting is gesteund op artikel 61, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing.

Bovendien moet een beslissing tot uitsluiting van een inschrijver die is genomen krachtens artikel 69, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing, om uitdrukkelijk en passend gemotiveerd te zijn, toelaten te begrijpen welke concrete elementen door de overheid in aanmerking zijn genomen zowel om te oordelen dat een ernstige fout kan worden toegerekend aan de inschrijver als om de mogelijkheid uit te oefenen die de aanbestedende overheid heeft om hem uit te sluiten. Die motiveringsplicht is des te belangrijker omdat de overheid beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid.

9.2. Met betrekking tot het tweede middel betoogt de verzoekende partij dat noch het feit dat de verwerende partij effectief over een discretionaire bevoegdheid beschikt, noch het feit dat andere besturen de verzoekende partij ook omwille van het voormelde arrest van 14 april 2011 zouden hebben uitgesloten, noch het feit dat de verwerende partij niet verplicht was om haar voorafgaandelijk te horen, inhouden dat de verwerende partij alleen op grond van die enkele uitspraak, die niet van strafrechtelijke aard was en die niet kaderde in de uitvoering van een beroepsopdracht, zonder nader onderzoek, in de concrete omstandigheden redelijkerwijs tot de uitsluiting mocht beslissen.

10. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op dat de ernst van de feiten in het voornoemd arrest van 14 april 2014 volstaat om de verzoekende partij uit te sluiten; voorts wijst zij erop dat deze feiten betrekking hebben op de professionele integriteit van de verzoekende partij en een ernstige beroepsfout uitmaken omdat het gaat over oneerlijke handelsgebruiken en onrechtmatige mededinging.

11. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij dat de verwerende partij in de bestreden beslissing zich beroept op de uitsluitingsgrond vermeld in artikel 61, § 2, 3°, van het koninklijk besluit Plaatsing en niet op die van artikel 61, § 2, 4°, van dit koninklijk besluit; slechts in haar verweer is er sprake van dit laatste geval.

Beoordeling

12.1. Artikel 61, § 2, 3° en 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing luiden:

“§ 2. Overeenkomstig artikel 20 van de wet kan in elk stadium van de gunningsprocedure worden uitgesloten van de toegang ertoe, de kandidaat of inschrijver die :

[...]

3° bij rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast;

4° bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan.”

12.2. In het verslag van nazicht, dat luidens de bestreden beslissing er integraal deel van uitmaakt, wordt voorgesteld de verzoekende partij niet te selecteren onder een volgende overweging:

“Arrest van de 5de kamer van het Hof van Beroep te Antwerpen d.d. 14 april 2011: nv Three Lion wordt veroordeeld wegens slechtmaking van een concurrent. Artikel 61, §2 stelt dat de aanbestedende overheid niet verplicht is de kandidaat of inschrijver van deelname aan de opdracht uit te sluiten die veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast.”

Hiermee wordt duidelijk gerefereerd naar de facultatieve uitsluitingsgrond vervat in artikel 61, § 2, 3°, van het koninklijk besluit Plaatsing. De overwegingen in de bestreden beslissing voegen niets toe aan die van het verslag van nazicht.

Op 14 april 2011 had het hof van beroep van Antwerpen, recht doende in burgerlijke zaken, ten aanzien van de verzoekende partij de staking bevolen van enerzijds de slechtmaking van de bvba J.O.S. Hanging Baskets door het plaatsen van foto's van een bloemenzuil en de bloemenhangmanden, ten onrechte toegeschreven aan laatstgenoemde onderneming op de website www.joshangingbasket.be en anderzijds de registratie van de voormelde domeinnaam, en dit telkens onder verbeurte van een dwangsom. Voor de staking van de slechtmaking achtte het hof een schending van artikel 95 van de voormelde wet van 6 april 2010 bewezen en voor de staking van een wederrechtelijk registreren van een domeinnaam steunde het hof zich op de artikelen 4, 5 en 6 van de wet van 26 juni 2003 'betreffende het wederrechtelijk registreren van domeinnamen'.

Het arrest van het hof van beroep van Antwerpen heeft aldus betrekking op een veroordeling tot staking in de zin van de voormelde wet van 6 april 2010. Een veroordeling tot staking is geen veroordeling wegens een misdrijf in strafrechtelijke zin zodat te dezen door de verwerende partij niet mocht worden besloten dat de verzoekende partij is veroordeeld voor een “misdrijf dat haar professionele integriteit zou aantasten” om op grond daarvan haar niet te selecteren.

12.3. Voor zover al zou mogen worden aangenomen dat de verwerende partij er in slaagt aannemelijk te maken dat zij bij het nemen van haar beslissing in wezen voor ogen had dat de verzoekende partij moest worden uitgesloten omdat zij bij haar beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan – wat zou blijken uit het verwijzen naar het arrest van het hof van beroep – en zij zich dus zou steunen op de uitsluitingsgrond vermeld in artikel 61, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing, stelt de Raad vast dat deze opvatting evenmin opgaat om de volgende redenen.

De toepassing van die uitsluitingsgrond houdt in principe in dat er slechts sprake kan zijn van de vaststelling van een ernstige fout in de beroepsuitoefening wanneer het gedrag van de betrokken marktdeelnemer in concreto en individueel wordt beoordeeld.

Te dezen houdt dit in dat de verwerende partij, wil zij haar beslissing in die zin formeel en afdoende motiveren en zorgvuldig optreden, zij concreet en individueel moet uiteenzetten waarom de aan het voormeld arrest van 14 april 2011 onderliggende feiten haar inziens ook kunnen worden gekwalificeerd als een “ernstige fout bij de beroepsuitoefening” in de zin van artikel 61, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing die haar keuze om de betrokken inschrijver in het concrete geval niet te selecteren, kan rechtvaardigen

Een loutere verwijzing naar het voormeld arrest van 14 april 2011, zoals hier het geval is, volstaat niet. De motieven die de verwerende partij in de huidige procedure aandraagt, zijn *a posteriori* geformuleerd, en mogen aldus de bestreden beslissing niet schragen.

12.4. De beide middelen zijn in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 25 april 2014 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Opglabbeek waarbij de overheidsopdracht voor de aanneming van werken met als voorwerp ‘bebloeming openbaar domein: dienstjaren 2014-2015-2016’ wordt gegund aan de nv Monteflores.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en de gevorderde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 november 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest