

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.267 van 3 december 2019
in de zaak A. 225.108/XII-8542**

In zake: Bernard MOYAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jürgen Vanpraet
kantoor houdend te 8820 Torhout
Oostendestraat 306
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de KERKFABRIEK SINT-ELIGIUS ETTELGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Matthias Castelein
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 mei 2018, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Kerkfabriek Sint-Eligius Ettelgem van 12 maart 2018 waarbij de opdracht “Eligius 2.0” wordt gegund aan de bvba ampe.trybou architecten en van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan Bernard Moyaert.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jozef Stevens 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 8 oktober 2019.

Staatsraad Patricia De Somere zet de stand van de zaak uiteen.

Advocaat Jürgen Vanpraet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Matthias Castelein, die *loco* advocaat Sophie Logie verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een 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 verwerende partij schrijft op 12 december 2017 een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking uit voor een architectuuropdracht met als voorwerp “Eligius 2.0”.

De opdracht betreft de heroriëntatie, verbouwing en renovatie van de Sint-Eligiuskerk met als doel zowel een kerkelijk gedeelte als een sociaal-cultureel gedeelte in te richten.

Het project omvat zeven fases over de periode 2018-2026:

- “- Fase 1: Inrichten kleine kerk, start uitvoering in 2018
- Fase 2: Restauratie zuidgevel en inkomsas; heroriëntatie, start in 2018
- Fase 3: Faciliteiten nevenbestemmingen, uitvoering in 2020
- Fase 4: Restauratie noordgevel, uitvoering in 2020
- Fase 5: Dakwerken, uitvoering in 2021
- Fase 6: Restauratie koor, uitvoering in 2025
- Fase 7: Restauratie toren, uitvoering in 2026.”

In het bestek wordt meegedeeld dat het voorontwerp van het nevenbestemmingsproject uitgetekend en gebudgetteerd is door de bvba ampe.trybou architecten, dat dit voorontwerp in bijlage C (basisontwerp) en D (budget basisontwerp en finaal ontwerp) wordt beschreven, geschetst en gebudgetteerd, dat tenminste vier erkende aannemers worden aangeschreven en dat het meegeleverde basisontwerp van de bvba ampe.trybou architecten als bindende leidraad dient voor het finaal ontwerp, de finale uitvoering en de budgettering.

3.2. De verzoekende partij wordt op 12 december 2017 uitgenodigd.

Vijf offertes worden ingediend, voor de volgende prijzen:

- Offerte 1: de verzoekende partij: € 88.165,04 (incl. btw),
- Offerte 2 : de tv Demeyer-Inoforma: € 128.909,05 (incl. btw),
- Offerte 3: ampe.trybou architecten: € 117.551,50 (incl. btw),
- Offerte 4: Architect Peter Goes : € 144.042,44 (incl. btw),
- Offerte 5: de bvba Arpro Architecten: € 121.978,89 (incl. btw).

3.3. Op 27 februari 2018 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Drie offertes (2, 4 en 5) worden “gediskwalificeerd” omdat de opgegeven prijs het in het bestek opgenomen maximum van 120.000 euro, btw inbegrepen, overschrijdt.

De offerte van de verzoekende partij wordt als substantieel onregelmatig beschouwd, maar omdat zij de laagste prijs biedt, wordt haar offerte toch getoetst aan de diverse gunningscriteria teneinde een referentiepunt te hebben voor de waardering en beoordeling van de enige regelmatige offerte.

Vervolgens wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan ampe.trybou architecten, die de best gerangschikte en enige regelmatige inschrijver is.

3.4. De verwerende partij beslist op 12 maart 2018 de opdracht overeenkomstig het voorstel van het gunningsverslag, waarvan de motivering wordt onderschreven, te gunnen aan de bvba ampe.trybou architecten.

Dit is de bestreden beslissing.

Aan de verzoekende partij wordt kennis gegeven van deze beslissing bij aangetekende brief van 13 maart 2018, waarin het volgende uittreksel aangaande de beoordeling van haar offerte, wordt meegedeeld:

“III.1 Prijsvaststelling, uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie (I en II exclusief I.10 Gunningscriteria)

Opmerking betreffende prijs :

- aangezien fase 7 in het bestek niet gebudgetteerd werd is deze fase, alsook de eventuele prijs daarvoor weggelaten bij alle dienstverleners.

III.1.1 ABM Moyaert Bernard

Het offerteformulier is correct en volledig ingevuld en getekend. Aan de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver (I.6) is formeel voldaan op het punt van de referenties na. Zie verder voor de bespreking van de referenties.

De vaste prijs is vermeld (88.165,04 euro incl BTW) en ligt onder de maximum opgegeven 120.000 euro (incl BTW) voor het geheel van de prestaties. Verwijzingen naar de budgettraming van het bestek worden hierbij genegeerd aangezien de prijs dan niet meer als vast kan beschouwd worden. Deze totaalprijs is inclusief stabiliteit en technische studies doch excl fase 7. Het bijgevoegde betalingsschema is niet volgens de voorschriften II.6 en I.14. Door dit schema worden de in het bestek beschreven borgtochtvoorwaarden volledig teniet gedaan. De voorgestelde voorafbetaling van 30%, op het totale bedrag, betekent enerzijds een volledige vooraf financiering van de werken van de dienstverlener en anderzijds is

de mogelijkheid om het contract voortijdig te beëindigen (na fase 2, zie I2.2.1) praktisch en financieel onmogelijk geworden voor de opdrachtgever. Dit betalingsschema is dus niet meer de economisch voordeligste offerte.

De opgegeven referenties voldoen niet volledig aan de verwachtingen. Het is duidelijk dat het hier niet gaat over een herbestemming van de kerk (of een gedeelte ervan) maar om de nevenbestemming in de ruimte. Daarbij is het dubbel gebruik, dus door leken en door kerkelijken, van primordiaal belang. Dit komt niet echt tot uiting in de meegegeven referenties, waar het telkens handelt over éénzijdig gebruik.

Deze opmerkingen ivm de prijs in combinatie met de betalingsvoorwaarden en de ontoereikende referenties gaan ons inziens in tegen het doel van het project, maar ook tegen de letter van het bestek.”

De verwerende partij deelt het volledig gunningsverslag mee met een e-mailbericht van 21 april 2018.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij voert in haar memorie van antwoord een exceptie van gebrek aan belang aan omdat de verzoekende partij in haar middelen op geen enkele wijze haar niet-selectie omwille van het niet voldoen aan de selectiecriteria (referentievereiste) aanvecht, zodat deze niet-selectie hoe dan ook bestaande blijft. Voorts werpt de verwerende partij op dat het beroep niet ontvankelijk is in de mate dat het is gericht tegen de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, omdat deze niet aantoont dat “dient te worden aangenomen dat die overheid niet wettig (meer) vermag te weigeren het voordeel aan de verzoeker te geven”. Integendeel, de verzoekende partij kan niet eens aannemelijk maken dat zij een regelmatige offerte heeft ingediend.

5. In haar memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij gelden dat de exceptie van gebrek aan belang berust op een verkeerde lezing van de gunningsbeslissing. De offerte van de verzoekende partij wordt niet geweerd omdat ze niet zou voldoen aan de selectiecriteria, maar wel omdat ze substantieel onregelmatig zou zijn wegens het niet voldoen van het betalingsschema aan de

voorschriften van artikel II.6 en I.14 van het bestek. Voorts betoogt zij wel degelijk over het vereiste belang te beschikken om de nietigverklaring te vorderen van de impliciete weigeringsbeslissing. Immers, uit het eerste middel blijkt dat haar offerte ten onrechte als onregelmatig werd beschouwd, uit het tweede middel blijkt dat de verwerende partij de belanghebbende partij diende uit te sluiten van deelname aan de plaatsingsprocedure en uit het derde middel blijkt dat een zorgvuldige puntenbeoordeling en -toekenning tot gevolg zou hebben dat de opdracht aan haar gegund zou moeten worden.

Beoordeling

6. Uit het gunningsverslag, dat integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing, blijkt dat de offerte van de verzoekende partij “technisch-juridisch gezien, [zou] kunnen worden uitgesloten (I.6), maar [...] minstens als substantieel onregelmatig [moet] beschouwd worden (I.14)”. Met de verzoekende partij wordt vastgesteld dat haar offerte aldus niet wordt geweerd omdat ze niet zou voldoen aan de referentievereiste als selectiecriteria.

De exceptie van gebrek aan belang wordt verworpen.

7. Het onderzoek naar de ontvankelijkheid van het beroep in de mate dat het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, hangt te dezen samen met het onderzoek en het gegrond bevinden van de middelen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing

overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het bestek, de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder andere het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel en het patere-legem-quam-ipse-fecistibeginsel, doordat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij ten onrechte als substantieel onregelmatig heeft beschouwd.

De verzoekende partij betwist in dit middel meer bepaald dat haar offerte niet in overeenstemming zou zijn met de bestekvereiste van artikel “II.6 Betalingsmodaliteiten” en betoogt dat de bestreden beslissing op een verkeerde lezing berust van haar offerte; zij betwist dan ook dat in haar offerte in een voorafbetaling van 30 % op het totale bedrag wordt voorzien.

Zij verduidelijkt dat waar de offerte in de opsplitsing voorziet van de betaling van het ereloon op zes ogenblikken: provisie toewijzing opdracht (15 %); voorbereidende werken en voorontwerp (25 %); definitief ontwerp en bouwaanvraagdossier (30 %); aanbesteding (10 %); uitvoeringsdetails en leiding der werken (15 %) en voorlopige oplevering (5 %), dit vanzelfsprekend per fase geldt waarvan de opdrachtgever de opstart afroept, zoals ook zeer duidelijk blijkt uit de tabel “tijdsplanning & fasering” in de offerte.

Zij meent dan ook dat, “[g]elet op de in het bestek vooropgestelde fasering die loopt over een periode van 8 jaar waarbij het geenszins zeker is dat de verzoekende partij alle fases zal aanvatten, [...] het bijgevolg volstrekt logisch en transparant [is] dat verzoekende partij de erelonen per fase begroot en dienaangaande ook een voorstel doet over de wijze waarop het ereloon

opgevorderd zal worden”. Zij betwist tevens dat haar tijdsplanning het niet mogelijk zou maken om het contract vroegtijdig te beëindigen.

Ten slotte is zij ook van mening dat in het gunningsverslag ten onrechte uit de offerte van de verzoekende partij wordt afgeleid dat het betalingsschema dat erin opgenomen is de borgtochtvoorwaarden zou teniet doen.

9. In haar memorie van wederantwoord herhaalt de verzoekende partij als repliek op de door de verwerende partij opgeworpen exceptie inzake haar belang bij het middel, dat haar offerte niet wordt geweerd omdat ze niet zou voldoen aan de selectiecriteria, maar wel omdat ze substantieel onregelmatig zou zijn wegens het feit dat het bijgevoegde betalingsschema niet zou voldoen aan de voorschriften van artikel II.6 inzake de betalingsmodaliteiten en artikel I.14. Overigens meent de verzoekende partij dat zij wel degelijk voldoet aan de eisen inzake kwalitatieve selectie en dat zij ook wel degelijk in haar verzoekschrift betwist dat de opgegeven referenties niet zouden voldoen.

Ten gronde voert zij aan dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord het debat probeert te verleggen en bijkomende motieven toevoegt aan de bestreden beslissing. Zij benadrukt dat zij werd geweerd omdat haar betalingsschema zou uitgaan van een voorafbetaling van 30 % op het totale bedrag en van een volledige vooraffinanciering van de werken, terwijl de verwerende partij nu stelt dat deze zou neerkomen op een betaling van 30 % van het ereloon voor de fasen 1, 2 en 3, welk standpunt de verzoekende partij trouwens ook betwist.

Zij blijft erbij dat zij wel degelijk akkoord ging met de in het bestek opgenomen fasering en met de erin vastgestelde betalingsfaciliteiten. Zij wijst daartoe op het volgende:

“Zoals aangegeven in het verzoekschrift geldt de opsplitsing van de betaling van het ereloon op zes ogenblikken duidelijk per fase waarvan de opdrachtgever de opstart afroept. Op pagina 17 van de offerte wordt duidelijk een budgetraming en het ereloonbedrag per fase weergegeven.

In tegenstelling tot het betoog van de verwerende partij wenst de verzoekende partij geenszins de benadering per fase te verlaten. Daarentegen wijst de verzoekende partij in de offerte juist op het belang van de gefaseerde aanpak.

Louter hypothetisch wordt er in de offerte (pg. 15 en 17) melding gemaakt van eventuele overlappings van fases (vooral in fase 1-3) en verschuivingen van het budget.

Er wordt echter telkenmale benadrukt dat alles in duidelijk overleg dient te worden afgebakend en dat de werken op een chronologisch juiste volgorde moeten worden aangepakt.

Vanzelfsprekend blijft het de opdrachtgever die de opstart afroept per fase.

Bovendien heeft de verzoekende partij op pagina 18 van de offerte zich uitdrukkelijk akkoord verklaard met het bestek.”

Ook wat de tijdlijn in haar offerte betreft, benadrukt de verzoekende partij dat er wel degelijk wordt uitgegaan van de zeven fases en dat “[i]n de toelichting hierbij [...] bovendien ook [wordt] aangegeven dat er binnen de 7 fases van het project er vooral in fase 1-3 overlappings zitten en dat, uitgaande van het masterplan, onderzocht kan worden of er geschoven kan/moet worden met vooropgestelde budgetten over de fases heen” en “dat er eventueel in eerste instantie wat meer nadruk gelegd kan worden op de herinrichting en in overleg wat budget verschoven kan worden”.

Bijgevolg, zo vervolgt zij, “[g]ezien de verzoekende partij uitdrukkelijk akkoord is gegaan met de opgenomen fasering van de opdracht en met de betalingsfaciliteiten (pg. 18 van de offerte), behoudt de offerte van de verzoekende partij elke mogelijkheid voor de verwerende partij om het contract voortijdig te beëindigen. De opsplitsing per fase en de duidelijke vermelding van het betalingsschema per fase maakt het net mogelijk voor de opdrachtgever om na elke fase de opdracht te beëindigen”.

Ten slotte is het voor haar “volstrekt onduidelijk hoe het gunningsverslag uit de offerte van verzoekende partij kan afleiden dat het betalingsschema -dat dus opgesplitst is per fase- uit de offerte, de borgtochtvoorwaarden teniet zou doen”.

10. In haar laatste memorie betoogt de verzoekende partij nog dat geen rekening mag worden gehouden met motieven die niet in de bestreden gunningsbeslissing worden vermeld.

Zij herhaalt dat de bestreden gunningsbeslissing de offerte weert omdat ze zou voorzien in een volledige vooraffinanciering en de onmogelijkheid om de opdracht te beëindigen na fase 2. Haar offerte werd dus niet onregelmatig verklaard omwille van de reden dat haar offerte in een timing van betaling van het ereloon per fase in zes gedeelten voorziet. Bovendien rust dit weigeringsmotief, zo vervolgt zij, ook op een verkeerde lezing van het bestek. In artikel II.6 van het bestek wordt immers niet bepaald dat moet worden gewerkt via een “eenmalige betaling”. Een voorstel tot opsplitsing van de betaling van het ereloon op zes ogenblikken per fase verandert volgens haar niets aan de totaalprijs per fase. Zij benadrukt nog dat de budgetraming en het ereloonbedrag per fase wordt weergegeven conform de bepalingen van het bestek en dat zij “[s]lechts ondergeschikt [...] een opsplitsing van de betaling van het ereloon voor[stelt]”.

Beoordeling

11. Om dezelfde reden als vermeld *sub* 6, wordt de exceptie van gebrek aan belang bij het middel verworpen.

12. Artikel II.6 van het bestek bepaalt:

“II. 6 Betalingsmodaliteiten

De uitbetaling der erelonen verloopt per fase, na voorlegging van het goedgekeurd proces verbaal van nazicht van de voorlopige oplevering met de daarbijgevoegde geldige factuur.

De aanbestedende overheid beschikt over een verificatietermijn van 30 kalenderdagen vanaf de datum van de beëindiging van de diensten, om de formaliteiten betreffende de oplevering te vervullen en aan de dienstverlener kennis te geven van het resultaat daarvan.

De betaling van het aan de dienstverlener verschuldigde bedrag vindt plaats binnen de betalingstermijn van 30 kalenderdagen vanaf de datum van beëindiging van de verificatie, voor zover de aanbestedende overheid

tegelijk over de regelmatig opgestelde factuur beschikt, alsook over de andere, eventueel vereiste documenten.”

Artikel I.14 van het bestek bepaalt :

“I.14 Keuze van de offerte

De aanbestedende overheid kiest de economisch meest voordelige offerte, vastgesteld rekening houdend met de beste prijs-kwaliteits- en visie-verhouding zoals hierboven beschreven.

Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.”

13. De verzoekende partij geeft in een tabel op bladzijde 17 van haar offerte de budgetraming en haar ereloon per fase weer alsook het totaalbedrag van de budgetraming en het globale bedrag aan ereloon over de fasen heen. Vervolgens vermeldt zij dat “[h]oger genoemd ereloon [...] als volgt door de opdrachtgever aan de architect [zal] worden betaald”:

“1) Provisie bij toewijzing van de opdracht:	15%
2) Voorbereidende werken en voorontwerp:	25%
3) Definitief ontwerp en bouwaanvraagdossier:	30%
4) Aanbesteding:	10%
5) Uitvoeringsdetails en leiding der werken:	15%
6) Voorlopige oplevering:	5%.”

en zij vervolgt:

“Deze wijze van het bepalen van het honorarium laat ook de supra vermelde overlappingsen met verschuiving van budgetten, vooral in fase 1-3, perfect mogelijk zonder overschrijding van het opgelegde plafond.”

Door aldus de uitbetaling van het ereloon te splitsen in zes voorafbetalingen wijkt de offerte van de verzoekende partij af van de dwingende betalingsmodaliteiten van het bestek bepaald in artikel II.6 dat de uitbetaling van

de erelonen per fase, “na voorlegging van het goedgekeurd proces verbaal van nazicht van de voorlopige oplevering met de daarbijgevoegde geldige factuur” voorschrijft. De bestreden gunningsbeslissing overweegt bovendien met recht dat hierdoor de in het bestek voorziene borgtochtvoorwaarden volledig worden tenietgedaan. Luidens artikel II.3 van het bestek bedraagt de borgtocht immers 5 % van het oorspronkelijk totaalbedrag van de opdracht en wordt een gedeelte van de borgtocht telkens per fase vrijgegeven na de voorlopige oplevering van desbetreffende fase.

De verzoekende partij kan niet worden bijgevallen in haar bewering in de laatste memorie dat zij “[s]lechts ondergeschikt [...] een opsplitsing van de betaling van het ereloon voor[stelt]”. Dat de verzoekende partij zich uitdrukkelijk akkoord heeft verklaard met de voorwaarden van het bestek – zo ook met de in het bestek opgenomen betalingsmodaliteiten – leidt evenmin tot een andere conclusie. Door het toevoegen van de voornoemde betalingsvoorwaarden voor de prestaties architectuur in de prijsofferte heeft de verzoekende partij op dit punt juist haar eigen algemene voorwaarden opgelegd, minstens is haar verbintenis op dat punt onduidelijk en stond bijgevolg niet vast dat zij zonder voorbehoud akkoord ging met de voorwaarden van het bestek, in welk geval de aanbestedende overheid zich overeenkomstig artikel I.14 van het bestek het recht voorbehoudt om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.

De motieven in de bestreden beslissing dat “[h]et bijgevoegde betalingsschema [...] niet volgens de voorschriften II.6 en 1.14 [is]”, en “[d]oor dit schema [...] de in het bestek beschreven borgtochtvoorwaarden volledig teniet [worden] gedaan” zijn afdoende om te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij. De verzoekende partij heeft dan ook geen belang meer bij haar kritieken op de andere overwegingen dienaangaande omdat aldus vaststaat dat haar offerte terecht als substantieel onregelmatig werd afgewezen.

14. Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van de artikelen 5, 52 en 69 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel en beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van de eerlijke mededinging, machtsafwending en de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid het toepassingsgebied van de overheidsopdrachten-regelgeving heeft omzeild door een procedure van onderhandeling zonder bekendmaking uit te schrijven voor een opdracht waarbij het van meet af aan de bedoeling was ze te gunnen aan de gekozen inschrijver. Er is volgens de verzoekende partij eveneens sprake van machtsafwending. Zij wijst er vooreerst op dat de opdrachtnemer reeds gekend zou zijn geweest vóór het uitschrijven van de opdracht en verwijst ter zake naar een discussienamiddag van 10 december 2016, de *flyer* die daartoe werd opgesteld en een brochure over de oprichting van een werkgroep met oproep voor een werkvergadering daarover op 10 februari 2018, waarin de gekozen inschrijver, de bvba ampe.trybou architecten zou zijn voorgesteld als de architect voor de uit te voeren opdracht. Voorts, zo vervolgt zij, zou “[o]ok in het verleden in het kader van een eerdere architectenopdracht tot restauratie van de kerk uit 2015, de overheidsopdrachtenreglementering geschonden [zijn]” ten voordele van de belanghebbende partij. Zij licht toe dat de verwerende partij plots, nadat zij op 8 februari 2016 liet weten dat er geen budgetten waren om de herstellingswerken uit te voeren en dat de opdracht stopgezet was, bij brief van 30 oktober 2016 liet weten “dat de offerte van het architectenbureau Ampe-Trybou als voordeligst kon worden beschouwd” en dat met hen verdere besprekingen zullen worden gevoerd “voor wat betreft de

uitvoering van de noodzakelijke herstellingen voorzover deze budgettair haalbaar zijn”. De verzoekende partij benadrukt dat zij “niet spontaan in kennis [is] gesteld van het feit dat de plaatsingsprocedure stopgezet was, van het gunningsverslag of een uittreksel hiervan – het is tot op heden onduidelijk of een dergelijk verslag bestaat – van de beroepsmogelijkheden”. Ten slotte meent zij dat ook uit de huidige beoordeling van de offertes in het gunningsverslag zou blijken dat het in hoofde van de verwerende partij van meet af aan de bedoeling was om de opdracht te gunnen aan de gekozen inschrijver zonder daadwerkelijke mededinging en met miskenning van het gelijkheidsbeginsel, daarbij verwijzend naar het eerste en het derde middel, die als integraal hernomen moeten worden beschouwd.

Gelet op het voorgaande diende, naar het standpunt van de verzoekende partij, de verwerende partij “overigens” de gekozen inschrijver uit te sluiten van deelname aan de procedure, met toepassing van artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016, minstens van artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2016 (lees: 2017).

In een tweede onderdeel doet de verzoekende partij gelden dat de gekozen inschrijver sowieso had moeten worden uitgesloten van de opdracht in overeenstemming met artikel 52 van de wet overheidsopdrachten 2016 wegens voorafgaande betrokkenheid bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure. Uit het feit dat die partij immers met de voorstudie belast was – zonder dat daarvoor een overheidsopdrachtenprocedure werd uitgeschreven – vloeit, aldus de verzoekende partij, voort dat de deelnemers niet op gelijke wijze werden behandeld en de mededinging in werkelijkheid niet heeft gespeeld. Die buiten de mededinging plaatsgevonden voorstudie maakt volgens haar dat ook geen toepassing mocht worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, aangezien, indien beide opdrachten samengeteld zouden worden, het maximale drempelbedrag daartoe immers zou zijn overschreden.

Voorts meent zij dat de gekozen inschrijver door die voorstudie een concurrentieel voordeel genoot; “[u]it het bestek komt zeer nadrukkelijk naar voor dat het project ‘volledig’ volgens de visie van de belanghebbende partij dient te worden ontworpen en uitgevoerd”.

Dit blijkt volgens haar in het bijzonder uit de omschrijving en de beoordeling van het eerste gunningscriterium “architecturale en sociaal-culturele kwaliteit van de visie”, dat het bestek als volgt omschrijft: “De ontwerper geeft aan hoe voor dit project aan deze visie vorm wordt gegeven”; en waarvoor zij een puntenscore van 25 toegekend kreeg terwijl de gekozen inschrijver een puntenscore van 30 verkreeg; “[o]ok waar het gunningsverslag op pagina 3 aangeeft dat de door verzoekende partij opgegeven referenties niet zouden voldoen aan de verwachtingen, geeft het blijk van het feit dat de verwerende partij de visie van de belanghebbende partij zoals die ontwikkeld werd in de voorstudie op een dermate verregaande wijze heeft laten doorwegen, dat de opdracht enkel aan de belanghebbende partij kon worden gegund en de gelijkheid en mededinging aldus uitgeschakeld werd. Wanneer de verwerende partij vijf kandidaten aanschrijft, mag er bovendien van uitgegaan worden dat deze voldoen aan de eisen inzake de kwalitatieve selectie”.

16. In de memorie van wederantwoord, wat de exceptie betreft dat zij geen belang zou hebben bij het middel omdat haar offerte substantieel onregelmatig is of dat zij niet zou voldoen aan de referentievereisten, verwijst de verzoekende partij naar het eerste middel waar zij deze argumentatie reeds weerlegde.

Wat de zogenoemde Neorec-exceptie betreft, meent de verzoekende partij dat de verwerende partij niet dienstig verwijst naar arrest nr. 206.598 van 13 juli 2010, dat immers ging over de onwettigheid van het bestek, en dat de verwerende partij zich bovendien niet zomaar kan beroepen op de in het bestek opgenomen “Neorec-clausule”, nu de verzoekende partij niet kon voorzien dat de opgemaakte voorstudie op een dusdanige wijze ging doorwegen bij de

beoordeling van de gunningscriteria en dit pas gebleken is na kennisname van het gunningsverslag.

Ten gronde repliceert de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat de opdracht uit 2015 wel degelijk werd gegund aan de thans gekozen inschrijver, zoals blijkt uit de brief van de verwerende partij van 30 oktober 2016, dat de huidige opdracht net tot doel heeft een nevenbestemming te realiseren, en dit terwijl de gekozen inschrijver reeds daarvóór was gecontacteerd door de verwerende partij om het project omtrent de nevenbestemming van de kerk uit te tekenen en dat op de bijeenkomsten in 2016 en 2018 voor het uitschrijven van deze opdracht, de gekozen inschrijver reeds optrad en aanwezig was als architect van het project.

Wat het tweede onderdeel betreft, benadrukt de verzoekende partij dat de verwerende partij in haar bestek bepaalt dat het project volledig volgens de visie van de belanghebbende partij dient te worden ontworpen en uitgevoerd, zodat er aldus op geen enkele manier sprake is van passende maatregelen uitgaande van de verwerende partij om te verhelpen aan de voorafgaande betrokkenheid van de belanghebbende partij en dat het aan de verwerende partij toekomt om die maatregelen te nemen en aan te tonen dat deze zijn genomen en welke die zijn.

17. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat, wat het eerste onderdeel betreft, de opdracht om de voorontwerpen en de voorstudie op te stellen voor het betrokken project zonder de inachtneming van de overheidsopdrachtenregelgeving werd gegund aan de thans gekozen inschrijver en dat deze gang van zaken doet concluderen dat deze op grond van artikel 69 van de wet overheidsopdrachten 2016 diende te worden uitgesloten van deelname, minstens dat de verwerende partij passende maatregelen had moeten nemen.

De verzoekende partij vervolgt dat, aangezien de verwerende partij heeft nagelaten om enige passende maatregel te nemen, de gekozen

inschrijver diende te worden uitgesloten op grond van artikel 69, punt 6 (lees: eerste lid, 6°), van de wet overheidsopdrachten 2016, dat de volgende situatie viseert: “wanneer zich wegens de eerdere betrokkenheid van de kandidaat of inschrijver bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 52 heeft voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen”.

Zij herhaalt dat “tijdens de voorliggende overheidsopdracht de offerte van verzoekende partij (die een opmerkelijk betere prijs bood dan deze van de belanghebbende partij) volkomen onterecht en zonder de minste reden daartoe als substantieel onregelmatig geweerd”.

Wat het tweede onderdeel betreft, blijft de verzoekende partij erbij dat “[d]oor in het bestek op te nemen dat de opdracht ‘volledig’ volgens de visie van de belanghebbende partij ontwikkeld dient te worden, [...] elke vorm van redelijke mededinging [werd] uitgesloten en [...] de belanghebbende partij [werd] bevoordeeld. Ook door naderhand bij de beoordeling van de offertes de vereisten dermate sterk af te stemmen op de visie die de belanghebbende partij ontwikkelde in het kader van de voorstudie, werd de concurrentie aldus onmiskenbaar verstoord”. Zij meent dan ook dat, niettegenstaande alle verkregen informatie aan iedereen ter beschikking werd gesteld, de mededinging op geen enkele wijze serieus heeft kunnen spelen.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

18. De exceptie van gebrek aan belang bij het middel, gesteund op het beweerd niet voldoen aan de referentievereiste als selectiecriteria, wordt verworpen om dezelfde reden als vermeld sub 6.

19. De exceptie van gebrek aan belang bij het middel omdat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig was, wordt evenmin aangenomen. Ook in die hypothese heeft de verzoekende partij immers nog belang bij de nietigverklaring van de bestreden gunningsbeslissing aangezien zij niet hoeft te dulden dat de opdracht aan de gekozen inschrijver wordt gegund die luidens het betrokken middel eveneens van deelname aan de plaatsingsprocedure diende te worden uitgesloten. Gelet op het feit dat er te dezen slechts twee inschrijvers overgebleven zijn, zou alsdan immers in ieder geval komen vast te staan dat de aanbestedende overheid de opdracht aan geen enkele inschrijver op rechtmatige wijze mocht gunnen.

20. De exceptie van gebrek aan belang bij het middel omdat de verzoekende partij tijdens de volledige plaatsingsprocedure geen enkel bezwaar heeft gemaakt tegen de bestekvoorwaarden, terwijl het bestek dit nochtans oplegt in een zogenoemde Neorec-clausule, kan evenmin worden aangenomen. Van een inschrijver kan in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel niet worden verwacht dat hij nog voor de indiening van zijn offerte reeds overgaat tot het formuleren van bezwaren zoals vervat in het tweede middel.

Gegrontheid van het middel

21. Artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Omzeilen toepassingsgebied en kunstmatig beperken mededinging
Art. 5. § 1. Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

Artikel 52 van dezelfde wet luidt:

“Voorafgaande betrokkenheid van kandidaten of inschrijvers

Art.52. § 1. Wanneer een kandidaat of inschrijver of een met een kandidaat of inschrijver verbonden onderneming de aanbestedende overheid heeft geadviseerd, al dan niet in het kader van artikel 51, of anderszins betrokken is geweest bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure, neemt de aanbestedende overheid de passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die kandidaat of inschrijver.[...]

Deze maatregelen omvatten met name de mededeling aan andere kandidaten en inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten gevolge van de betrokkenheid van de kandidaat of inschrijver bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure, alsmede de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van de offertes. [...].”

Artikel 69, eerste lid, van dezelfde wet luidt:

“Tenzij in het geval waarbij de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 70, aantoont toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, kan de aanbestedende overheid, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of inschrijver van deelname aan deze procedure uitsluiten, in de volgende gevallen: [...]

6° wanneer zich wegens de eerdere betrokkenheid van de kandidaat of inschrijver bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 52 heeft voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen.”

Artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Een aanbestedende overheid kan ervan uitgaan dat een ondernemer niet over de vereiste beroepsbekwaamheid beschikt wanneer hij heeft vastgesteld dat de ondernemer conflicterende belangen heeft die negatief kunnen uitwerken op de uitvoering van de overeenkomst.”

22. Bij het aanvoeren van machtsafwending dient de verzoekende partij aan te tonen dat het bestuur de bevoegdheid die de wet hem tot het bereiken van een bepaald oogmerk van algemeen belang heeft gegeven, gebruikt voor een ander doel en dit ongeoorloofde oogmerk het enige doel van de betrokken handeling is. Het bestaan van machtsafwending kan worden afgeleid uit voldoende ernstige, welbepaalde en overeenstemmende vermoedens. Het

eveneens aangevoerde artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 vormt hier een bijzondere toepassing van.

23. Uit de stukken van het dossier kan genoegzaam worden afgeleid dat de verwerende partij, na de eerdere onderhandelingsprocedure opgestart in 2015 voor de “Prijsaanvraag voor dienstverlening voor prijsvraag en renovatie-opvolging van de St.-Eligiuskerk te Ettelgem” te hebben stopgezet om budgettaire redenen, de bvba ampe.trybou architecten heeft aangesteld met een beperkte opdracht, namelijk het uitwerken van vijf alternatieve functies naast de kerkelijke functie, “teneinde in 2018 een nieuw, meer onderbouwd en gedragen dossier op te stellen”.

Uit een eventuele onrechtmatigheid begaan in het kader van deze eerdere onderhandelingsprocedure, gestart in 2015, of bij de aanstelling van ampe.trybou architecten voor de voornoemde beperkte opdracht, kan niet *ipso facto* de bedoeling van de verwerende partij worden afgeleid om van meet af aan de voorliggende opdracht eveneens aan het voornoemde architectenbureau toe te wijzen. De discussienamiddag van 10 december 2016, met bijhorende brochure, waarbij de voorontwerpen van de bvba ampe.trybou architecten met mogelijke nevenbestemmingen werden voorgesteld, en diens aanwezigheid op de vergadering van 10 februari 2018 in het kader van de werkgroep Eligius 2.0, ligt in het logisch verlengde van de voornoemde beperkte opdracht.

Voor zover de verzoekende partij eveneens de schending aanvoert van artikel 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, toont zij niet aan op welke wijze dit artikel zou zijn geschonden.

24. Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet gegrond.

25. Voor zover de verzoekende partij in het tweede onderdeel aanneemt dat uit de beoordeling en puntentoekenning van het eerste gunnings-criterium “Architecturale en sociaal-culturele kwaliteit van de visie” blijkt dat de

gekozen inschrijver, door de betrokken voorstudie in het kader van de voornoemde beperkte opdracht te hebben opgemaakt, een concurrentieel voordeel heeft genoten, valt deze kritiek samen met het derde middel, zodat naar de beoordeling ervan wordt verwezen.

De verzoekende partij kan voorts niet worden bijgevalen dat de verwerende partij heeft nagelaten om enige passende maatregel te nemen met toepassing van artikel 52, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van de kandidaat of inschrijver, wanneer die betrokken is geweest bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure. Het voorontwerp van de nevenbestemming, opgesteld door de bvba ampe.trybou architecten, is als bijlage bij het bestek gevoegd en luidens het bestek werd alle verkregen informatie, nuttig voor deze prijsvraag, bij deze prijsvraag ter beschikking gesteld van de aanbidders en in de bijlage C en D werd het voorontwerp beschreven, geschetst en gebudgetteerd.

De verzoekende partij verduidelijkt voorts niet om welke reden de voornoemde maatregelen niet voldoende zouden zijn, en bijgevolg het voornoemde artikel 52, § 1, eerste lid, zou zijn geschonden, evenals artikel 69, eerste lid, 6°, van laatstgenoemde wet, dat in de uitsluiting van deelname aan de plaatsingsprocedure voorziet wanneer zich een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 52 heeft voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen.

Overigens sluit de kritiek dat het voorontwerp “volledig” moet worden gevolgd, niet uit dat er nog meer dan genoeg mogelijkheden voor eigen invulling en inspiratie zijn door de inschrijvers. Het bestaande voorontwerp legt enkel de basisvereisten vast, in de vorm van een ontwerp en niet in de vorm van een woordelijke omschrijving. Alle inschrijvers, ook de gekozen inschrijver en ook al stelde deze het bestaande voorontwerp op, dienden dit verder uit te werken en werden daarop beoordeeld.

26. Het tweede onderdeel van het middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

27. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel en beginsel van behoorlijk bestuur, het beginsel van eerlijke mededinging, het bestek en het patere-legem-quam-ipse-fecistibeginsel.

Zij acht, samengevat, deze bepalingen en beginselen geschonden, “doordat de puntentoekenning waarop de bestreden gunningsbeslissing en het bijhorende gunningsverslag gebaseerd zijn, niet met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en niet berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven”.

De verzoekende partij geeft daarbij kritiek op de punten-toekenning en motivering wat het tweede, het vierde en het eerste gunningscriterium betreft. Een zorgvuldige puntentoeekenning en motivering zou volgens haar tot gevolg hebben dat de opdracht aan haar zou moeten worden gegund, minstens staat vast dat de aanbestedende overheid niet noodzakelijk tot hetzelfde resultaat zou zijn gekomen.

Beoordeling

28. In het auditoraatsverslag wordt besloten dat de verzoekende partij geen belang bij dit middel heeft nu uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat zij dient te worden aangemerkt als een inschrijver van wie de

offerte als substantieel onregelmatig mocht worden verworpen door de aanbestedende overheid, en zij evenmin kan aantonen, nu ook het tweede middel is verworpen, dat “de opdracht aan niemand rechtmatig kon worden gegund”.

29. De vraag rijst of deze conclusie stand houdt in het licht van het recente arrest van het Europees Hof van Justitie van 5 september 2019, nr. C-333/18, inzake Lombardi Srl., waarin het Hof voor recht verklaart dat artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een principaal beroep, dat is ingesteld door een inschrijver die belang heeft bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk op het Unierecht inzake overheidsopdrachten of regels ter omzetting van dit recht is of dreigt te worden geschaad en waarmee de uitsluiting wordt beoogd van een andere inschrijver, niet-ontvankelijk wordt verklaard op grond van nationale procedurele voorschriften of jurisprudentiepraktijken die betrekking hebben op de behandeling van wederzijdse beroepen tot uitsluiting, ongeacht het aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure en het aantal van hen dat beroep heeft ingesteld.

30. Het is bijgevolg passend het auditoraat en de partijen de gelegenheid te geven standpunt in te nemen betreffende de mogelijke weerslag van het voormelde arrest op het beoordelen van het belang van de verzoekende partij bij het derde middel. Daartoe wordt het debat heropend.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat met een aanvullend onderzoek.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest