

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.029 van 12 januari 2017
in de zaak A. 220.959/XII-8274**

In zake: 1. de BVBA RTS INFRA
2. de BVBA AANNEMINGSBEDRIJF NORRE-BEHAEGEL
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 december 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Administrateur Generaal van de Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van het Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest met betrekking tot de open aanbesteding in verband met het bestek 1M3D8H/16/4 over een overheidsopdracht voor aanneming van werken X40/N60/54 met betrekking tot de herinrichting kruispunt Nieuwe Steenweg (N60) en op- en afrit E17 in De Pinte waarbij de opdracht werd gegund aan Stadsbader nv voor een bedrag van €7.099.214,69 BTWI (€5.867.119,58 BTWE) en niet aan de laagste

inschrijver, met name de verzoekster TV bvba RTS infra — bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 december 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Stijn Maeyaert en Nicolas Goethals, loco Mr. Frank Judo, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Het agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Oost-Vlaanderen, van het Vlaamse Gewest schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit voor de herinrichting van het kruispunt Nieuwe Steenweg (N60) en de op- en afrit E17 in De Pinte.

3.2. De opdracht wordt gegund bij open aanbesteding en wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. In de aankondiging wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat de uitsluitingsgronden van artikel 61, §§1 en 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing), van toepassing zijn.

Voorts wordt als minimumeis inzake technische bekwaamheid een erkenning in klasse 8, categorie C, vermeld.

3.4. Er worden zes offertes ingediend, waaronder deze van de verzoekende partijen, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap.

3.5. Op 13 oktober 2016 beslist de verwerende partij om de verzoekende partijen uit te sluiten van deelname aan de opdracht. De motivering in het gunningsverslag, waar de gunningsbeslissing naar verwijst, luidt als volgt:

“Op grond van artikel 61, §2, 4° van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om een inschrijver uit te sluiten wanneer deze bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout begaat.

In het raam van de gunning van de huidige overheidsopdracht sluit de aanbestedende overheid de THV Norré Behaegel - RTS uit op grond van voornoemde bepaling. In het licht van de feiten, die hierna in concreto worden omschreven, kan de aanbestedende overheid, wanneer zij een goed beheer wil voeren, zich voor huidige opdracht niet binden aan de THV Norré - RTS. Deze feiten hebben immers het vertrouwen van de aanbestedende overheid in de THV Norré - RTS ernstig geschaad.

Beoordeling Norré- Behaegel:

De firma Norré-Behaegel wordt uitgesloten op grond van ernstige fouten die werden begaan tijdens de uitvoering van de opdracht ‘Erpe-Mere N9 Gentsesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg/ N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)’ met besteknr. 1M3D8H/13/12. Tijdens deze opdracht is de firma RTS opgetreden als onderaannemer.

In de uitvoering van de overheidsopdracht ‘Erpe-Mere N9 Gentsesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg / N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)’ heeft de aanbestedende overheid (Agentschap Wegen en Verkeer) in toepassing van artikel 20 van de Algemene aannemingsvoorwaarden gevoegd als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 24 processen-verbaal van ingebrekestelling en 32 processen-verbaal van vaststelling opgesteld.

Vijf processen-verbaal van ingebrekestelling hebben betrekking op

veiligheid en gezondheid op de werf en behandelen in totaal 12 inbreuken hiertegen (met onder meer het niet gevolg geven aan opmerkingen van de veiligheidscoördinator). Op deze processen-verbaal werd er hetzij geen verweer ingediend, hetzij een verweer ingediend dat echter niet aanvaard kon worden. Al deze processen-verbaal werden bekrachtigd met een straf. De veiligheid en gezondheid van de werknemers en personeel van de aanbestedende overheid vormen in de huidige aanneming, met werken op de snelweg en aan kunstwerken, een belangrijke zorg voor de aanbestedende overheid. Bij de evaluatie van de huidige inschrijving werd bovendien door de veiligheidscoördinator vastgesteld dat het bedrag dat door de THV Norré - RTS wordt voorzien voor veiligheid en gezondheid 'aan de lage kant' is (laagste van alle inschrijvers). De herhaalde inbreuken bij de uitvoering van de overheidsopdracht 'Erpe-Mere N9 Gentssesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg / N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)' en het lage bedrag dat voorzien is voor maatregelen inzake veiligheid en gezondheid in de huidige inschrijving, leiden er dan ook toe dat de overheid op dit vlak bijzondere twijfel heeft in de uitvoerder van de opdracht.

