

DE SAMENWERKING TUSSEN G4S EN DE STAD GENT

Dit document heeft betrekking op drie centrale vragen over de samenwerking tussen de Stad Gent en de Belgische dochterondernemingen van G4S, een multinationale ondernemingsgroep die onder meer beveiligingsdiensten (apparatuur en bewakers) levert aan Israëliische bedrijven, politiediensten, detentiefaciliteiten en controleposten, in Israël en de Bezette Palestijnse Gebieden. Door deze essentiële diensten te verlenen aan de Israëliische overheid, maakt G4S zich schuldig aan het helpen, bijstaan, verergeren en vergemakkelijken van grove schendingen van de internationale mensenrechten en van het internationaal humanitair recht.

De Stad Gent heeft reeds verschillende overheidsopdrachten gegund aan G4S en zal dit in de toekomst mogelijks opnieuw doen indien G4S mededingt in de gunningsprocedures. Nochtans beschikt de Stad Gent juridisch gezien over de mogelijkheid om te vermijden dat overheidsopdrachten nog worden gegund aan G4S en is zij daar minstens politiek en moreel toe verplicht.

Deze stelling zal stapsgewijs onderbouwd worden. Ten eerste, de gedragingen van G4S in Israël kunnen wel degelijk in aanmerking worden genomen bij het beoordelen van G4S België. Ten tweede, de bijdrage van G4S tot schendingen van de internationale mensenrechten en het internationaal humanitair recht kan worden gekwalificeerd als een “ernstige fout bij de beroepsuitoefening”, op basis waarvan ondernemingen tijdens elke fase van *de gunningsprocedure* kunnen worden uitgesloten. De overheidsopdrachtenregelgeving laat een uitsluiting dus toe, maar verplicht de Stad Gent hier niet toe. Onder het internationaal recht kan echter wel worden geargumenteed dat Belgische overheden G4S verplicht moeten uitsluiten om in overeenstemming te zijn met hun eigen verbintenissen op het gebied van internationale mensenrechten en internationaal humanitair recht. Ten derde, de Stad Gent kan lopende opdrachten toegekend aan G4S *verbreken* onder de oude overheidsopdrachtenregelgeving wegens een ernstige fout in de beroepsuitoefening indien zij die verbrekingsgrond voorafgaandelijk heeft opgenomen in het bestek om objectiviteit, voorspelbaarheid en niet-discriminatie te garanderen. De nieuwe wetgeving voorziet daarentegen wel zelf uitdrukkelijk in die mogelijkheid. Daarnaast kan de Stad Gent ook beslissen opdrachten die in de nabije toekomst tot een einde komen, *niet te verlengen*.

Voorafgaande opmerking: sinds 1 juli 2013 geldt een nieuwe regelgeving inzake overheidsopdrachten die de Europese Richtlijn nr. 2004/18 omzet en die van toepassing is op alle overheidsopdrachten gegund na die datum.¹ Bijgevolg zal verwezen worden naar zowel de oude als de nieuwe reglementering. De oude reglementering is een omzetting van drie Europese Richtlijnen, waaronder nr. 92/50 inzake diensten.²

¹ Wet 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, *BS* 15 juli 2007, 7.355 (hierna nieuwe overheidsopdrachtenwet); Koninklijk Besluit 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, *BS* 9 augustus 2011, 44.862 (hierna nieuw plaatsingsKB); Koninklijk Besluit 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, *BS* 14 februari 2013, 8.752 (hierna nieuw KB inzake uitvoeringsregels overheidsopdrachten); Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Pb. L.* 30 april 2004, afl. 134, 114 (hierna Richtlijn nr. 2004/18 inzake overheidsopdrachten).

² Wet 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *BS* 22 januari 1994, 1.308 (hierna oude overheidsopdrachtenwet); Koninklijk Besluit 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, *BS* 26 januari 1996, 1.523 (hierna oud plaatsingsKB); Koninklijk Besluit 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de

1. Relatie G4S België en Israël

In welke mate kan de Stad Gent bij de kwalitatieve beoordeling van de Belgische dochteronderneming van G4S rekening houden met de activiteiten van G4S in Israël?

G4S België en Israël zijn inderdaad afzonderlijke juridische entiteiten, namelijk dochterondernemingen van het moederbedrijf G4S, dat principieel niet aansprakelijk kan worden gesteld louter omwille van het feit dat het (alle) aandelen houdt in deze ondernemingen.³ Toch kan onder het Belgische recht de rechtspersoonlijkheid van een specifieke rechtspersoon worden doorbroken, zodat alle ondernemingen binnen eenzelfde economische groep in aanmerking worden genomen voor de toepassing van de wet.⁴ In het arbeidsrecht wordt bijvoorbeeld gekeken naar de “technische bedrijfseenheid”, die onder meer alle entiteiten binnen eenzelfde economische groep omvat, om te bepalen of een onderneming verplicht is een ondernemingsraad op te richten.⁵ Het Belgische recht laat dus wel degelijk toe om onder bepaalde omstandigheden te kijken naar de vennootschapsgroep in plaats van naar de individuele ondernemingen.

Een dergelijke juridische benadering ten opzichte van de identificatie van G4S is tevens toegelaten onder het Europees recht. Het Hof van Justitie heeft immers in de context van het mededingingsrecht geoordeeld dat er een vermoeden is dat een dochteronderneming niet onafhankelijk beslist over haar beleid en gedragingen indien haar kapitaal volledig in handen is van de moedermaatschappij, in welk geval rekening moet worden gehouden met de structuur en het beleid van die laatste onderneming. Bovendien omschrijft Richtlijn nr. 2004/18 inzake overheidsopdrachten het begrip “aannemer” als “elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt”. Verdere steun voor het argument dat men naar het groepsniveau mag kijken bij multinationale ondernemingen in het kader van gunningsprocedures bevindt zich in het feit dat kandidaat-ondernemingen zich onder bepaalde voorwaarden mogen beroepen op de expertise van de groep. Dit wordt als volgt verwoord in de preambule van Richtlijn nr. 2004/18 inzake overheidsopdrachten (en juridisch uitgewerkt in Artikel 52.1, al. 3):

“Met betrekking tot de officiële lijsten van erkende ondernemers is het van belang rekening te houden met de jurisprudentie van het Hof van Justitie wanneer een ondernemer die deel uitmaakt van een groep zich in zijn verzoek tot inschrijving beroept op de economische, financiële of technische capaciteiten van andere ondernemingen van de groep. In dat geval moet de ondernemer bewijzen dat hij gedurende de totale looptijd van zijn inschrijving daadwerkelijk over deze middelen beschikt. Met het oog op deze inschrijving kan een lidstaat in dat geval een aantal vereisten formuleren waaraan voldaan moet worden, met name bijvoorbeeld, wanneer deze ondernemer zich beroept op de financiële capaciteit van een andere onderneming van de groep, de - indien nodig solidaire - betrokkenheid van laatstgenoemde onderneming.”

concessies voor openbare werken, BS 18 oktober 1996, 26.830 (hierna oud KB inzake uitvoeringsregels overheidsopdrachten): Richtlijn nr. 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, Pb. L. 24 juli 1992, afl. 209, 1 (hierna Richtlijn nr. 92/50 inzake overheidsopdrachten).

³ Cf. Artikel 2 W. Venn.

⁴ Eén specifiek geval dat ontwikkeld werd in de rechtspraak betreft de situatie waarin de moedermaatschappij zodanig is betrokken in het beleid en de werking van haar dochter dat haar niet langer het voordeel kan worden toegekend om de beperkte aansprakelijkheid in te roepen. K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing the corporate veil: a transnational approach*, onuitg. Doctoraatsthesis Rechten K.U.Leuven, 2005, 24-25.

⁵ Dit moet slechts indien een minimumaantal werknemers wordt tewerkgesteld, hetgeen omzeild zou kunnen worden door de onderneming te splitsen in verschillende juridische entiteiten. *Ibid.*, 328.

Bovendien bestaat er een precedent in het Verenigd Koninkrijk, waar verschillende gemeenten en steden (onder meer Londen, Swansea, Edinburgh, Portsmouth, Richmond en West Midlands) besloten hebben om de Franse groep Veolia te weren uit hun gunningsprocedures wegens de activiteiten van de Israëlische dochteronderneming in de illegale nederzettingen. Ondanks het feit dat de Britse en de Israëlische dochter elk een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid hebben, vonden deze overheden dat de activiteiten van die laatste toch in aanmerking konden worden genomen bij het beoordelen van die eerste onderneming, aangezien zij behoren tot één groep die als één enkele entiteit moet worden benaderd. Elementen die daarbij in aanmerking werden genomen, waren het feit dat de groep een geconsolideerde jaarrekening opstelt evenals de houding van de moedermaatschappij ten opzichte van haar ondernemingen (beschouwd als onderdelen van zichzelf) en hun contracten (beschouwd als eigen contracten).

Ook G4S stelt een geconsolideerde jaarrekening op en volgende citaten kunnen op haar website worden teruggevonden:

“G4S is the largest employer on the London Stock Exchange, with operations in more than 120 countries and over 620,000 employees. We are proud of the role they play in securing your world.”

“G4S has a unique global footprint with operations in over 120 countries.”

“Whether you require a security solution in one location or across multiple continents, our global experience is always on hand to bring you advantages.”

CONCLUSIE: zowel het Belgische recht als het Europees recht laten toe naar het groepsniveau van multinationale ondernemingen te kijken indien de verschillende ondernemingen een voldoende nauwe band hebben. G4S bezit alle aandelen van haar dochterondernemingen, stelt een geconsolideerde jaarrekening op en oefent een beslissende invloed uit op haar regionale dochterondernemingen voor wiens beleid de hoofdkwartieren te Crawley “overall responsibility” dragen, zoals erkend door Mr. Mynott, Director of Media Relations. De activiteiten van G4S in Israël zijn dus wel degelijk relevant bij de kwalitatieve beoordeling van de Belgische dochterondernemingen in gunningsprocedures georganiseerd door Belgische overheden.

2. Uitsluiting van inschrijvers wegens “ernstige fout bij de beroepsuitoefening”

a) Kwalificatie als “ernstige fout”

Kunnen de activiteiten van G4S in Israël gekwalificeerd worden als een ernstige fout bij de beroepsuitoefening op basis waarvan de Stad Gent ondernemingen van deze groep uit haar aanbestedingsprocedures kan weren?

Conform Artikel 17, §2, 4° van het oude plaatsingsKB en Artikel 61, §2, 4° van het nieuwe plaatsingsKB *kan* de aanbestedende overheid een kandidaat uitsluiten in elk stadium van de gunningsprocedure indien deze “bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan”. Die fout kan vastgesteld worden op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken.⁶

Deze bepalingen zetten Artikel 29(d) van Richtlijn nr. 92/50 inzake overheidsopdrachten en Artikel 45, 2(d) van Richtlijn nr. 2004/18 inzake overheidsopdrachten om. Bijgevolg moet bij de interpretatie van die wetsartikelen rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het begrip “ernstige fout bij de beroepsuitoefening” werd voor het eerst geïnterpreteerd door het Hof in een arrest van 13 december 2012 (*Forposta & ABC Direct Contact v.*

⁶ Zie Artikel 62, §3, 3° van het nieuwe plaatsingsKB.

Poczta Polska).⁷ Het Hof besliste 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).⁸ Het Hof oordeelde tevens dat “het begrip „ernstige fout” gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer.”⁹ Voorts kan in principe slechts worden vastgesteld dat er sprake is van een „ernstige fout” indien het gedrag van de betrokken marktdeelnemer *in concreto* en individueel wordt beoordeeld.¹⁰

Volgens de rechtspraktijk betekent dit arrest dat aanbestedende overheden een relatief grote appreciatiemarge hebben om gedragingen als ernstige fout in de beroepsuitoefening te beschouwen, op voorwaarde dat ze dit doen per individueel geval en in het licht van het proportionaliteitsprincipe.¹¹

De activiteiten van G4S in Israël en de bezette gebieden kwalificeren zeker als een dergelijke ernstige fout aangezien ze rechtstreeks bijdragen tot schendingen van het internationaal recht. De Stad Gent kan deze fout ook gemakkelijk aantonen dankzij de verschillende internationale veroordelingen (door onder meer het Internationaal Gerechtshof en de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties) die de illegaliteit van de acties van Israël hebben vastgesteld.¹² Bovendien hebben de gemeenteraden in het Verenigd Koninkrijk die Veolia hebben geweerd uit hun gunningsprocedures, zich gebaseerd op dezelfde bepaling, zoals omgezet in de Britse wetgeving. De fout verweten aan Veolia betrof eveneens de betrokkenheid van de groep in ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht door spoorweg- en busdiensten te verlenen en door diensten inzake rioolwaterzuivering, afvalinzameling en stortplaatsen te leveren aan de illegale nederzettingen van Israël.

Het feit dat de ernstige fout van G4S begaan wordt in specifieke landen, met name Israël en Palestina, mag geen reden zijn voor de Stad Gent om te vrezen dat de uitsluiting in strijd zou zijn met het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit. G4S zou immers niet uitgesloten worden wegens het feit dat de onderneming activiteiten verricht in Israël en Palestina, maar wegens de aard van die activiteiten: G4S verleent diensten in het kader van de illegale activiteiten van Israël in de Bezette Palestijnse Gebieden.

b) Verplichte uitsluiting?

Onder de overheidsopdrachtenreglementering is de Stad Gent juridisch gezien niet verplicht om G4S te weren op basis van het kwalitatieve selectie criterium “ernstige fout bij de beroepsuitoefening”. De desbetreffende bepalingen van de Europese richtlijnen en de oude en nieuwe Belgische wetgeving maken duidelijk een onderscheid tussen aannemers die veroordeeld zijn geweest voor bepaalde

⁷ HvJ C-465/11, Forposta SA & ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska SA [2012], voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

⁸ *Ibid.*, §27.

⁹ *Ibid.*, §30.

¹⁰ *Ibid.*, §31.

¹¹ Zie NautaDutilh, *ECJ interprets the concept of “grave professional misconduct”*, http://www.newsletter-nautadutilh.com/EN/xzine/competition/ecj_interprets_the_concept_of_grave_professional_misconduct/hvj_eu_1egt_begrip_ernstige_fout_in_de_beroepsuitoefening_uit.html?cid=4&xzine_id=4832.

¹² Zie onder meer ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (9 July 2004), §120; Human Rights Council, Resolution on the human rights situation in Palestine and other occupied Arab territories, *U.N. Doc. A/HRC/22/L.42* & *U.N. Doc. A/HRC/22/L.44* (19 March 2013)

misdrijven zoals fraude, corruptie en witwaspraktijken en die uitgesloten *moeten* worden uit gunningsprocedures en aannemers die om andere redenen uitgesloten *mogen* worden.

Er kan echter worden geargumenteed dat de Stad Gent als orgaan van de Belgische staat haar verbintenissen onder het internationaal recht, in het bijzonder de internationale mensenrechtenverdragen en het internationaal humanitair recht (de Geneva Conventies), zou schenden indien zij G4S niet uitsluit. In *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004), heeft het Internationaal Gerechtshof immers beslist dat de internationaal onrechtmatige gedragingen van Israël juridische gevolgen hebben voor derde-landen:

Given the character and the importance of the rights and obligations involved, the Court is of the view that **all States** are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction. It is also for all States, while respecting the United Nations Charter and international law, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end. In addition, all the States parties to the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 are under an obligation, while respecting the United Nations Charter and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention.¹³

Het Gerechtshof heeft deze belangrijke uitspraak gedaan na vast te stellen dat zowel het zelfbeschikkingsrecht van volken als de regels inzake internationaal humanitair recht *erga omnes* verplichtingen in het leven roepen die gelden ten opzichte van alle staten (zelfs indien zij de betrokken internationale overeenkomsten niet hebben geratificeerd).¹⁴ Deze internationaalrechtelijke regels behoren dus tot het *jus cogens*, dit is het internationaal gewoonterecht van de hoogste categorie, waarvan geen enkele afwijking mogelijk is. Bovendien stelde het Hof uitdrukkelijk dat het Gemeenschappelijke Artikel 1 van de Geneva Conventies alle staten verplicht te garanderen dat deze Conventies worden nageleefd in gewapende conflicten, zelfs indien zij niet betrokken zijn in het specifieke conflict.¹⁵

G4S draagt rechtstreeks bij tot schendingen van het *jus cogens*. Ten eerste levert G4S beveiligingsapparatuur en onderhoudsdiensten aan controleposten die onderdeel uitmaken van de “Separation Wall” en draagt op die manier bij tot schendingen van het zelfbeschikkingsrecht van de Palestijnen en van de Geneva Conventies.¹⁶ Ten tweede levert G4S ook beveiligingsdiensten en –bewakers aan bedrijven in de illegale nederzettingen, die gebouwd zijn in strijd met de Geneva Conventies, in het bijzonder artikel 49 van de Vierde Conventie van Geneva, en het zelfbeschikkingsrecht van de Palestijnen.¹⁷ Ten derde levert G4S beveiligingsapparatuur en –diensten voor detentiefaciliteiten zowel in Israël als in de Bezette Palestijnse Gebieden, die niet enkel opereren

¹³ [emphasis added] ICJ, *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (9 July 2004), §159.

¹⁴ *Ibid.*, §154-158.

¹⁵ *Ibid.*, §158.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, §120; Human Rights Council, Resolution on the human rights situation in Palestine and other occupied Arab territories, *U.N. Doc. A/HRC/22/L.42* & *U.N. Doc. A/HRC/22/L.44* (19 March 2013).

in strijd met de Vierde Conventie van Geneva inzake de rechten van personen in bezette gebieden,¹⁸ maar ook vragen opwerpen inzake het verbod op foltering en mensonterende behandeling.¹⁹

Indien Belgische overheden overheidsopdrachten gunnen aan G4S, dragen ze onrechtstreeks bij tot dergelijke schendingen van het internationaal recht of lijken ze deze gedragingen goed te keuren, in strijd met de verplichtingen van België zoals verwoord door het Internationaal Gerechtshof in het citaat hierboven weergegeven.²⁰ De Stad Gent is dus eigenlijk verplicht G4S te weren uit haar gunningsprocedures. Bovendien zou een dergelijke actie geen ongerechtvaardigde inmenging in de interne aangelegenheden van Israël inhouden, aangezien het directe doelwit van de sanctie een onderneming is en geen land, en aangezien een inmenging met het oog op het beschermen van mensenrechten steeds gerechtvaardigd is.²¹

Ten slotte is de Stad Gent minstens moreel en politiek verplicht om ondernemingen zoals G4S onder druk te zetten de internationale mensenrechtenverdragen en humanitaire conventies die geratificeerd zijn door België na te leven. Selectieve gunningsprocedures voor overheidsopdrachten zijn immers een uniek middel in handen van overheden om ondernemingen ertoe aan te zetten mensenrechten te respecteren, aangezien er een handhavingsmiddel aan verbonden is: de niet-toewijzing van een opdracht.²² Bovendien zou een dergelijke uitsluiting de wil van de burgers respecteren, die immers zelf de onderneming niet kunnen kiezen die de betrokken goederen en diensten levert. Zeisel verwoordt deze bezorgdheid als volgt:

Thus, since consumers have no ability directly to purchase these goods, the government should reflect the desires of its citizens to purchase products made in a way that is consistent with human rights norms. (...) In reality, (...), this theory is an embodiment of representative democracy, and is about fulfilling consumers' market preferences as expressed to and through their elected representatives.²³

Steun voor een dergelijke morele en politieke verplichting blijkt onder meer ook uit het feit dat de Belgische Kamer op 5 december 2002 een resolutie heeft aangenomen waarin opgeroepen wordt om bij de Europese Unie de uitdrukkelijke integratie van sociale, ethische en milieucriteria te verdedigen in de fase van de kwalitatieve selectie van inschrijvers en “een Waarnemingscentrum op te richten dat zou belast zijn met enerzijds de invoeging van de sociale, ethische en milieucriteria in de overheidsopdrachten en anderzijds de invoering van een certificeringsregeling die de mogelijkheid biedt te voldoen aan de «aangescherpte» voorwaarden voor kwalitatieve selectie.”²⁴ Ook de Europese Commissie heeft reeds de mogelijkheid opgeworpen om corporate social responsibility of “maatschappelijk verantwoord ondernemen” te stimuleren via toegang tot gunningsprocedures.²⁵

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Committee against Torture, Concluding observations on Israel, *U.N. Doc. CAT/C/ISR/CO/4* (23 June 2009); Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on Israel, *U.N. Doc. CRC/C/ISR/CO/2* (4 July 2013).

²⁰ Cf. Katherine Zeisel, “The Promotion of Human Rights by Selective Public Procurement Under International Trade Law”, in Olivier de Schutter, *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 372; Cf. Wouter Vandenhoe, “Extraterritorial Human Rights Obligations: Taking Stock, Looking Forward”, *EJHR* 2013, 821.

²¹ Cf. Zeisel, *supra* noot 18, 375.

²² Cf. *Ibid.*, 361.

²³ Cf. *Ibid.*, 364.

²⁴ Voorstel van resolutie betreffende de inachtneming van sociale, ethische en milieucriteria bij overheidsopdrachten in België, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 1789.

²⁵ Mededeling van de Europese Commissie over de sociale verantwoordelijkheid van bedrijven: een bijdrage van het bedrijfsleven aan duurzame ontwikkeling, COM(2002)347 final, 23.

c) Procedure

Zolang er geen duidelijke Europese en/of nationale reglementering is met betrekking tot welke schendingen van het internationaal recht in aanmerking kunnen worden genomen als “ernstige fout bij de beroepsuitoefening”, zou de Stad Gent er echter wel goed aan doen om duidelijk vast te stellen welke criteria zij zal hanteren voor het beoordelen van ernstige fouten. Dit zou voorspelbaarheid en objectiviteit garanderen.²⁶ Bovendien moeten deze criteria voldoen aan het proportionaliteitsvereiste en moeten ze per individueel geval worden toegepast.

CONCLUSIE: De activiteiten van G4S in Israël schenden het internationaal recht en kwalificeren als een “ernstige fout bij de beroepsuitoefening”, op basis waarvan de Stad Gent de onderneming kan weren uit haar gunningsprocedures. Waar dit slechts een juridische mogelijkheid maar geen verplichting is onder de overheidsopdrachtenwetgeving, kan afgeleid worden uit de huidige stand van het internationaal recht dat de Belgische overheden G4S moeten uitsluiten. De gedragingen van de onderneming zijn immers in strijd met het *jus cogens*, en door met deze onderneming te contracteren dragen overheden onrechtstreeks bij tot deze onrechtmatige gedragingen.

3. De verbreking of niet-verlenging van lopende opdrachten

a) *Verbreking*

Ten slotte stelt zich de vraag of de Stad Gent ook de reeds toegekende overheidsopdrachten kan verbreken wegens de betrokkenheid van G4S bij schendingen van het internationaal recht.

De toepassing van Artikel 17, §2, 4^o van het oude plaatsingsKB en Artikel 61, §2, 4^o van het nieuwe plaatsingsKB is beperkt tot elk stadium van de gunningsprocedure en betreft niet de daaropvolgende uitvoering. De relevante bepalingen bevinden zich daarentegen in Artikel 21 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden onder het oude KB inzake de uitvoeringsregels van overheidsopdrachten en Artikel 63 van het nieuwe KB. Onder het oude KB worden de verbrekingsgronden op een niet-limitatieve wijze opgesomd. Een ernstige fout bij de beroepsuitoefening is daar niet uitdrukkelijk in opgenomen. Bijgevolg kan de Stad Gent enkel een lopende overheidsopdracht verbreken op die grond, indien zij dit voorafgaand heeft voorzien in het bestek. Bovendien zal een dergelijke afwijking van de algemene aannemingsvoorwaarden uitdrukkelijk gemotiveerd moeten worden in het bestek conform Artikel 3, lid 2 van het oude KB inzake uitvoeringsregels overheidsopdrachten.

Die beperking geldt niet langer voor de overheidsopdrachten gegund na 1 juli 2013, aangezien Artikel 62 van het nieuwe KB inzake de uitvoeringsregels van overheidsopdrachten de “ernstige fout in de beroepsuitoefening” wel uitdrukkelijk als verbrekingsgrond heeft opgenomen. Opnieuw *kan* de Stad Gent de opdracht verbreken, maar is zij daar *juridisch niet toe verplicht*. Hierbij moet echter verwezen worden naar de argumentatie hierboven ontwikkeld inzake de verplichtingen van België onder het *jus cogens*.

b) *Niet-verlenging*

²⁶ Zo staat Bruyninckx bijvoorbeeld weigerachtig tegenover vage interpretaties van het begrip “ernstige fout bij de beroepsuitoefening”, aangezien “een al te lichtzinnige houding van de aanbestedende overheid niet enkel ten koste gaat van inschrijvers die een opdracht wensen te winnen, maar ook van de mededinging die ervoor moet zorgen dat de aanbestedende overheid het gewenste product aan de beste voorwaarden kan verwerven.” T. BRUYNINCKX, “Ethische overwegingen bij gunning overheidsopdrachten”, *NJW* 2013, Afl. 281, (334) 344-345, nr. 37.

Aanbestedende overheden kunnen in het bestek bepalen dat overheidsopdrachten van bepaalde duur verlengd kunnen worden middels een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (zie Artikel 17, §2, 2°, b van de oude overheidsopdrachtenwet en Artikel 26, §1, 2°, b van de nieuwe overheidsopdrachtenwet). Een dergelijke gunningsprocedure houdt in wezen in dat de aanbestedende overheid enkel de door haar gekozen ondernemingen moet raadplegen en zij de procedure dus kan beperken tot de onderneming die de vorige opdracht heeft uitgevoerd (zie Artikel 17, §1 van de oude overheidsopdrachtenwet en Artikel 3, 7° van de nieuwe overheidsopdrachtenwet). Dit is echter enkel mogelijk indien een verlengingsmogelijkheid uitdrukkelijk werd voorzien in het oorspronkelijk bestek. Bovendien blijft het een mogelijkheid en is de aanbestedende overheid dus niet verplicht deze gunningswijze toe te passen, en kan zij er ook voor opteren om aan andere kandidaten de mogelijkheid te bieden de opdracht binnen te halen.

Concreet betekent dit het volgende voor de lopende opdrachten toegekend door de Stad Gent aan G4S:

- De opdracht inzake het ledigen van de parkeerautomaten loopt tot 31 januari 2014 en is slechts gegund voor een periode van 1 jaar zonder dat voorzien werd in een verlengingsmogelijkheid.
⇒ *Vraag: heeft de Stad Gent reeds stappen ondernomen voor de toekenning van de opdracht na 31 januari 2014?*
- De opdracht inzake parkeercontroles werd toegekend voor een periode van 1 jaar (tot 28 februari 2014) maar met een jaarlijkse verlengingsmogelijkheid tot een maximale uitvoeringstermijn van 4 jaar. De Stad Gent is niet verplicht van die verlengingsmogelijkheid gebruik te maken.
⇒ *Vraag: heeft de Stad Gent reeds stappen ondernomen inzake de uitvoering van de opdracht na 28 februari?*
- De opdracht inzake bewakingsdiensten is toegekend voor 5 jaar, maar met een jaarlijkse opzegmogelijkheid (31 juli van het lopende jaar). De Stad Gent kan uiteraard gebruik maken van die opzegmogelijkheid en een nieuwe gunningsprocedure uitwerken voor de levering van de diensten vanaf 1 augustus 2014, waarbij G4S geweerd zou kunnen worden.

CONCLUSIE: De Stad Gent kan de lopende opdrachten, toegewezen onder de oude overheidsopdrachtenregelgeving enkel verbreken, indien de mogelijkheid tot verbreking wegens een ernstige fout bij de beroepsuitoefening uitdrukkelijk werd voorzien. Een dergelijke beperking zal echter niet langer gelden voor opdrachten toegekend na 1 juli 2013 omdat de wet dan zelf in die mogelijkheid voorziet. Een uitsluiting tijdens de gunningsprocedure lijkt echter een betere optie dan een verbreking wegens niet-nakoming van de uitvoeringsvoorwaarden, aangezien dergelijke voorwaarden eerder specifiek zijn aan het contract.²⁷

Aangezien twee van de drie opdrachten in de nabije toekomst tot een einde komen, kan de Stad Gent beslissen deze opdrachten niet te verlengen. Tijdens de daaropvolgende gunningsprocedure kan de stad G4S uitsluiten wegens het begaan van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening. De derde opdracht voorziet in een opzegmogelijkheid, zodat ook voor die opdracht een nieuwe gunningsprocedure kan worden georganiseerd.

Lieselot Verdonck
Ph.D. Researcher at the Human Rights Centre of Ghent University

²⁷ Cf. Zeisel, *supra* noot 18, 363.