

**RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE**

**A R R E S T**

Nr. 167.381 van 1 februari 2007

A. 180.384/VI-17.351

In zake:

- 1. de naamloze vennootschap LES ENTREPRISES GILLES MOURY,**
- 2. de naamloze vennootschap REFORME,**
- 3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ROOSE & PARTNERS ARCHITECTS,**
- 4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AUPA,**
- 5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid DE GROO & PARTNERS,**
- 6. de naamloze vennootschap ORDIGRAM, die samengegaan zijn in de aannemerscombinatie TRIANGLE,**

die woonplaats hebben gekozen bij  
Mr. Michel MERSCH en Mr. Jean-Marc SECRETIN, advocaten,  
rue Charles Morren nr. 4  
4000 Luik,

tegen:

**de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij**, afgekort als BGHM,

die woonplaats heeft gekozen bij  
Mr. Philippe COENRAETS, advocaat,  
Terkamerenlaan nr. 27  
1000 Brussel.

---

**DE WAARNEMEND VOORZITTER VAN DE VIe KAMER  
VAN DE RAAD VAN STATE,  
ZITTING HOUDEND IN KORT GEDING,**

Gezien de vordering, die de naamloze vennootschap LES ENTREPRISES GILLES MOURY, de naamloze vennootschap REFORME, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ROOSE & PARTNERS ARCHITECTS, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AUPA, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid DE GROO &

PARTNERS en de naamloze vennootschap ORDIGRAM, die samengegaan zijn in de aannemerscombinatie TRIANGLE, op 19 januari 2007 hebben ingesteld om met toepassing van de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te verkrijgen van de "beslissing die de raad van bestuur van de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij op zijn vergadering van 22 december 2006 heeft genomen om aan de aannemerscombinatie Jacques DELENS/CEI-DE MEYER/BEAI/ARCHITECTES ASSOCIES een opdracht toe te wijzen voor het ontwerpen, bouwen en, bij wijze van verplichte optie, onderhouden van een complex van 316 sociale en middelgrote woningen op een terrein gelegen te Elsene, Woudlaan, en tegelijk de offerte af te wijzen die de verzoekende vennootschappen voor die opdracht hadden ingediend", alsook van de "voorbereidende handeling die gevormd wordt door de beslissing die de raad van bestuur van de verwerende partij op 26 september 2006 heeft genomen om "de procedure te herbeginnen met een andere gunningswijze, namelijk de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, volgens het artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993";

Gelet op de beschikking van 22 januari 2007, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij ze opgeroepen worden om te verschijnen op de terechtzitting van 29 januari 2007 om 11.00 uur;

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier;

Gehoord het verslag van de heer NIHOUL, staatsraad, waarnemend voorzitter;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Jean-Marc SECRETIN, advocaat, die voor de verzoekende partijen verschijnt, en van Mr. Christophe LEPINOIS, loco Mr. Philippe COENRAETS, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer DEROUAUX, eerste auditeur-afdelingshoofd bij de Raad van State;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

## I. DE FEITEN

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van de vordering:

1. Op 15 juli 2005 laat de verwerende partij in het Bulletin der Aanbestedingen een bericht verschijnen betreffende een opdracht voor aanneming van werken, te gunnen volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag, "die er voor de inschrijver in bestaat volgens zijn eigen ontwerp 234 sociale woningen en 80 middelgrote woningen op te trekken en deze te onderhouden" te Elsene, op verscheidene terreinen, gelegen tussen de Bosvoordsesteenweg en de Woudlaan.

Om uiteenlopende redenen, die in het kader van dit beroep niet van belang zijn, breekt de verwerende partij deze eerste procedure af met een beslissing van niet-toewijzing.

2. Op 23 februari 2006 laat de verwerende partij in het Bulletin der Aanbestedingen een nieuw bericht verschijnen betreffende een opdracht voor aanneming van werken, waarvan het onderwerp nagenoeg hetzelfde is als in het voormelde oorspronkelijk bericht, namelijk een opdracht "die er voor de inschrijver in bestaat volgens zijn eigen ontwerp 234 sociale woningen en 80 middelgrote woningen op te trekken en deze, in geval van uitoefening van de verplichte optie, te onderhouden" te Elsene, op dezelfde terreinen.

In het bestek betreffende deze promotieovereenkomst voor aanneming van werken, staat inzonderheid het volgende:

" 14) Keuze van de opdrachthouder

Over de uiteindelijke kwaliteit van de offertes wordt geoordeeld door de aanbestedende overheid op grond van een motiveringsnota die opgemaakt wordt door de technische commissie.

Daartoe onderzoekt de technische commissie alle offertes die zich in de genummerde binnenste enveloppen bevinden en die haar werden overhandigd overeenkomstig punt 12 en stelt ze een rapport op waarin de offertes met elkaar worden vergeleken, rekening houdend met de verschillende toewijzingscriteria van de opdracht.

(...)

16) Toewijzingscriteria

De opdrachthouder wordt gekozen op basis van objectieve criteria, meer bepaald op basis van een vergelijkende evaluatie met punten.

- |                                                                                                                              |                  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| 1. de kwaliteit van het ontwerp                                                                                              | /35 punten (...) |
| 2. de technische kwaliteit van de gebouwen                                                                                   | /25 punten (...) |
| 3. de uitvoeringstermijnen                                                                                                   | /10 punten (...) |
| 4. de prijs van de opdracht voor het ontwerp en de<br>verwezenlijking van de bouwwerken (prijs<br>exclusief onderhoudsoptie) | /30 punten (...) |
| 5. de kwaliteit van de onderhoudsdiensten en de<br>termijnen voor deze prestaties                                            | /10 punten (...) |
| 6. de prijs van de onderhoudsdiensten                                                                                        | /10 punten (...) |

(...)

#### 19) Prijzen

(...)

#### b) referentieprijs

De referentieprijs - exclusief BTW - voor de gehele opdracht (exclusief onderhoudsoptie) stemt overeen met een raming van de prijs van de woongebouwen, met uitzondering van de prijs van de eventuele parkeerplaatsen binnen in de gebouwen (enkel punt 2 van bijlage 3 - tabel van de bouwkosten). Aan deze prijs wordt nog een percentage toegevoegd om de honoraria te dekken.

Deze prijs wordt door de aanbestedende overheid geraamd op 24.488.071,25 euro exclusief BTW.

Wanneer de prijs meer bedraagt dan 31.834.492,62 euro exclusief BTW, te weten 130 procent van deze referentieprijs, zal de offerte als onregelmatig worden beschouwd."

3. De verzoekende vennootschappen, die drie aannemerscombinaties gevormd hadden, zijn samengegaan en vormen thans de aannemerscombinatie TRIANGLE.

4. Op 12 mei 2006, de dag waarop de offertes geopend zijn, waren er vijf offertes binnengekomen, waaronder die van de verzoekende vennootschappen voor een bedrag zonder varianten van 30.595.244 euro, zijnde 28.756.678 euro voor de "honoraria en gebouwen" en 1.838.566 euro voor de "omgeving en dergelijke".

5. Op 30 mei 2006 maakt de technische commissie haar verslag op.

Wat de ontvankelijkheid van de offertes betreft, wordt in dat verslag geconcludeerd dat een offerte om redenen van kwaliteit niet in aanmerking komt en dat twee andere offertes onregelmatig zijn (aangezien van een offerte kan

worden achterhaald wie ze heeft ingediend en de andere meer dan 30% meer bedraagt dan de referentieprijs) zodat slechts twee offertes, waaronder die van de verzoekende vennootschappen, ontvankelijk en regelmatig worden geacht.

Na afloop van het onderzoek en de vergelijking van deze beide offertes is de commissie van oordeel dat geen van beide ontwerpen aan de minimale architectonische en stedenbouwkundige vereisten beantwoordt. Het algemene waarderingscijfer voor ontwerp nr. 1 is 58,43/100 (35,30/60 voor de kwalitatieve aspecten en 23,13/40 voor de kwantitatieve aspecten) en voor ontwerp nr. 2 48,71/100 (25,29/60 voor de kwalitatieve aspecten en 23,42/40 voor de kwantitatieve aspecten). De prijzen bedragen respectievelijk 28.756.678 euro, dat is 117,43% van de referentieprijs en 29.361.744,93 euro, dat is 119,90% van de referentieprijs.

6. Op 6 juni 2006 komt de raad van bestuur van de verwerende partij samen om te beslissen over de gunning van de omstreden opdracht.

In een eerste verslag van de diensten van de verwerende partij wordt "in het licht van de conclusies van de Technische Commissie aan de Raad van Bestuur voorgesteld om te beslissen de opdracht niet toe te wijzen".

Een tweede verslag steunt op een juridisch advies betreffende de juridische gevolgen van de conclusies van de technische commissie over het al dan niet toewijzen van de opdracht en over het overdoen van de procedure. Wat dit tweede punt betreft, wordt in de nota het volgende aangegeven:

" Daarnaast hebben ze betrekking op de vraag of de procedure moet worden overgedaan. Leiden die conclusies automatisch tot een stopzetting van de gunningsprocedure of is het mogelijk de procedure over te doen 'eventueel door een nieuwe gunningswijze te kiezen'?

In dit verband blijkt dat zowel de middelmatige kwaliteit van de offertes als het verschil tussen de voorgestelde prijzen en de geraamde prijs onderzocht moeten worden.

Hoewel er strikt genomen geen definitie van het begrip 'onaanvaardbare prijs' bestaat, wordt in verscheidene administratieve circulaires niettemin uitgegaan van een verschil van op zijn minst 10% tussen de geraamde prijs en de prijs die in de laagste offerte voorkomt om een prijs als onaanvaardbaar te bestempelen. De Raad van State, zijnerzijds, legt de lat hoger, aangezien hij uitgaat van een verschil van ten minste 17%. Overigens betekent 'de omstandigheid dat de offerte vanaf een bepaald verschil in prijs automatisch nietig wordt verklaard niet dat de aanbestedende dienst het voormelde begrip niet mag hanteren'.

Aangezien in de offertes 1 en 2 prijzen worden voorgesteld die respectievelijk 17,43% en 19,90% hoger liggen, kunnen de prijzen ervan door de aanbestedende dienst bestempeld worden als 'onaanvaardbaar in de zin van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993'.

Bijgevolg zou de Raad van Bestuur de beslissing kunnen nemen om de opdracht niet toe te wijzen wegens de middelmatige kwaliteit van de ontvankelijke en regelmatige offertes en wegens de onaanvaardbare prijzen ervan, en om de procedure over te doen door deze keer te kiezen voor een nieuwe gunningswijze, namelijk de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, door alleen de inschrijvers die aan de criteria van de kwalitatieve selectie voldaan hebben te verzoeken onderhandelingen aan te knopen".

7. Diezelfde dag neemt de raad van bestuur van de verwerende partij de volgende beslissing:

" Beslist:

- de opdracht niet toe te wijzen, gezien het middelmatige karakter van de offertes en de onaanvaardbare prijzen;
- de procedure te herbeginnen met een andere gunningswijze, te weten de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking;
- voor de onderhandeling alleen de inschrijvers uit te nodigen die voldaan hebben aan de criteria van de kwalitatieve selectie, namelijk de inschrijvers die de offertes nrs. 1, 2, 4 en 5 ingediend hebben".

8. Op 5 juli 2006 brengt de verwerende partij deze beslissing ter kennis van de vijf inschrijvers.

9. De Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, zitting houdend in kort geding, die op 13 juli 2006 geadieerd wordt door de aannemerscombinatie die niet uitgenodigd is om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure doordat haar offerte niet geselecteerd was, legt bij een beschikking van 25 augustus 2006 aan de verwerende partij het verbod op "de procedure tot toewijzing van de opdracht voort te zetten (...) en zulks totdat de Raad van State uitspraak zal hebben gedaan over het beroep tot nietigverklaring van de beslissing waarvan op 5 juli 2006 kennis is gegeven".

10. Op 14 september 2006 trekt de raad van bestuur zijn beslissing van 6 juni 2006 in en beslist "de technische commissie ... te vragen de voormelde offerte te onderzoeken" en "een nieuw rapport in te dienen, op basis waarvan de Raad van Bestuur zich opnieuw zal uitspreken".

11. Op 22 september 2006 "stelt de technische commissie vast dat de offerte ontvankelijk is en gaat ze over tot de analyse ervan". Volgens haar verslag "handhaaft ze de conclusies die ze tijdens haar voorgaande vergadering getrokken had, namelijk dat ze betreurt dat geen enkel van de voorgelegde ontwerpen aan de minimale architectonische en stedenbouwkundige vereisten beantwoordt".

12. Op zijn vergadering van 26 september 2006 stelt de raad van bestuur van de verwerende partij de tweede bestreden handeling, die als volgt luidt:

" Beslist:

- de onregelmatigheid van de offerte nr. 5 omwille van het ontbreken van de samenstelling van de prijs overeenkomstig de voorschriften van het bijzonder bestek vast te stellen;
- de opdracht niet toe te wijzen omwille van het middelmatige karakter van de offertes en de onaanvaardbaarheid van de prijzen;
- de procedure te herbeginnen met een andere gunningswijze, namelijk de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, volgens het artikel 17, § 2, 1/, d) van de wet van 24 december 1993;
- de inschrijvers die voldaan hebben aan de criteria van de kwalitatieve selectie (...) bijgevolg uit te nodigen tot de onderhandeling".

13. Bij een aangetekende brief van 12 oktober 2006 brengt de verwerende partij deze beslissing ter kennis van de vijf inschrijvers en verzoekt ze hen deel te nemen aan de onderhandelingen.

Wat de verzoekende partijen betreft, wordt op 13 oktober 2006 op hun adres door De Post een bericht achtergelaten wegens het niet in ontvangst nemen van de brief van 12 oktober 2006; de brief wordt op 31 oktober 2006 teruggezonden aan de verwerende partij met de vermelding "niet afgehaald". Na een vraag van de verzoekende vennootschappen zendt de verwerende partij per faxbericht van 7 november 2006 een kopie over van het aangetekend schrijven van 12 oktober 2006.

14. In het kader van deze onderhandelingsprocedure vinden op 24 oktober en 10 november 2006 twee technische vergaderingen plaats tussen de vertegenwoordigers van de verzoekende vennootschappen en de degenen die het dossier voor de verwerende partij beheren.

15. Op 24 november 2006 nodigt de verwerende partij elk van de vijf inschrijvers uit op een vergadering van 15 december 2006 waarop de ontwerpen aan de technische commissie kunnen worden voorgesteld en verzoekt ze hen om tegen 8 december 2006 hun offerte aan te vullen met bepaalde stukken.

16. Op 8 december 2006 dienen de vijf inschrijvers hun nieuwe offerte in.

17. Op 15 december 2006 stellen de vijf geraadpleegde kandidaten, in de lokalen van de verwerende partij, om beurt hun ontwerp voor aan de technische commissie.

18. Diezelfde dag onderzoekt de technische commissie het "kwalitatieve aspect" van de offertes.

19. Op 18 december 2006 dienen de vijf inschrijvers hun definitieve prijsofferte in.

20. Met het oog op de vergadering d.d. 22 december 2006 van de raad van bestuur maken de diensten van de verwerende partij een verslag op waarin de "kwantitatieve aspecten" van de offertes onderzocht worden. Dat verslag bevat de volgende gegevens:

" In onderstaande tabel wordt per ontwerp een overzicht gegeven van de voorgestelde kostprijs in het kader van de onderhandelingsprocedure, het bedrag van de offerte vóór de onderhandelingen, de geleverde inspanning en het percentage van de referentieprijs waarop de honoraria en de bouwwerken terugslaan.

|                       | Basisofferte  | % van de referentie-prijs | Offerte 18/12/06 | % van de referentie-prijs | Evolutie van de offerte | Huidig cijfer |
|-----------------------|---------------|---------------------------|------------------|---------------------------|-------------------------|---------------|
| BEAI etc.             | 36.213.181,82 | 147,88%                   | 31.707.918,00    | 129,48%                   | -12,44%                 | 0,43          |
| Archi + I etc.        | 31.741.700,00 | 129,62%                   | 28.916.963,93    | 118,09%                   | -8,90%                  | 9,93          |
| Roose & partners etc. | 28.756.678    | 117,43%                   | 30.877.129,29    | 126,09%                   | 7,37%                   | 3,26          |
| Cooparch etc.         | 29.361.744,93 | 119,90%                   | 28.273.970,40    | 115,46%                   | -3,70%                  | 12,12         |
| Altiplan etc.         | 29.272.581,52 | 119,54%                   | 27.867.502,22    | 113,80%                   | -4,80%                  | 13,50         |

".

Volgens het verslag worden de offertes als volgt gerangschikt:

|                      | Concept | Technieken | Omgeving parkings, etc | Prijs bouwen | Prijs andere | Ter-mijnen | Totaal |
|----------------------|---------|------------|------------------------|--------------|--------------|------------|--------|
| BEAI etc             | 27,43   | 21,38      | 4,56                   | 0,43         | 0,6          | 10         | 64,40  |
| Archi + I etc.       | 14,41   | 14,16      | 2,44                   | 9,93         | 2,53         | 10         | 53,46  |
| Roose & partners etc | 14,44   | 14,06      | 2,81                   | 3,26         | 2,5          | 10         | 47,07  |
| Cooparch etc         | 10,61   | 12,13      | 2,06                   | 12,12        | 5            | 10         | 51,91  |
| Altiplan etc.        | 12,48   | 12,25      | 1,75                   | 13,5         | 0,84         | 10         | 50,82  |

21. Op 22 december 2006 stelt de raad van bestuur van de verwerende partij de eerste bestreden handeling, die als volgt luidt:

" Na verdere beraadslaging beslist de Raad van Bestuur, gezien het rapport en de kwaliteiten waarop de Technische Commissie wijst in punt a. van haar verslag, de onderhandelingen af te ronden met de best gerangschikte inschrijver, zegge SM Jacques DELENS-CEI De Meyer-BEAI-Architectes Associés, voor een bedrag van 33.574.528 euro, exclusief BTW. De Raad van Bestuur beslist ook te kiezen voor de optie 'terrassen' voor een bedrag van 372.500 euro".

22. Bij een aangetekende brief van 9 januari 2007 geeft de verwerende partij aan de afgewezen inschrijvers, onder wie de verzoekende vennootschappen, kennis van de beslissing van 22 december 2006 en bezorgt ze aan hen een kopie van het verslag aan de raad van bestuur met vermelding van de beroepsmiddelen alsook van de wachttermijn waarin artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten voorziet.

## II. DE UITERST DRINGENDE NOODZAKELIJKHEID

Overwegende dat de uiterst dringende noodzakelijkheid genoegzaam aangetoond is door het op handen zijn van de kennisgeving aan de gekozen inschrijver van de beslissing houdende toewijzing van de opdracht, gelet op de termijn van tien dagen gesteld bij artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat, zoals de verzoekende vennootschappen aanvoeren, die kennisgeving, die inhoudt dat het contract gesloten wordt, elke vordering tot schorsing nutteloos zou hebben gemaakt;

Overwegende, overigens, dat de aanwending van de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid, die een uitzondering moet blijven, de uitoefening van de rechten van verdediging en het onderzoek van de zaak tot een strikt minimum beperkt; dat het kort geding volgens de procedure van de uiterst dringende noodzakelijkheid niet verward mag worden met de annulatieprocedure of met het gewone kort geding, waarbij een verslag wordt opgemaakt; dat de keuze van zulk een procedure onvermijdelijk gevolgen heeft voor de beoordeling van de vraag of voldaan is aan de voorwaarden die gesteld worden wil een vordering tot schorsing kunnen worden toegewezen; dat die beoordeling immers, binnen de korte termijn die beschikbaar is bij een kort geding volgens de procedure van de uiterst dringende noodzakelijkheid, uiteraard het resultaat is van een beknopt onderzoek van de argumenten van de partijen en niet van een diepgaande redenering; dat daaruit volgt dat zulk een procedure, die leidt tot een voorlopige beslissing, alleen kan steunen op wat duidelijk op het eerste gezicht blijkt uit de processtukken en het administratief dossier, zo niet verliest ze de doeltreffendheid waarvoor ze is bedoeld;

## III. DE ONTVANKELIJKHEID

Overwegende dat de verwerende partij, in verband met de procesbevoegdheid van de verzoekende vennootschappen, onderstreept dat voor elk

lid van de aannemerscombinatie moet worden nagegaan of het voldoet aan de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van zijn beroep en dat elke verzoekende vennootschap bijgevolg het bewijs moet leveren dat haar bevoegd orgaan de beslissing heeft genomen om in rechte op te treden;

Overwegende dat de verzoekende vennootschappen als bijlage bij hun verzoekschrift voor elk van hen een uittreksel overleggen van de notulen van de vergadering waarop hun raad van bestuur beslist om dit beroep in te stellen; dat de eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid prima facie niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat de verwerende partij, wat de eerste bestreden handeling betreft, betoogt dat "het beroep niet-ontvankelijk is voor zover daarbij de schorsing wordt gevorderd van een beslissing om de opdracht niet aan de (verzoekende) partijen toe te wijzen, aangezien ze niet over het recht beschikken om die opdracht automatisch toegewezen te krijgen";

Overwegende dat de vordering niet-ontvankelijk is voor zover ze gericht is tegen de impliciete beslissing van de verwerende partij om "de offerte af te wijzen die (de verzoekende vennootschappen) voor die opdracht hadden ingediend"; dat de verzoekende partij bij offerteaanvragen of onderhandelingsprocedures immers niet gerechtigd is de nietigverklaring te vorderen van de impliciete beslissing houdende weigering om de opdracht aan haar toe te wijzen, aangezien ze niet kan steunen op enige wets- of verordeningsbepaling waaruit zou blijken dat de verwerende partij de opdracht aan haar had moeten toewijzen; dat dit onderwerp van de vordering er in feite toe strekt de Raad van State zich in de plaats te doen stellen van het actief bestuur;

Overwegende dat de verwerende partij, wat de tweede bestreden handeling betreft, van oordeel is dat de vordering ratione temporis niet-ontvankelijk is, aangezien dit beroep is ingesteld toen de beslissing van 26 september 2006 al meer dan drie maanden ter kennis van de verzoekende vennootschappen was gebracht;

Overwegende dat uit het dossier blijkt dat, ongeacht de datum die aangenomen wordt als de datum waarop van de beslissing d.d. 26 september 2006 kennis is gegeven, hetzij 12 oktober 2006, hetzij 7 november 2006, deze vordering ingesteld is op 19 januari 2007 en dus ruim na afloop van de beroepstermijn van 60 dagen die hetzij op 12 december 2006, hetzij op 8 januari 2007 verstreek; dat deze vordering niet-ontvankelijk is voor zover ze gericht is tegen de beslissing van de verwerende partij d.d. 26 september 2006 doordat de verzoekende vennootschappen

tegen de tweede bestreden handeling geen annulatieberoep hebben ingesteld binnen de beroepstermijn;

Overwegende dat daaruit volgt dat de vordering ontvankelijk is wat betreft de beslissing van 22 december 2006 van de verwerende partij om de omstreden opdracht toe te wijzen aan de aannemerscombinatie Jacques DELENS/CEI-DE MEYER/BEAI/ARCHITECTES ASSOCIES; dat ze voor het overige niet-ontvankelijk is;

#### IV. DE MIDDELEN

Overwegende dat de verzoekende vennootschappen een middel, het eerste van de vordering, ontleen "aan schending van artikel 1, § 1, van de wet van 24 december 1993 waarin als beginsel gesteld wordt dat overheidsopdrachten na mededinging worden gegund en, daarmee samenhangend, dat de inschrijvers op voet van gelijkheid en zonder discriminatie moeten worden behandeld, aan schending van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten, aan kennelijk onredelijke beoordeling, aan schending van het beginsel van behoorlijk bestuur en van het gelijkheidsbeginsel, verankerd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, alsook aan machtsafwending in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State"; dat ze in wezen tegen de bestreden handeling inbrengen dat daarbij de overheidsopdracht in kwestie toegewezen is voor een prijs die, per slot van zaken, zeer veel hoger ligt dan het bedrag van de offerte die ze oorspronkelijk hadden ingediend in het kader van de tweede offerteaanvraag en die nauwelijks drie maanden eerder door dezelfde aanbestedende overheid onaanvaardbaar was geacht; dat ze in een eerste onderdeel betogen dat "de eerste bestreden handeling inzonderheid gesteld is met toepassing van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993", dat in die context de aanwending van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking alleen aanvaardbaar is als onomstotelijk bewezen is dat de prijs van de binnengekomen offertes onaanvaardbaar is, dat, hoewel van het begrip "onaanvaardbare prijs" geen wettelijke definitie bestaat, niet blijkt dat het bestuur daarvan een willekeurige beoordeling mag geven, dat in casu "de beoordeling dat in de oorspronkelijke offerte van de aannemerscombinatie TRIANGLE een onaanvaardbare prijs werd voorgesteld, kennelijk onredelijk was, aangezien de verwerende partij zelf impliciet het tegendeel heeft toegegeven door het stellen van de bestreden handeling", waarin een offerte wordt aanvaard waarvan de prijs meer dan 12% hoger ligt dan die welke de verzoekende vennootschappen hadden voorgesteld, zodat de beslissing d.d. 26 september 2006 om van de onderhandelingsprocedure gebruik te maken onwettig blijkt; dat ze in een tweede

onderdeel uiteenzetten dat de verwerende partij op 26 september 2006 geoordeeld heeft dat hun prijs van 30.595.244 euro onaanvaardbaar was, terwijl diezelfde raad van bestuur minder dan drie maanden later "voor eenzelfde overheidsopdracht die, vergissing voorbehouden, op hetzelfde bestek steunt" een offerte van 35.517.028 euro, optie inbegrepen, aanvaardt, en dus zo een prijs aanvaardbaar acht, dat, "als in die tussentijd bepaalde specifieke gegevens de verwerende partij ertoe gebracht hebben anders te oordelen over hetgeen ze als een aanvaardbare prijs beschouwt, ze haar beslissing in dat opzicht op zijn minst van een bijzondere en nauwkeurige motivering diende te voorzien"; dat een motivering in die zin volledig ontbreekt, dat "de verwerende partij voor het bepalen van wat ze als een aanvaardbare of onaanvaardbare prijs beschouwt kennelijk met twee maten heeft gemeten" zonder daarvoor ook maar enige verantwoording te geven en aldus het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden;

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord, wat het eerste onderdeel betreft, stelt dat hoewel, zoals in het bestek was aangegeven, een offerte waarin een prijs wordt voorgesteld die overeenkomt met meer dan 130% van de referentieprij automatisch nietig moet worden verklaard, een regelmatige offerte, zoals die van de verzoekende partijen, toch een onaanvaardbare prijs kan bevatten, dat "in verscheidene administratieve circulaire's uitgegaan wordt van een verschil van op zijn minst 10% om een prijs als onaanvaardbaar te bestempelen", dat "uw Raad de lat evenwel hoger legt, aangezien hij stelt dat er van een onaanvaardbare prijs sprake is wanneer een verschil van 17% is vastgesteld", dat de voorgestelde prijzen in casu op regelmatige wijze respectievelijk 17,43% en 19,90% hoger liggen dan de referentieprij, zodat de verwerende partij "er redelijkerwijze van uit is kunnen gaan dat de voorgestelde prijzen, hoewel ze niet tot de nietigheid van de offertes leidden, bestempeld konden worden als onaanvaardbaar in de zin van artikel 17, § 2, 1<sup>o</sup>, d), van de wet van 24 december 1993; dat de verwerende partij in verband met het tweede onderdeel aanvoert dat in het kader van de onderhandelingsprocedure elke inschrijver een tweede offerte heeft kunnen indienen die van de vorige mocht verschillen, dat "nagegaan moest worden of de voorgestelde prijs aanvaardbaar was in het licht van de offerte zoals ze herwerkt was", dat "de voorgestelde prijs - die weliswaar hoger lag dan de prijs die tevoren voorgesteld was - gelet op de hoge kwaliteit van het project dat door de (gekozen) aannemerscombinatie was ontwikkeld, perfect verantwoord en aanvaard kon worden" en dat de verzoekende vennootschappen "een vergelijking maken van twee niet te vergelijken zaken, namelijk de oorspronkelijke offerte, ingediend in het kader van de offerteaanvraag, en de offerte zoals ze uit de onderhandelingsprocedure voortgekomen is";

Overwegende dat in het eerste onderdeel vragen worden gesteld bij de wettigheid van de beslissing d.d. 26 september 2006 van de verwerende partij; dat die beslissing twee afzonderlijke onderdelen bevat, namelijk, enerzijds, de beslissing om "de overheidsopdracht niet toe te wijzen" en, anderzijds, de beslissing om "de procedure te herbeginnen met een andere gunningswijze, namelijk de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, volgens het artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993"; dat die beide beslissingen steunen op dezelfde twee motieven, namelijk, ten eerste, "het middelmatige karakter van de offertes" en, ten tweede, "de onaanvaardbaarheid van de prijzen"; dat het onderdeel alleen tegen de beslissing van 26 september 2006 gericht is voor zover die beslissing ertoe strekt "de procedure te herbeginnen met een andere gunningswijze, namelijk de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, volgens het artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993";

Overwegende, wat de ontvankelijkheid van het onderdeel betreft, dat de omstandigheid dat de vordering tot schorsing niet-ontvankelijk is voor zover ze tegen die beslissing gericht is geen beletsel vormt voor de ontvankelijkheid van een middel dat tegen die beslissing wordt aangevoerd; dat de mogelijkheid waarover een inschrijver beschikt om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring en, in voorkomend geval, een vordering tot schorsing in te stellen tegen de beslissing om van de onderhandelingsprocedure gebruik te maken, immers niet wegneemt dat de inschrijver gerechtigd is om de onregelmatigheden die deze beslissing volgens hem bevat nog aan te voeren tegen latere beslissingen die in het kader van de gunningsprocedure genomen worden; dat de verzoekende vennootschappen tot staving van hun beroep tegen de beslissing houdende toewijzing van de overheidsopdracht bijgevolg de onwettigheid kunnen aanvoeren van de beslissing om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure; dat dit onderdeel van het middel overigens verband houdt met de openbare orde; dat de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking immers een uitzondering vormt doordat ze alleen toegestaan is in de gevallen die limitatief opgesomd worden in artikel 17, § 2, van de voormelde wet van 24 december 1993, en een afwijking inhoudt van een fundamenteel beginsel, dat van de mededinging, dat bekrachtigd is in artikel 1 van diezelfde wet; dat daaruit volgt dat het eerste onderdeel ontvankelijk is;

Overwegende, over de vraag of het eerste onderdeel ernstig is, dat artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 als volgt luidt:

" Art. 17. § 2. Er kan bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien

mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners wanneer:

1° in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten:

(...)

d) enkel onregelmatige offertes ingediend werden ingevolge aanbesteding of offerteaanvraag, of indien slechts onaanvaardbare prijzen voorgesteld werden, voor zover:

- de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en;

- de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimumeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak, zoals bepaald door de Koning, en die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed";

Overwegende dat krachtens die bepaling de aanwending van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking alleen toegestaan is in de twee gevallen die daarin worden genoemd, namelijk bij onregelmatige offertes of bij onaanvaardbare prijzen; dat in casu het motief ontleend aan het "middelmatige karakter van de offertes", dat voorkomt in de beslissing van 26 september 2006, weliswaar in voorkomend geval de reden kan zijn om een procedure inzake overheidsopdracht stop te zetten, maar niet kan worden gebezigd tot staving van de beslissing om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van het voormelde artikel 17, § 2, 1/, d); dat daaruit volgt dat alleen het motief ontleend aan "de onaanvaardbaarheid van de prijzen" wettelijk aanvaardbaar is;

Overwegende dat de aanbestedende overheid uit de procedures waarin de wet voorziet vrij kan kiezen welke gunningswijze ze voor een overheidsopdracht aanwendt; dat zulks niet geldt voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, die alleen kan worden aangewend in de gevallen die limitatief opgesomd worden in artikel 17, § 2, van de wet van 24 december 1993 en in artikel 31 van richtlijn 2004/18/EG; dat, aangezien die procedure een afwijking inhoudt van de beginselen van mededinging en bekendmaking, de gevallen waarin het toegestaan is daarvan gebruik te maken strikt geïnterpreteerd moeten worden en niet verruimd kunnen worden, zodat degene die daarvan gebruik wenst te maken, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden waarin de afwijking verantwoord is daadwerkelijk voorhanden zijn;

Overwegende dat het verslag aan de raad van bestuur d.d. 26 september 2006, dat de motieven bevat van de beslissing om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, aangeeft dat de voorgestelde prijzen als "onaanvaardbaar" zijn bestempeld doordat ze respectievelijk

17,43% en 19,90% hoger lagen dan de referentieprij vastgesteld in het bestek, welke verschillen vergeleken werden met "verscheidene administratieve circulaires (waarin wordt) uitgegaan van een verschil van 10%" en de "Raad van State, (die), zijnerzijds, ... de lat hoger (legt), aangezien hij uitgaat van een verschil van 17%";

Overwegende dat de verwerende partij de voornoemde circulaires niet overlegt; dat ze evenmin aangeeft in welke arresten van de Raad van State automatisch een absolute drempelwaarde, bepaald op 17%, zou zijn vastgesteld waarboven de prijzen als onaanvaardbaar kunnen worden bestempeld; dat in dit verband in de nota met opmerkingen verwezen wordt naar een rechtsgeleerde studie; dat het uittreksel in kwestie, waarin verwezen wordt naar bepaalde arresten van de Raad van State, als volgt luidt:

" In verscheidene arresten wordt bevestigd dat een aanzienlijk verschil (17%, 25%, ja zelfs 44%) tussen de voorgestelde prijzen en de raming van het Bestuur een reden oplevert om die prijzen als 'onaanvaardbaar' te bestempelen" (M.-A. Flamme e.a., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6e ed., deel IA, blz. 329, nr. 16);

dat in de arresten in kwestie geen sprake is van een enige drempelwaarde waarboven prijzen automatisch als onaanvaardbaar moeten worden bestempeld maar dat daarin over dat begrip uitspraak wordt gedaan in gevallen die zeer in detail beschreven worden; dat daaruit volgt dat de verwerende partij in het licht van de strikte interpretatievoorwaarden waarin de voormelde bepalingen voorzien niet aantoonde dat de beslissing om van die procedure gebruik te maken wettig is;

Overwegende voorts dat de aanbestedende overheid het begrip "onaanvaardbare prijzen", vervat in artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 moet beoordelen, niet in het licht van een algemene en automatische regel, die overigens bij de huidige stand van de teksten niet bestaat, maar op basis van de concrete gegevens van het dossier; dat de verwerende partij in casu de concrete omstandigheden van het dossier niet heeft onderzocht; dat bovendien op het eerste gezicht uit het voornoemde dossier blijkt dat de verwerende partij de voormelde prijzen redelijkerwijze niet als "onaanvaardbaar" mocht bestempelen; dat de verwerende partij immers, wat de prijzen betreft, in artikel 19 b) van het bestek een drempelwaarde - meer dan 130% ten opzichte van de referentieprij - had bepaald waarboven ze een offerte als onregelmatig zou beschouwen, dat wil zeggen, in feite, als een offerte waarvan ze de prijs niet kon aanvaarden, zodat niet in te zien valt, tenzij men met woorden zou spelen, hoe de verwerende partij naderhand heeft kunnen oordelen dat prijzen die 17,43% en 19,90% hoger lagen dan de referentieprij "onaanvaardbaar" waren; dat de technische

commissie, die op 30 mei 2006 ook de kwantitatieve aspecten had onderzocht, in haar verslag van die datum geen dergelijke beoordeling heeft gemaakt en aan de voorgestelde prijzen overigens een waardering heeft toegekend van respectievelijk 10,48/25 en van 8,42/25, welke waardering niet aansluit bij het oordeel dat de verwerende partij gevelde heeft zonder daarvoor andere uitleg te verschaffen dan het maken van algemene en abstracte overwegingen; dat daarnaast rekening diende te worden gehouden met het feit dat de omstreden overheidsopdracht geen klassieke opdracht is voor het uitvoeren van werken volgens een zeer nauwkeurige opmetingsstaat en tegen bekende eenheidsprijzen, maar een opdracht van projectontwikkeling en werken die eveneens betrekking heeft op het ontwerpen en financieren ervan, wat een grote invloed heeft op de voorgestelde prijzen; dat uit het dossier eveneens blijkt dat de prijs die de verzoekende vennootschappen hebben voorgesteld in het kader van de procedure van algemene offerteaanvraag de laagste was, hetgeen de verwerende partij er op zijn minst diende toe aan te zetten na te gaan of haar oorspronkelijke raming en de referentieprij die ze in het bestek bepaald had, pertinent waren;

Overwegende dat het eerste onderdeel ernstig is;

Overwegende, wat het tweede onderdeel betreft, dat uit het dossier en uit de verwijzing naar artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 blijkt dat de voorwaarden van de overheidsopdracht bij beide procedures in wezen identiek dienden te zijn en dat ook waren; dat de verwerende partij zowel haar referentieprij als de drempelwaarde van 130% bepaald in artikel 19, b) van het bestek ongewijzigd heeft gelaten; dat, hoewel alles hetzelfde is gebleven, de verwerende partij niettemin op 22 december 2006 een offerte heeft aanvaard waarvan de prijs 29,48% hoger ligt dan de referentieprij en die prijs dus aanvaardbaar heeft geacht ook al had diezelfde verwerende partij, bijgestaan door dezelfde technische commissie, op 26 september 2006, in het kader van dezelfde overheidsopdracht en van hetzelfde bestek, de prijs die de verzoekende vennootschappen voorstelden en die 17,43% hoger was dan de referentieprij als onaanvaardbaar bestempeld; dat noch de beslissing van 22 december 2006, noch de bijlagen ervan, waarin de motieven van die beslissing voorkomen, uitleg geven over deze ommekeer in de beoordeling; dat de uitleg die in de nota met opmerkingen wordt verstrekt, van na de omstreden beslissing dateert en ze dan ook niet kan rechtvaardigen; dat die uitleg hoe dan ook niet kan worden aanvaard; dat de ontwikkeling die de offertes hebben doorgemaakt tussen beide procedures wat de kwalitatieve criteria betreft, losstaat van de beoordeling van de kwantitatieve criteria en op zich niet voldoende grond oplevert om een offerte te aanvaarden, aangezien de offertes in het licht van alle

gunningscriteria geanalyseerd dienden te worden; dat de prijzen bovendien beoordeeld dienden te worden in het licht van de referentieprijs die de verwerende partij had vastgesteld en die in beide procedures dezelfde was; dat daaruit volgt dat de verwerende partij prima facie het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden; dat het tweede onderdeel ernstig is;

Overwegende dat het eerste middel ernstig is;

#### V. HET GEVAAR VOOR EEN MOEILIJK TE HERSTELLEN ERNSTIG NADEEL

Overwegende dat de verzoekende vennootschappen aanvoeren dat als de tenuitvoerlegging van de bestreden handelingen niet wordt geschorst, zij elke kans zullen verliezen om de omstreden overheidsopdracht toegewezen te krijgen en om die te mogen uitvoeren, terwijl het mislopen van deze opdracht de voortzetting van hun activiteiten of hun voortbestaan zou kunnen verhinderen, of op zijn minst hun goede naam en hun commerciële strategie in de bewuste activiteitensector in grote mate zou aantasten, en dat terwijl het om een referentieopdracht gaat; dat ze het volgende aanvoeren:

" Er wordt aan herinnerd dat de opdracht betrekking heeft op projectontwikkeling en het bouwen van 324 sociale en middelgrote woningen voor een prijs van ongeveer 30 miljoen euro (gedeelte ontwerpen en bouwen).

Overheidsopdrachten van een dergelijke omvang zijn uiterst zeldzaam. Zo blijkt uit onderzoek van de bekendmakingen in het Bulletin der Aanbestedingen sinds 1 januari 2003 slechts een enkele opdracht voor het ontwerpen en bouwen van meer dan 100 woningen, in casu 190 woningen verdeeld over drie percelen, wat nog veel minder is dan de 324 woningen waarop deze opdracht betrekking heeft.

De toewijzing van een overheidsopdracht van een dergelijke omvang is dan ook een uitgelezen kans, om niet te zeggen een unieke kans, om op een strategisch ogenblik een waardevolle referentie binnen te halen.

Zowel in het Waals Gewest als in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn immers onlangs omvangrijke plannen voor de bouw van nieuwe sociale woningen aangenomen.

Wat Brussel betreft, voorziet het Gewestelijk Huisvestingsplan in het bouwen op middellange termijn van 5.000 nieuwe woningen, waaronder 3.500 sociale woningen en 1.500 middelgrote woningen, waarvoor zowat 180 miljoen euro op de begroting is uitgetrokken.

Wat het Waals Gewest betreft, kan erop gewezen worden dat:

- op 3 juli 2003 een uitzonderlijk investeringsprogramma is goedgekeurd voor een totaalbedrag van 1.053.000.000 euro voor een periode van vijf jaar, bestemd voor het bouwen of renoveren van zowat 34.605 woningen;

- tegelijk een gewestelijk investeringsprogramma is goedgekeurd dat drie jaar bestrijkt, namelijk de jaren 2004 tot 2006, en een totale investering vertegenwoordigt van 222.162.014 euro met als doelstelling 2.700 nieuwe openbare woonegelegenheden te bouwen;

- de Gewestregering op 19 oktober 2005 een strategisch plan nr. 3 "Inclusion sociale" genaamd heeft goedgekeurd, dat ertoe strekt het aanbod van woningen op te trekken door 1.560 woningen te laten bouwen via een alternatief financieringsmechanisme waarbij voor 95.200.000 euro zou worden geleend.

Met andere woorden, de grote projecten waarbij een groot aantal sociale en middelgrote woningen in blok wordt gebouwd, waarvan er gedurende vele jaren geen meer waren geweest, zijn aan een sterke heropleving toe in het vooruitzicht waarvan de gunning van de omstreden opdracht een unieke referentie vormt, een perfecte vitrine van de know-how en de kennis van de gekozen aannemers wat hun bekwaamheid betreft om zo een project te beheren en te realiseren (...).

De ongebruikelijk grote omvang van de omstreden overheidsopdracht maakt daarvan niet alleen een gewichtige referentie maar heeft eveneens tot gevolg dat ze voor de verzoekende partijen van groot belang is uit economisch en sociaal oogpunt.

Zo vertegenwoordigt de waarde van de overheidsopdracht - ongeveer 30 miljoen euro - op zich reeds bij benadering een derde van de gezamenlijke omzet van de verzoekende partijen - die nagenoeg 90 miljoen euro bedraagt.

Die opdracht vormt dan ook een moeilijk te vervangen gelegenheid om te zorgen voor op zijn minst stabiliteit van die omzet voor de twee of drie volgende boekjaren en voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de verzoekende vennootschappen, wat hen in staat zou stellen hun gespecialiseerd personeel te behouden en aldus hun bijzondere know-how veilig te stellen";

Overwegende dat de verwerende partij daarop het volgende antwoordt:

" (...) Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt dus dat van een referentieopdracht alleen sprake kan zijn als voldaan is aan verscheidene bijzondere voorwaarden, die, in tegenstelling tot de indruk die de verzoekende vennootschappen wekken, niet alleen verband houden met de financiële aspecten van de opdracht, maar ook met de zeldzaamheid ervan, de complexiteit van het ontwerpen of uitvoeren ervan alsook met het aanwenden van bijzondere of nieuwe technieken.

De verzoekende vennootschappen tonen evenwel geenszins aan dat in casu aan die bijzondere voorwaarden is voldaan. In dit verband valt op te merken dat het dossier van de verzoekende partijen volstrekt ontoereikend is.

In casu is de omstreden opdracht uit financieel oogpunt weliswaar van bijzonder belang, aangezien het gaat om een opdracht ter waarde van ongeveer 30 miljoen euro. Is zulks evenwel voldoende om deze opdracht als een referentieopdracht te bestempelen?

Zeker niet.

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat deze opdracht niet inhoudt dat bijzondere of nieuwe technieken worden aangewend; het gaat immers om het bouwen van sociale woningen volgens heel klassieke bouwprocédés (in haar

advies heeft de technische commissie overigens een parallel getrokken tussen de architecturale opties die de verzoekende vennootschappen gekozen hebben en ... de voorsteden van Parijs).

De opdracht in kwestie is evenmin zo zeldzaam dat het om een echte "referentieopdracht" zou kunnen gaan.

Zoals de verzoekende vennootschappen overigens zelf onderstrepen, strekt het beleid van de overheden bevoegd voor sociale huisvesting, zowel in het Waals Gewest als in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, er immers toe vele sociale woningen te laten optrekken in het raam van verscheidene uitzonderlijke investeringsprogramma's. De bedoeling bestaat erin om binnen dat kader verscheidene tienduizenden nieuwe sociale woningen te bouwen.

Dit beleid heeft dan ook tot gevolg dat de opdrachten betreffende het bouwen en renoveren van sociale woningen in werkelijkheid volstrekt niet uitzonderlijk zijn. Bij deze gelegenheid dient erop te worden gewezen dat de omstreden opdracht aansluit bij het Gewestelijk Huisvestingsplan. Deze opdracht is evenwel het zesde - en zeker niet het laatste - project dat in het kader van dat plan gestart wordt!

De omstreden opdracht is dus, zowel qua zeldzaamheid als qua aangewende technieken, geenszins uitzonderlijk. (...)

Subsidiar willen wij erop wijzen dat de verzoekende vennootschappen met zessen zijn zodat de omvang van het aangevoerde nadeel op het stuk van de reputatie in grote mate "verwaterd" raakt. Bijgevolg zou het nadeel dat verband zou houden met het mislopen van een belangrijke referentie daardoor eveneens sterk verkleind worden. (...)

Wat hun voortbestaan uit economisch oogpunt betreft, brengen de verzoekende vennootschappen niet het minste begin van bewijs aan van de gevolgen van het mislopen van de omstreden opdracht voor hun financiële toestand. De verzoekende partijen tonen geenszins aan dat de tenuitvoerlegging van de bestreden handelingen hun voortbestaan uit economisch oogpunt in gevaar zou brengen.

Hooguit vergenoegen de verzoekende vennootschappen zich ermee te beweren, zonder het aan te tonen, dat de kwestieuze opdracht, gelet op de waarde ervan ten opzichte van hun gecumuleerde totale omzet, 'een moeilijk te vervangen gelegenheid' zou zijn 'om te zorgen voor op zijn minst stabiliteit van die omzet voor de twee of drie volgende boekjaren en voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de verzoekende vennootschappen, wat hen in staat zou stellen hun gespecialiseerd personeel te behouden en aldus hun bijzondere know-how veilig te stellen'.

Uw Raad heeft evenwel geoordeeld dat 'het risico dat de expansie van de verzoekende partij wordt verhinderd en haar bestaan wordt bedreigd samenvalt met het handelsrisico dat inherent is aan het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid en dus geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel vormt in de zin van artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State' (RvS, 20 december 1991, nr. 38.383).

Het spreekt dan ook vanzelf dat, gelet op die rechtspraak, de loutere moeilijkheid die een onderneming ondervindt om haar omzet te handhaven en bijgevolg haar gespecialiseerd personeel te behouden, op zich geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan inhouden.

Ten slotte kan noch uit het verzoekschrift, noch uit het dossier dat de verzoekende vennootschappen hebben overgelegd, opgemaakt worden dat het mislopen van de omstreden opdracht hun goede naam of hun commerciële strategie in hun activiteitensectoren in grote mate zou aantasten.";

Overwegende, in verband met het mislopen van een referentieopdracht, dat zodanige opdracht zo zeldzaam en zo omvangrijk is, het ontwerpen of uitvoeren ervan zo complex is en daarbij zulke bijzondere of nieuwe technieken worden aangewend dat de onderneming waaraan de opdracht wordt toegewezen een heel bijzondere reputatie kan verwerven; dat de verzoekende vennootschappen in casu op afdoende wijze aantonen dat de omstreden overheidsopdracht als een referentieopdracht kan worden beschouwd; dat, wat de zeldzaamheid van de voornoemde opdracht betreft, rekening behoort te worden gehouden met het feit dat de verzoekende vennootschappen met behulp van stukken bewijzen dat uit onderzoek van de bekendmakingen in het Bulletin der Aanbestedingen "sinds 1 januari 2003 slechts een enkele opdracht voor het ontwerpen en bouwen van (...) woningen (blijkt), in casu 190 woningen verdeeld over drie percelen", terwijl de verwerende partij zich vergenoegt met de bewering, die ze evenwel niet kan staven en welke bewering ze ook op de terechtzitting herhaalt, dat "deze opdracht het zesde project is" van die aard en bijgevolg niet bewijst dat dit soort van opdracht vandaag de dag geregeld voorkomt; dat de omvang van de voormelde opdracht het gevolg is van het feit dat ze betrekking heeft op projectontwikkeling en het bouwen van 324 sociale en middelgrote woningen voor een prijs van ongeveer 30 miljoen euro; dat de omstandigheid dat in de nabije toekomst plannen zullen worden opgestart die talrijke identieke toekomstige opdrachten omvatten, de rol van wegbereider versterkt die de voornoemde opdracht momenteel vervult; dat ten slotte uit het dossier blijkt dat de belangrijkste doelstelling van de opdracht niet zozeer bestond in het bouwen van woningen dan wel in het ontwerpen en integreren van die woningen in het licht van de specifieke kenmerken van de context en de beperkingen van het terrein, aangezien de technische commissie hoge eisen heeft gesteld wat de architectonische en stedenbouwkundige aspecten van de projecten betreft; dat de omstreden opdracht dientengevolge, om die redenen, een "vitrine" vormt voor de projectontwikkelaar die ze zal uitvoeren; dat aldus het gevaar bestaat dat de beslissing om de opdracht toe te wijzen voor de verzoekende vennootschappen moeilijk te herstellen ernstige gevolgen zal meebrengen;

Overwegende dat, aangezien voldaan is aan de beide voorwaarden gesteld in artikel 17, § 2, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, de vordering tot schorsing ingewilligd wordt,

## **B E S L U I T :**

### **Artikel 1.**

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing die de raad van bestuur van de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij op zijn vergadering van 22 december 2006 heeft genomen om aan de aannemerscombinatie Jacques DELENS/CEI-DE MEYER/BEAI/ARCHITECTES ASSOCIES een opdracht toe te wijzen voor het ontwerpen, bouwen en, bij wijze van verplichte optie, onderhouden van een complex van sociale en middelgrote woningen op een terrein gelegen te Elsene, Woudlaan.

### **Artikel 2.**

Het meer gevorderde wordt verworpen.

### **Artikel 3.**

Overeenkomstig artikel 3, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, zal van dit arrest per fax kennis worden gegeven.

### **Artikel 4.**

De onmiddellijke tenuitvoerlegging van dit arrest wordt bevolen.

### **Artikel 5.**

De beslissing over de kosten wordt in beraad gehouden.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op een februari tweeduizend zeven, door:

|        |          |                                    |
|--------|----------|------------------------------------|
| de Hr. | NIHOUL,  | staatsraad, waarnemend voorzitter, |
| Mevr.  | SCHMITZ, | griffier.                          |

**De Griffier,**

**De waarnemend Voorzitter,**

**V. SCHMITZ**

**P. NIHOUL**

**VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,  
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,  
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.**