Zeven processen-verbaal van ingebrekestelling hebben betrekking op de wegsignalisatie van de wegenwerken (onder andere het afsluiten van wegen zonder vergunning). Op deze processen-verbaal werd er hetzij geen verweer ingediend, hetzij een verweer ingediend dat echter niet aanvaard kon worden. Al deze processen-verbaal werden bekrachtigd met een straf. In de huidige aanneming moeten alle werken worden uitgevoerd op snelwegen en primaire wegen. Dit zijn wegen met een hoge verkeersbelasting waarop doorstroming, een goede verkeersgeleiding en, opnieuw, veiligheid van cruciaal belang zijn. De herhaalde inbreuken bij de uitvoering van de overheidsopdracht 'Erpe-Mere N9 Gentssesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg / N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)' leiden er toe dat de aanbestedende overheid op dit vlak weinig vertrouwen heeft in de uitvoerder.

De 32 processen-verbaal van vaststelling hebben betrekking op diverse technische aspecten van de wegenbouw. De tekortkomingen omvatten alle mogelijke onderdelen van de weg, gaande van grondwerken, funderingen en waterafvoer tot en met de aanleg van de afwerkingslagen in beton en asfalt. Voor de inbreuken werden straffen en rafacties toegepast. Al deze aspecten komen in zeer belangrijke mate ook voor in de huidige aanneming waardoor de aanbestedende overheid twijfels heeft bij de professionele bekwaamheid van de firma Norré-Behaegel voor de uitvoering van dergelijke allesomvattende werken.

Beoordeling RTS:

De firma RTS wordt uitgesloten op grond van ernstige fouten die werden begaan tijdens de uitvoering van de opdracht TV3V-dossier '4083: N35 Gaversesteenweg — Driesstraat — N494 Oudenaardsesteenweg — Rijbroekstraat — Ten Rodelaan' met besteknr. 1M3D8H/13/54.

In de uitvoering door de firma RTS van de overheidsopdracht 'TV3V-dossier '4083: N35 Gaversesteenweg — Driesstraat — N494 Oudenaardsesteenweg — Rijbroekstraat — Ten Rodelaan' heeft de aanbestedende overheid (Agentschap Wegen en Verkeer) in toepassing van

artikel 20 van de Algemene aannemingsvoorwaarden gevoegd als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996, negen processen-verbaal van vaststelling en één proces-verbaal van ingebrekestelling opgesteld.

De negen processen-verbaal van vaststelling hebben voornamelijk betrekking op een gebrekkige technische uitvoering van zowel riolering, funderingen als afwerkingslagen in beton en asfalt. Het proces-verbaal van ingebrekestelling werd geschreven voor een slechte uitvoering van de riolering, die een onderspoeling heeft veroorzaakt met schade aan wegdek, waterleiding en naastgelegen woning.

Eén proces-verbaal van vaststelling heeft betrekking op het bodembeheerrapport. Hierin beweert de firma RTS dat er geen bodemoverschotten zijn afgevoerd, terwijl dat niet in overeenstemming was met de werkelijkheid. De regelgeving rond grondverzet is zeer strikt, met hoofdelijke aansprakelijkheid van zowel het personeel van de aanbestedende overheid als van de aannemer. In de huidige aanneming zijn er aanzienlijke grondwerken waardoor een nauwkeurige opvolging van het grondverzet vereist is. Het indienen van een niet correct bodembeheerrapport leidt er toe dat er op dat vlak maar weinig vertrouwen is in de uitvoerder.

Conclusie:

De bovenvermelde opdrachten hebben alle betrekking op werken uit het programma ‘TV3V’ voor de heraanleg van gevaarlijke kruispunten en wegvakken in Vlaanderen, waartoe ook de huidige aanbesteding behoort.

De ernstige en herhaaldelijke contractuele tekortkomingen die in de bovenvermelde opdrachten werden vastgesteld, en zowel toe te schrijven zijn aan de firma Norré-Behaegel als aan de firma RTS, leiden tot gegronde twijfels en onzekerheid omtrent de regelmatige uitvoering van de huidige opdracht indien deze aan de THV Norré — RTS zou worden toegekend. De THV bestaande uit beide firma’s wordt bijgevolg wegens een ernstige fout in de beroepsuitoefening uitgesloten en uit de verdere gunningsprocedure geweerd.”

3.6. Er wordt besloten om de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader, als laagste regelmatige inschrijver.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 29 november 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat zij niet werden geselecteerd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de

schending aan van de artikelen 23 en 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), van artikel 57, nr. 4-6-7 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ (hierna: de richtlijn 2014/24/EU), van het in de richtlijn opgenomen principe “*audi et alteram partem*”, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de formelemotiveringswet), en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het gelijkheids-, het mededingings-, het zorgvuldigheids-, en het transparantiebeginsel en het materiëlemotiveringsbeginsel.

De verzoekende partijen beroepen zich daarbij op de rechtstreekse werking van de voormelde bepalingen van de richtlijn 2014/24/EU.

Zij wijzen erop dat de omzettingstermijn van de richtlijn op 18 april 2016 is verstreken en dat de bepalingen van de richtlijn die betrekking hebben op de wering wegens beroepsfout duidelijk en nauwkeurig zijn, meer in het bijzonder waar het gaat over de verweermogelijkheden van diegene die de overheid wenst te weren. Gelet op het feit dat precies “personen” zoals de verzoekende partijen door deze richtlijn bijkomende bescherming krijgen, worden aan de verzoekende partijen rechten verleend. Het betreft volgens hen bovendien een opdracht boven de Europese drempel.

Voorts merken zij op dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak een ruime uitlegging heeft gegeven aan het begrip “Staat” zodat de verzoekende partijen de richtlijn, die niet tijdig is omgezet in de Belgische rechtsorde, mogen tegenwerpen aan de verwerende partij als regionaal bestuur, minstens een bestuur dat belast is met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, namelijk het onderhoud der gewestwegen in de provincie Oost-Vlaanderen.

Uit de bepalingen van de richtlijn en de preambule ervan blijkt volgens de verzoekende partijen dat een ondernemer de mogelijkheid moet krijgen om, vooraleer hij wordt geweerd op grond van beweerde beroepsfouten, verweer te voeren waarin hij kan aantonen aan de problemen te hebben geremedieerd en dat er bij de beoordeling van de fout rekening moet worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel.

De bestreden beslissingen sluiten de verzoekende partijen evenwel uit van deelname aan de opdracht zonder dat zij de mogelijkheid hebben gehad aan te tonen dat elk van hen maatregelen heeft genomen die voldoende zijn om de betrouwbaarheid aan te tonen. Bovendien is volgens de verzoekende partijen in het bestreden gunningsbesluit ook geen aandacht besteed aan het proportionaliteitsbeginsel.

Door geen motivering met betrekking tot de overigens ook afwezige verantwoording uiteen te zetten – waartoe de verzoekende partijen ook niet werden uitgenodigd –, is volgens de verzoekende partijen ook de formelemotiveringsplicht geschonden.

De verwerende partij is volgens hen ook onzorgvuldig geweest en heeft gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel, het beginsel van correcte mededinging en het gelijkheidsbeginsel aangezien de verzoekende partijen op een ongelijke wijze zijn behandeld in vergelijking met hun “Europese” collega’s.

De verzoekende partijen merken op dat zij ook belang hebben bij het aanvoeren van dit middel omdat als de richtlijn – reeds correct – omgezet zou zijn geweest, zij de mogelijkheid hadden gehad om hun evolutie aan te tonen en zo een weigering te vermijden.

Beoordeling

5.2. In essentie beroepen de verzoekende partijen zich in de eerste plaats op de directe werking van artikel 57.4, 6 en 7, van de richtlijn 2014/24/EU.

5.3. De te dezen toepasselijke bepalingen van artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU, luiden als volgt:

“4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

[...]

c) wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

[...]

g) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende instantie of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;

[...]

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout.

Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

Een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies mag gedurende de duur van de uitsluiting als gevolg van dat

vonnis geen gebruik kunnen maken van de in dit lid geboden mogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is.

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis in de gevallen bedoeld in lid 1, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4.”

5.4. De bepaling van artikel 57.6 lijkt te noodzaken tot aanvullende maatregelen om te kunnen worden toegepast waar ze voorschrijft dat elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond.

Zo wordt in artikel 57.7 van de richtlijn uitdrukkelijk gesteld dat de lidstaten bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel dienen te bepalen. Ook in de preambule bij de richtlijn wordt expliciet vermeld dat “het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, [...] aan de lidstaten [dient] te worden overgelaten”.

Voorts merkt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht op dat de richtlijn niet bepaalt wanneer de kandidaat of inschrijver moet meedelen dat corrigerende maatregelen werden genomen of op welke wijze dit dient te gebeuren. Ook staat het de lidstaten onder meer vrij te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten toelaten de betrokken evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen (preambule, overweging 102).

De verzoekende partijen gaan in hun verzoekschrift niet in op deze voor de voorliggende zaak essentiële problematiek.

5.5. De verzoekende partijen voeren nog aan dat uit de richtlijn tevens blijkt dat bij de beoordeling van de fout rekening moet worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel en dat in het bestreden gunningsbesluit hieraan geen aandacht zou zijn besteed.

Deze grief lijkt op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen aangezien in de bestreden gunningsbeslissing wel degelijk wordt gewezen op het aantal inbreuken, de aard en ernst ervan, het herhaaldelijk voorkomen ervan, evenals de relatie van de vastgestelde tekortkomingen tot het voorwerp van de huidige opdracht om de beslissing tot uitsluiting van de verzoekende partijen te verantwoorden.

5.6. De artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze.

De verzoekende partijen tonen in hun middel niet concreet aan waarom zij niet in de mogelijkheid waren om, op grond van de bestreden gunningsbeslissing en het hen ook meegedeelde gunningsverslag, de bestreden gunningsbeslissing met kennis van zaken te betwisten. Aldus lijkt *prima facie* ook te zijn voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

De verzoekende partijen hebben overigens in hun tweede middel een omstandig inhoudelijke kritiek kunnen doen gelden op die motivering en geven er aldus blijk van dat zij de motieven van hun uitsluiting naar behoren kenden.

Aangezien de verzoekende partijen nergens in hun offerte aan de verwerende partij blijken te hebben aangegeven dat zij corrigerende maatregelen hebben genomen, valt op het eerste gezicht evenmin in te zien waarom de verwerende partij dienaangaande in de bestreden beslissingen uit eigen beweging een verantwoording had moeten opnemen.

5.7. In zoverre de verzoekende partijen nog aanvoeren dat de verwerende partij onzorgvuldig is geweest en heeft gehandeld in strijd met het transparantiebeginsel, het beginsel van correcte mededinging en het gelijkheidsbeginsel aangezien de verzoekende partijen op een ongelijke wijze zouden zijn behandeld in vergelijking met hun “Europese” collega’s, dient te worden opgemerkt wat volgt.

Zoals hoger reeds werd uiteengezet, lijken de verzoekende partijen zich niet te kunnen beroepen op een rechtstreekse werking van de betrokken bepaling van de richtlijn 2014/24/EU. De richtlijn lijkt op het eerste gezicht ook niet te voorzien in een uniforme toepassing van deze bepaling in alle lidstaten en het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, wordt uitdrukkelijk aan de lidstaten overgelaten.

Aangezien de richtlijn zelf aldus een verschillende regeling in de lidstaten toelaat, kan de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel en van de overige in deze grief aangehaalde beginselen op het eerste gezicht niet worden aangenomen.

5.8. Aangezien geen van de in het middel aangehaalde grieven ernstig is gebleken, blijkt evenmin dat de opdracht niet zou zijn gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend en dat de artikelen 23 en 24 van de wet van 15 juni 2006 zouden zijn geschonden.

5.9. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5.10. In een tweede, ondergeschikt, middel, wordt de schending

aangevoerd van de artikelen 23 en 24 van de wet van 15 juni 2006, van artikel 61 van het koninklijk besluit Plaatsing, samen gelezen met de richtlijn 2014/24/EU, van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, het principe “*audi et alteram partem*”, en van het motiverings-, het zorgvuldigheids- en het proportionaliteitsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partijen betwisten formeel dat de combinatie – dan wel in haar afzonderlijke onderdelen – niet betrouwbaar zou zijn. De verwijzing naar de in het bestreden besluit aangehaalde werven wordt volgens hen eenzijdig benaderd zonder rekening te houden met de concrete omstandigheden van het dossier waar er tussen de afgevaardigden van de verwerende partij en de werfleiders van de combinatie – om puur persoonlijke redenen – geen communicatie mogelijk was.

Zij merken op dat het in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid voor de Raad van State en voor de betrokken partijen onmogelijk is om ten gronde “*prima facie*” alle processen-verbaal te overlopen en dat zij zich om die reden in hun middel beperken tot “twee topics”.

Daarbij wijzen zij er vooreerst op dat de bvba RTS niet gelijk is aan de bvba RTS Infra. De bvba RTS Infra is precies opgericht om het hoofd te bieden aan bepaalde organisatorische moeilijkheden die de bvba RTS kende. Zij verwijzen naar het arrest nr. 226.546 van 25 februari 2014 van de Raad van State en stellen dat de band van doorwerking *in casu* volstrekt niet werd onderzocht. In het bestreden besluit valt volgens hen immers geen enkele overweging te bespeuren waarom de fouten die de bvba RTS in het verleden in voorkomend geval moesten worden toegerekend, eveneens aan de volledig vernieuwde bvba RTS Infra, die recent een klasse 7 heeft verkregen, mag worden toegerekend.

Het gebrek aan motivering schendt volgens hen de formele- en materiëlemotiveringsplicht alsook het zorgvuldigheidsbeginsel.

Nog los van de vraag of de richtlijn 2014/24/EU rechtstreekse werking heeft, moet de interpretatie van internrechtelijke normen volgens de verzoekende partijen richtlijnconform gebeuren.

Gelet op het feit dat de omschrijving van beroepsfout in artikel 61 van het koninklijk besluit Plaatsing niet wordt gedetailleerd, dient deze bepaling volgens hen dan ook geïnterpreteerd te worden conform de richtlijn 2014/24/ EU. Meer in het bijzonder moet volgens de verzoekende partijen worden gemotiveerd in hoeverre de inbreuken verhoudingsgewijs opwegen tegen de uitsluiting en of de maatregel dus proportioneel is.

Nu het zonder meer duidelijk is dat de beweerde fouten van het onderdeel de bvba RTS Infra van de combinatie de weigering niet kunnen schragen, ligt geen proportionele maatregel voor.

Minstens is niet gemotiveerd waarom de uitsluiting nog verantwoord is, spijs het feit dat de bvba RTS Infra niet had mogen worden uitgesloten, minstens dat omtrent de uitvoering van de bvba RTS Infra niets ter discussie staat.

Voorts werpen de verzoekende partijen op dat de verwerende partij zich in de bestreden gunningsbeslissing niet mocht steunen op de processen-verbaal over de werf Erpe-Mere omdat deze processen-verbaal zouden zijn opgesteld door het studiebureau dat de werf leidde en niet door de leidend ambtenaar, hoewel de bevoegdheid om processen-verbaal te schrijven niet mag worden gedelegeerd. De bekrachtiging van de processen-verbaal zou pas op het einde van de werf zijn gebeurd, zodat de verwerende partij zich er niet op kon steunen om ook de bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel te weren.

Er ligt volgens de verzoekende partijen aldus geen naar recht verantwoorde motivering voor die tot onkunde in hoofde van de combinatie kan leiden. In elk geval kan niet naar recht worden overwogen dat de motivering op het

punt van de proportionaliteit, voor zover aanwezig, nog draagkrachtig is.

Gelet op het feit dat de richtlijn 2014/24/EU ook aandringt op een hoorrecht, dat hier evenmin is gerespecteerd, is er evenmin op dat punt een richtlijnconforme toepassing van artikel 61 van het koninklijk besluit Plaatsing gemaakt.

Beoordeling

5.11. De verzoekende partijen voeren in hun tweede middel in de eerste plaats de schending aan van artikel 61, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing. Hierin wordt bepaald dat de aanbestedende overheid de kandidaat of inschrijver die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld met elk middel dat de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken, in elk stadium van de gunningsprocedure kan uitsluiten.

5.12. In de aankondiging van de opdracht wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat de uitsluitingsgronden van artikel 61, §§1 en 2, van het koninklijk besluit Plaatsing van toepassing zijn.

5.13. Op 13 oktober 2016 beslist de verwerende partij om de verzoekende partijen met toepassing van het voormelde artikel 61, § 2, 4°, uit te sluiten van deelname aan de opdracht. De motieven hiervoor werden hiervoor onder randnummer 3.5 weergegeven.

5.14. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partijen als geheel dienden te worden uitgesloten zodra er een reden tot uitsluiting was in hoofde van één van haar twee leden. Hieruit volgt volgens haar dat zodra blijkt dat de vaststelling van een ernstige beroepsfout in hoofde van één van beide ondernemingen *prima facie* niet onwettig blijkt te zijn vastgesteld, het tweede middel integraal dient te worden verworpen.

Dienaangaande valt in de eerste plaats op te merken dat overeenkomstig artikel 66 van het koninklijk besluit Plaatsing de bepalingen inzake het toegangsrecht van afdeling 2, Hoofdstuk 5, van dit besluit individueel toepasselijk zijn op alle deelnemers die (1°) zich samen kandidaat stellen en de intentie hebben om, ingeval van selectie, samen een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid op te richten of (2°) samen een offerte indienen als combinatie zonder rechtspersoonlijkheid.

Voor een offerte ingediend door een tijdelijke handelsvennootschap, dient bijgevolg voor elke vennoot afzonderlijk te worden nagegaan of deze zich niet in een toestand van uitsluiting bevindt.

In de omzendbrief van 10 februari 1998 ‘Overheidsopdrachten – Kwalitatieve selectie van de aannemers, leveranciers en dienstverleners’ werd dienaangaande reeds opgemerkt dat de uitsluiting van een van de vennoten “de offerte van de vereniging dientengevolge waardeloos [maakt]”.

De voorliggende opdracht wordt gegund bij open aanbesteding, en dus slechts in één fase, waarbij de verzoekende partijen niet individueel doch slechts onder de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap een offerte hebben ingediend. Als minimumeis inzake technische bekwaamheid wordt bovendien een erkenning in klasse 8, categorie C vermeldt. Uit de stukken van het administratief dossier en zoals neergelegd door de verzoekende partijen blijkt dat zij elk slechts over een erkenning klasse 7 beschikken.

Zelfs indien één van de motieven slechts de uitsluiting van één van de leden van de tijdelijke handelsvennootschap zou verantwoorden, lijkt te moeten worden vastgesteld dat de overgebleven kandidaat niet met de inschrijver die de offerte heeft ingediend, kan worden gelijkgesteld en dat deze overgebleven kandidaat hoe dan ook op zichzelf niet over de vereiste erkenning lijkt te beschikken.

Aldus lijken de verzoekende partijen op het eerste gezicht enkel te beschikken over het rechtens vereiste belang bij dit middel indien zij ertoe zouden komen aan te tonen dat beide motieven onrechtmatig zijn.

5.15. In het arrest *Forposta*, C-465/11 van 13 december 2012 heeft het Hof van Justitie opgemerkt dat het begrip “fout bij de beroepsuitoefening” elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer, en niet alleen schendingen van de tuchtrechtelijke normen in enge zin van de beroepsgroep van deze marktdeelnemer die worden vastgesteld door het voor deze beroepsgroep ingestelde tuchtorgaan of een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing.

Het Hof oordeelde dat ook de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen in principe kan worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout.

Voorts kan volgens het Hof in principe slechts worden vastgesteld dat er sprake is van een “ernstige fout” indien het gedrag van de betrokken marktdeelnemer *in concreto* en individueel is beoordeeld.

5.16. De toepassing van de uitsluitingsgrond vermeld in artikel 61, § 2, 4°, van het koninklijk besluit Plaatsing houdt dan ook 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.

De beslissing tot uitsluiting van een kandidaat, genomen met toepassing van dit artikel 61, § 2, 4°, moet, om formeel en afdoende te zijn gemotiveerd, toelaten te begrijpen om welke redenen de aanbestedende overheid

oordeelde, enerzijds, dat een kandidaat of inschrijver een ernstige fout heeft begaan, en anderzijds om daarom gebruik te maken van de mogelijkheid die de aanbestedende overheid heeft om deze kandidaat of inschrijver uit te sluiten.

Deze motiveringsplicht geldt des te meer nu de aanbestedende overheid over een belangrijke discretionaire bevoegdheid beschikt, enerzijds om de feiten waarvan zij kennis heeft, te kwalificeren als “ernstige fout”, in de zin van voorvermelde bepaling, en anderzijds om te kiezen een kandidaat of inschrijver uit te sluiten als gevolg van deze fout. Daarnaast legt de vaststelling van het bestaan van een “ernstige fout” aan de aanbestedende overheid een plicht op om een zorgvuldige, concrete en individuele beoordeling door te voeren van de houding van de kandidaat en deze moet blijken uit de beslissing van uitsluiting.

5.17. Te dezen steunt de verwerende partij de “ernstige fout” in de beroepsuitoefening in hoofde van de bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel op de tekortkomingen begaan in het kader van de uitvoering van de opdracht “Erpe-Mere N9 Gentsesteenweg / N46 Oudenaardsesteenweg/ N442 Leedsesteenweg (Vijf Huizen)” formeel vastgesteld in 24 processen-verbaal van ingebrekestelling en 32 processen-verbaal van vaststelling en die ook telkens aanleiding gaven tot straffen.

In hoofde van het andere lid van de tijdelijke handelsvennootschap de bvba RTS Infra, steunt de bestreden gunningsbeslissing de ernstige fout in de beroepsuitoefening op tekortkomingen door de bvba RTS begaan tijdens de uitvoering van de opdracht TV3V-dossier “4083: N35 Gaversesteenweg — Driesstraat — N494 Oudenaardsesteenweg — Rijbroekstraat — Ten Rodelaan” met besteknr. 1M3D8H/13/54, formeel vastgesteld in negen processen-verbaal van vaststelling en één proces-verbaal van ingebrekestelling.

5.18. Op het eerste gezicht bevat de bestreden gunningsbeslissing, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen voorhouden, wel degelijk de vereiste *in concreto* beoordeling.

Zo wordt wat het eerste motief betreft, verwezen naar concrete tekortkomingen in hoofde van de bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel in het kader van een eerdere overheidsopdracht uitgeschreven door de verwerende partij, wordt de aard en ernst van deze tekortkomingen uiteengezet en tevens waarom deze tekortkomingen eveneens relevant zijn in het licht van het voorwerp van de huidige opdracht.

Wat de veelvuldige inbreuken inzake de veiligheid en gezondheid op de werf betreft, verwijst de aanbestedende overheid bijkomend ook naar het lage bedrag dat voorzien is voor maatregelen inzake veiligheid en gezondheid in de huidige inschrijving.

Ook wat het tweede motief betreft, lijkt de bestreden gunningsbeslissing op het eerste gezicht dergelijke *in concreto* beoordeling te omvatten, waaruit tevens nalatigheden van een zekere ernst blijken.

5.19. De verzoekende partijen betwisten voorts slechts “formeel dat de combinatie (dan wel in haar afzonderlijke onderdelen) niet betrouwbaar zou zijn” doch weerleggen in ieder geval niet concreet het bestaan van de nalatigheden die hebben geleid tot de voormelde processen-verbaal en sancties, nalatigheden waarop hun uitsluiting te dezen steunt.

5.20. In de mate dat de verzoekende partijen zich in dit middel beroepen op een richtlijnconforme interpretatie van het begrip “beroepsfout” in artikel 61 van het koninklijk besluit Plaatsing en inroepen dat de richtlijn ook aandringt op een hoorrecht, valt op te merken dat – zoals reeds werd vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel – uit de richtlijn op het eerste gezicht geen door de verzoekende partijen concreet aangetoonde verplichting voor de aanbestedende overheid blijkt om een inschrijver de mogelijkheid te bieden om uiteen te zetten welke maatregelen hij genomen heeft ter voorkoming van verdere beroepsfouten.

Zoals reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het eerste middel, wordt in de bestreden gunningsbeslissing bovendien wel degelijk gewezen op het aantal inbreuken, de ernst ervan, het herhaaldelijk voorkomen ervan, evenals de relatie van de vastgestelde tekortkomingen tot het voorwerp van de huidige opdracht om de beslissing tot uitsluiting van de verzoekende partijen te verantwoorden.

Wat de schending van de hoorplicht betreft, lijkt voorts te moeten worden vastgesteld dat aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur niet is voldaan aangezien een beslissing inzake niet-selectie geen maatregel is die, zoals 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.

5.21. Wat de tekortkomingen in hoofde van de bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel betreft, werpen de verzoekende partijen in hun verzoekschrift enkel op dat de verwerende partij zich in de bestreden gunningsbeslissing niet mocht steunen op de processen-verbaal betreffende de werf Erpe-Mere, omdat deze processen-verbaal zouden zijn opgesteld door het studiebureau dat de werf leidde en niet door de leidend ambtenaar, hoewel de bevoegdheid om processen-verbaal te schrijven niet zou mogen worden gedelegeerd. De bekrachtiging van de processen-verbaal zou volgens hen pas op het einde van de werf zijn gebeurd, zodat de verwerende partij zich er niet op kon steunen om ook de bvba Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel te weren.

Op het eerste gezicht geven de verzoekende partijen daarbij in hun verzoekschrift niet aan welke rechtsbepaling of welk rechtsbeginsel zij hierdoor geschonden achten. Bovendien wordt deze grief in het verzoekschrift op geen enkele wijze met stukken onderbouwd. Bijgevolg lijkt het betoog van de verzoekende partijen, zeker in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid waar de formulering van het middel een noodzakelijk snelle en

prima facie beoordeling moet toelaten, niet te mogen worden aangemerkt als een ontvankelijk middel.

Artikel 11 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’ lijkt voorts niet uit te sluiten dat de leiding van en de controle op de uitvoering wordt toevertrouwd aan een persoon buiten de aanbestedende overheid.

Zowel de verzoekende partijen als de verwerende partij hebben voor de terechtzitting nog aanvullende stukken neergelegd om hun standpunt inzake de aanstelling als leidend ambtenaar voor de desbetreffende opdracht voor aanneming van werken te ondersteunen.

Daargelaten de vaststelling dat de Raad van State ook nu nog op het eerste gezicht niet over alle vereiste stukken lijkt te beschikken om hierover te kunnen oordelen – zo ontbreken bijvoorbeeld de betrokken processen-verbaal –, lijkt het geschil omtrent de al dan niet rechtmatige ondertekening van de processen-verbaal en de al dan niet tegenstelbaarheid van het mandaat op het eerste gezicht te kaderen binnen de uitvoering van een tussen de tweede verzoekende partij en de verwerende partij gesloten overeenkomst, zodat de Raad van State op het eerste gezicht onbevoegd lijkt om hierover te oordelen.

Bovendien kan overeenkomstig artikel 61 van het koninklijk besluit Plaatsing het bewijs inzake de ernstige fout bij de beroepsuitoefening worden vastgesteld met elk middel dat de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken.

Het proces-verbaal is niet het enige bewijsmiddel van tekortkomingen aan de bepalingen van de opdrachtdocumenten.

Het enkele feit dat de betrokken processen-verbaal zouden zijn

opgesteld door een onbevoegd persoon en pas op het einde van de werf zouden zijn bekrachtigd, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet van aard om te besluiten dat de verwerende partij zich bij de aanneming van de bestreden gunningsbeslissing niet kon steunen op de in voormelde processen-verbaal vastgestelde feiten, die door de verzoekende partijen als dusdanig, ook in het verzoekschrift, niet worden betwist.

5.22. In de huidige stand van het geding wordt aldus *prima facie* niet aangetoond dat de in voormelde processen-verbaal vastgestelde nalatigheden, waarop in de kwestieuze gunningsprocedure de uitsluiting van de tweede verzoekende partij steunt, door de verwerende partij niet beschouwd mochten worden als een ernstige fout in de beroepsuitoefening die de uitsluiting voor voorliggende opdracht rechtvaardigt.

5.23. Om de redenen die hoger werden uiteengezet, lijken de verzoekende partijen gelet op voormelde vaststellingen, bijgevolg geen belang te hebben bij de overige grieven die zij in dit middel aanvoeren ten aanzien van het tweede motief in de bestreden gunningsbeslissing dat betrekking heeft op de uitsluiting van de eerste verzoekende partij.

5.24. Aangezien geen van de in het middel aangehaalde grieven ernstig is gebleken, blijkt evenmin dat de opdracht niet zou zijn gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend en dat de artikelen 23 en 24 van de wet van 15 juni 2006 zouden zijn geschonden.

5.25. Ook het tweede middel is aldus niet ernstig.

VI. Besluit

6. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissingen om de opdracht te gunnen “aan Stadsbader nv [...] en niet aan de laagste inschrijver, met name de verzoekster TV bvba RTS infra-bvba Aannemingsbedrijf

Norré-Behaegel”, wordt verworpen.

VII. Kosten

7. De kosten van de vordering tot schorsing, met inbegrip van de door de verwerende partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, worden ten laste van de verzoekende partijen gelegd.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden, elk voor de helft, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 januari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin