

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 216.879 van 15 december 2011

in de zaak A. 202.440/XII-6757

In zake:

1. de BVBA GEERT VAN GRIEKEN BV

2. Geert VAN GRIEKEN

bijgestaan en vertegenwoordigd door

advocaat Philippe Vande Castele

kantoor houdend te 2900 Schoten

Klamperdreef 7

bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

HYDROBRU – Brusselse Intercommunale voor

Waterdistributie en Sanering

bijgestaan en vertegenwoordigd door

advocaten Dominique Lagasse, Emmanuel Van Nuffel en

Stephan Wyckaert

kantoor houdend te 1170 Brussel

Terhulpesteenweg 187

bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 november 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissingen dd. 15 september 2011 en 29 september 2011, meegedeeld bij brief dd. 28 oktober 2011 met betrekking tot het bestek nr. 1459-a, evenals van de beslissingen om [de bvba Geert Van Grieken BV en Geert Van Grieken] deze overheidsopdracht niet te gunnen, noch in zijn geheel, noch voor een of meerdere percelen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 december 2011, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Vande Casteele, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Stephan Wyckaert, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij, aanvankelijk nog genaamd Brusselse Intercommunale voor Waterdistributie (BIWD), schrijft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor een aanneming van diensten “juridische diensten met betrekking tot de invorderingsprocedures van de BIWD”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 mei 2010.

3.3. Het bestek nr. 1459–a “Raamovereenkomst met het oog op het verlenen van juridische diensten met betrekking tot de gerechtelijke invorderingsprocedures voor de onbetaalde facturen voor waterverbruik, voor een periode van 5 jaar” is van toepassing.

De opdracht is in de aankondiging en het bestek opgesplitst in “vijf geografische percelen, elk afzonderlijk te gunnen”:

- Perceel 1: Brussel en Ukkel – geraamd op ca. 170 zaken per jaar,
- Perceel 2: Sint-Jans-Molenbeek en Vorst – geraamd op ca. 180 zaken per jaar,
- Perceel 3: Anderlecht, Sint-Agatha-Berchem, Koekelberg, Jette en Ganshoren – geraamd op ca. 160 zaken per jaar,
- Perceel 4: Schaarbeek, Sint-Lambrechts-Woluwe, Sint-Pieters-Woluwe, Watermaal-Bosvoorde, Oudergem en Etterbeek – geraamd op ca. 180 zaken per jaar,
- Perceel 5: Sint-Joost-ten-Noode, Evere, Elsene en Sint-Gillis – geraamd op ca. 150 zaken per jaar.

In de aankondiging en het bestek wordt verduidelijkt dat het gaat om een raming zonder verbintenis van verwerende partij.

In de aankondiging wordt voorts bepaald: “Inschrijvingen moeten ingediend worden voor één of meerdere percelen”. In het bestek wordt bepaald: “De inschrijvers hebben de mogelijkheid om een offerte in te dienen voor 1, meerdere of het geheel van de percelen”.

Terzelfder tijd wordt een tweede overheidsopdracht uitgeschreven beheerst door het bestek nr. 1459-b “Raamovereenkomst met het oog op het verlenen van juridische diensten met betrekking tot het afsluiten van watermeters ten gevolge van onbetaalde facturen voor waterverbruik, voor een periode van 5 jaar”.

3.4. De aankondiging omschrijft de “voorwaarden voor deelneming”. Onder de hoofding “Economische en financiële draagkracht. Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan” wordt vermeld:

“de kandidaat moet zijn economisch en financieel vermogen aantonen met de laatste jaarrekeningen en een verklaring op erewoord betreffende zijn totale omzet en zijn omzet in verband met de diensten bedoeld in deze

raamovereenkomst; het gaat om de omzet die werd behaald in de laatste drie boekjaren”.

Onder de hoofding “Vakbekwaamheid. Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan” is bepaald:

“de BIWD zal een selectie van de kandidaten maken op basis van de volgende documenten: - een lijst met de voornaamste referenties van opdrachten van dezelfde aard die in België en in het buitenland werden uitgevoerd in de loop van de laatste drie jaar. Bij deze lijst moeten getuigschriften van goede uitvoering worden gevoegd, of ze moet de gegevens bevatten van een persoon met wie contact kan worden opgenomen in verband met de vermelde referenties; - het bewijs van zijn inschrijving bij de Orde der advocaten; - een beschrijving van zijn ervaring in gelijksoortige dossiers alsook zijn bekwaamheid op het gebied van invorderingsprocedures. De kandidaat moet eveneens kunnen aantonen dat hij dossiers in beide landstalen (NL. en Fr.) kan behandelen, eventueel door een beroep te doen op een/meerdere externe medewerker(s) (te verduidelijken in de kandidatuur). Het beoogde aantal kandidaten per perceel is minimaal drie en maximaal vijftien. Enkel de geselecteerde kandidaten zullen het bestek ontvangen; de kandidaten die willen dat hun aanvraag tot deelneming in aanmerking wordt genomen, moeten de voornoemde documenten dan ook absoluut indienen binnen de gestelde termijn. Indien het aantal geldige kandidaten hoger ligt dan vijftien, zal een selectie worden gemaakt op basis van de ervaring en de bekwaamheid in het behandelen van vergelijkbare dossiers”.

Voorts is vermeld dat het verrichten van de dienst is voorbehouden aan een bepaalde beroepsgroep waarbij wordt verwezen naar de artikelen 428 tot 508 van het Gerechtelijk Wetboek en dat rechtspersonen de namen en beroepskwalificaties moeten opgeven van het personeel dat met de uitvoering van de dienstverleningsopdracht wordt belast.

3.5. De gunningscriteria, vastgesteld in art. 3.6 van het bestek, zijn:

- “• de geraamde jaarlijkse kostprijs: deze kostprijs wordt beoordeeld op basis van de door de inschrijver voorgestelde forfaitaire bedragen en de ramingen vermeld in clause 3.3. (90 PTN)
- de kwaliteit van de voorgestelde juridische aanpak: deze voorwaarde wordt beoordeeld op basis van de juridische bewijsvoering (max. twee A4-pagina's) die naar voren wordt gebracht voor het oplossen van (een) bepaald(e) geval(len) waarvan detail in bijlage van de huidige

raamovereenkomst. De kwaliteit van de juridische aanpak zal beoordeeld worden ten opzichte van wets- en overheidsteksten van toepassing en/of op de huidige rechtspraak op dit gebied. (10 PTN)”.

3.6. De uiterste datum voor ontvangst van de aanvraag tot deelneming is 18 juni 2010 om 16 u.

3.7. Met een brief van 17 juni 2010 op papier van “Faber Inter Law Firm” wordt een aanvraag tot deelneming ingediend ondertekend door tweede verzoekende partij. Hierin wordt als inschrijver verwezen naar de bvba Geert Van Grieken, vertegenwoordigd door diens zaakvoerder Geert Van Grieken.

Het als vertrouwelijk voorgelegde proces-verbaal van opening van de kandidaturen vermeldt 23 geraadpleegde dienstverleners.

3.8. Met een faxbericht van 28 september 2010 deelt verwerende partij mee aan verzoekende partijen dat de maximale limiet van de selectie, zoals bepaald in de aankondiging van opdracht (maximaal 15 kandidaten per perceel) is overschreden en dat zij dus verplicht is om over te gaan tot een selectie van de ontvangen kandidaturen om zich te houden aan de aangekondigde limiet. Er zal overeenkomstig de aankondiging een selectie worden gemaakt “op basis van de ervaring en de bekwaamheid in het behandelen van vergelijkbare dossiers” op basis van onderstaande elementen:

- “- voorrang zal gegeven worden aan de kandidaten die in de laatste vijf jaren een geschil hebben behandeld dat te vergelijken is met het voorwerp van huidige opdracht en dit op gebied van invordering van facturen betreffende drinkwater, gas en/of elektriciteit;
- Indien het aantal geldige kandidaten na dit 1^{ste} criterium nog steeds hoger ligt dan 15, dan zal er een selectie gebeuren op kwantitatieve basis, namelijk het gemiddelde jaarlijkse volume van de behandelde dossiers van schuldinvordering in de laatste vijf jaren”.

Verwerende partij vraagt in dat kader om:

- “- de nadruk te leggen (indien dit nog niet het geval is) op de referenties van de dossiers met betrekking tot de invordering van facturen voor drinkwater, gas en/of elektriciteit

- ons een verklaring op erewoord over te maken met de melding van het aantal behandelde dossiers op het gebied van schuldinvordering in de laatste vijf kalenderjaren, met het detail per jaar en per klant”.

3.9. Met een brief van 7 oktober 2010 ondertekend door tweede verzoekende partij wordt geantwoord:

“De afgelopen 5 jaar had ik niet de gelegenheid facturen in te vorderen voor drinkwater, gas en/of elektriciteit. Wel verklaar ik op eer jaarlijks de volgende invorderingsdossiers te hebben behandeld voor het Universitair Ziekenhuis Antwerpen:

Jaartal	aantal dossiers
2006	889 dossiers
2007	925 dossiers
2008	1.809 dossiers
2009	1.219 dossiers
2010	890 dossiers

Het betreft gelijkaardige dossiers als de invorderingen voor drinkwater, gas en/of elektriciteit. In beide gevallen dienen bedragen ingevorderd te worden jegens particulieren welke, in de meeste gevallen, tot de bevoegdheid van de vrederechters behoren”.

3.10. In een faxbericht van 25 januari 2011 deelt verwerende partij mee dat “uw kandidatuur werd weerhouden. Bijgevolg, vragen wij u een offerte te maken op basis van ons bestek in bijlage”.

3.11. In een faxbericht van 18 februari 2011 deelt verwerende partij mee dat de datum van de indiening van de offertes werd uitgesteld tot 4 maart 2011 om 13u00.

3.12. Met een brief van 3 maart 2011 op papier van “Faber Inter Law Firm” wordt een offerte ingediend ondertekend door tweede verzoekende partij. Het inschrijvingsformulier zelf verwijst als inschrijver naar de bvba Geert Van Grieken, vertegenwoordigd door diens zaakvoerder Geert Van Grieken. De offerte geldt zowel voor alle percelen samen (1, 2, 3, 4 en 5) als voor elk perceel afzonderlijk.

Daarnaast worden nog 22 andere offertes bij de aanbestedende overheid ingediend.

3.13. In een faxbericht van 13 juli 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat bij vergelijking van de offertes is gebleken dat de “door u ingediende prijs” voor de eenvoudige en ingewikkelde zaken meer dan 15 % onder het gemiddelde ligt van de ingediende prijzen en dus abnormaal laag lijkt. Er wordt dan ook gevraagd deze prijs te verantwoorden tegen 5 augustus 2011 om 16 u.

Met een brief van 4 augustus 2011 wordt prijsverantwoording gegeven.

Uit het administratief dossier blijkt dat om dezelfde reden ook aan enkele andere inschrijvers een prijsverantwoording werd gevraagd.

3.14. Op 15 september 2011 stelt het bureau van de raad van bestuur van verwerende partij dat de opdracht werd gesplitst in vijf percelen per geografische sector om verschillende offertes voor de percelen te verkrijgen volgens de geografische vestigingsplaats van het inschrijvende advocatenkantoor, dat de inschrijvers echter een offerte hebben ingediend zonder prijsverschil tussen de verschillende percelen, dat de procedure dus tot gevolg heeft dat één enkel advocatenkantoor, namelijk het kantoor dat met toepassing van de gunningscriteria, de voordeligste conforme offerte heeft ingediend, “kon worden aangewezen” en dat dit resultaat “[voorbij gaat] aan de doelstelling die werd beoogd met de opsplitsing van de opdrachten in percelen: kunnen gebruik maken van meerdere kantoren”. “Omdat de oorspronkelijke doelstelling niet wordt bereikt, besluit het bureau bijgevolg” om “af te zien” van de onderhandelingsprocedure en om de opdracht opnieuw in mededinging te stellen en eventueel de beschrijving en de gunningsvoorwaarden, aan te passen, “zodat de dossiers in het kader van de raamovereenkomst aan verschillende advocatenkantoren toevertrouwd kunnen worden”.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.15. De raad van bestuur van verwerende partij beslist op 29 september 2011 in te stemmen met “het voorstel van het Bureau”.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.16. Met een brief van 28 oktober 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat werd beslist de gunningsprocedure stop te zetten omdat “uit de resultaten van de onderhandelingsprocedure die in 2010 werd gelanceerd betreffende de gunning van een opdracht voor het verlenen van juridische diensten [...] blijkt dat binnen het momenteel vastgelegde kader wordt voorbijgegaan aan de oorspronkelijke doelstelling van het Bureau van de Raad van Bestuur van Hydrobru — een beroep kunnen doen op verschillende advocatenkantoren voor de uitvoering van de percelen”, en om een nieuwe procedure te lanceren “die zodanig is gewijzigd dat de beoogde doelstelling kan worden gehaald”.

3.17. In een e-mail van 7 november 2011 vraagt Geert Van Grieken wanneer de beslissing verwacht mag worden en of er nog knelpunten of onduidelijkheden zijn. Bij e-mail van 7 november 2011 antwoordt verwerende partij: “In bijlage vindt U een kopij van de briefwisseling die U vorige week per post werd toegestuurd”.

IV. Samenvoeging

4. Met een verzoekschrift van 14 november 2011 hebben verzoekende partijen een tweede vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld van “de beslissingen dd. 15 september 2011 en 29 september 2011, meegedeeld bij brief dd. 28 oktober 2011 met betrekking tot het bestek nr. 1459-b, evenals van de beslissingen om hen deze overheidsopdracht niet te gunnen, noch in zijn geheel, noch voor een of meerdere percelen”, zaak gekend onder rolnummer A.202.441/XII-6758. Dit betreft de met voorliggende gunningsprocedure parallel gevoerde gunningsprocedure inzake de opdracht “het verlenen van juridische diensten met

betrekking tot het afsluiten van watermeters ten gevolge van onbetaalde facturen voor waterverbruik”.

Er is geen grond in de huidige stand van het geding om op de vraag van de partijen tot samenvoeging van de beide procedures in te gaan.

Ze worden wel terzelfder tijd behandeld.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5.1.1. Verwerende partij voegt de offertes van de overige inschrijvers, de processen-verbaal van de opening van de inschrijvingen met daarbij overzichtstabellen met de prijzen, de vragen tot prijsverantwoording en de antwoorden erop als vertrouwelijke stukken bij het administratief dossier en vraagt de vertrouwelijke behandeling ervan. Zij meent dat het, in de mate waarin er tot heraanbesteding wordt overgegaan, ondenkbaar is dat verzoekende partijen kennis zouden krijgen van de prijzen die door hun concurrenten waren geboden aangezien zij op die manier immers een concurrentieel voordeel zouden kunnen verkrijgen tegenover de kandidaten die geen vernietigings- en schorsingsberoep hebben ingesteld. Op die manier zou een ongelijkheid ontstaan die er zich zelfs tegen zou verzetten dat zij bij de heraanbesteding zouden meedingen.

5.1.2. Verzoekende partij vraagt de opheffing van de vertrouwelijkheid.

5.2. Het lijkt niet raadzaam reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid -en dus zonder diepgaand onderzoek- de vertrouwelijkheid van de betrokken stukken te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet-omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen.

In het kader van de huidige procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid lijkt het voorts niet aangetoond dat de betrokken stukken manifest als niet-vertrouwelijk zijn te beschouwen en vanuit het oogpunt

van het recht op een eerlijk proces in dit stadium noodzakelijk dienen te worden meegedeeld aan verzoekende partij temeer, zoals hierna zal blijken, deze stukken niet noodzakelijk zijn om tot een uitspraak te komen.

Bijgevolg blijven de door verwerende partij als vertrouwelijk aangemerkte stukken niet ter inzage, wat de Raad van State evenwel niet belet van deze informatie kennis te nemen en deze waar nodig in zijn beoordeling te betrekken.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. Ambtshalve dient te worden vastgesteld dat verwerende partij niet lijkt te zijn overgegaan tot een beoordeling van de ingediende offertes aan alle gunningscriteria zodat zij geen eindrangschikking, laat staan een beslissing tot gunning, heeft genomen.

Een impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partijen te gunnen, lijkt aldus evenmin te bestaan.

Evenzeer lijkt uit de beslissing tot stopzetting en heraanbesteding geen dergelijke impliciete weigeringsbeslissing te kunnen worden afgeleid.

In de huidige stand van de procedure dient dan ook te worden aangenomen dat het beroep in zoverre het gericht is tegen het niet gunnen van de opdracht aan verzoekende partijen onontvankelijk is bij gebrek aan voorwerp.

7. Ambtshalve dient tevens te worden vastgesteld dat de beslissing van 15 september 2011 van het vast bureau van de raad van bestuur van verwerende partij op het eerste gezicht voorkomt als een voorstel ten aanzien van het, volgens verwerende partij, inzake overheidsopdrachten bevoegde orgaan, namelijk haar raad van bestuur.

Daar het Vast Bureau het echter woordelijk over een beslissing heeft dient, in de huidige stand van het geding en voor de duidelijkheid in het

rechtsverkeer, aangenomen te worden dat het beroep zich uitstrekt zowel tot de beslissing van het vast bureau als tot die van de raad van bestuur.

8.1. Verwerende partij voert als exceptie aan dat het verzoekschrift onontvankelijk is bij gebrek aan belang in hoofde van beide verzoekende partijen.

Zij stelt daartoe dat eerste verzoekende partij geen regelmatige offerte heeft ingediend: zij heeft “niet zelfstandig [ingeschreven], de inschrijving gebeurde namens Faber Inter [Law Firm], minstens is de inschrijving van eerste verzoekende partij dubbelzinnig en daarom onregelmatig”.

Het blijkt, zo vervolgt verwerende partij, niet geheel ondubbelzinnig dat de offerte uitgaat van eerste verzoekende partij omdat tweede verzoekende partij, zaakvoerder van eerste verzoekende partij, in bijlage III “Uitdrukkelijke verbintenis en omschrijving van de organisatie”, bijlage vereist op grond van artikel 2.2. van het bestek, zegt dat zij zowel persoonlijk als namens de bvba het bestek zal naleven, maar zich vervolgens voorstelt als vennoot in de associatie “Faber Inter” en vervolgens uitgebreid verwijst naar deze associatie. Hieruit blijkt volgens verwerende partij dat eerste verzoekende partij niet in eigen naam heeft ingeschreven maar kennelijk “als onderdeel van” of “namens” de vennootschap waarvan zij lid is en onder wiens vlag zij vaart, en die zij in de “omschrijving van de organisatie” als één geheel voorstelt.

Ook tweede verzoekende partij doet aldus verwerende partij niet blijken van het vereiste belang. De zaakvoerder van een bvba heeft geen persoonlijk belang bij de vernietiging van een besluit dat op de vennootschap toepasselijk is, en tweede verzoekende partij schreef niet in eigen naam in voor de overheidsopdracht en kan dus niet persoonlijk getroffen worden door de bestreden beslissingen.

8.2.1. In een kort geding, en zulks geldt des te meer in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, kan de Raad van State slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties. Aangezien een verzoekende partij er zich minder behoorlijk tegen in bescherming kan nemen dan in de procedure ten gronde past het bijgevolg dat in een kort geding de Raad van State een exceptie veeleer zou

verwerpen dan aanvaarden tenzij zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

8.2.2. De exceptie kan niet worden aanvaard om de volgende redenen.

De ingediende inschrijvingsformulieren -zoals ook de aanvragen tot deelneming- vermelden uitdrukkelijk de bvba Geert Van Grieken als inschrijver, vertegenwoordigd door haar zaakvoerder Geert Van Grieken.

Deze vaststelling volstaat in de huidige stand van het geding om aan te nemen dat de offertes werden ingediend door de bvba Geert Van Grieken, en niet door de associatie Faber Inter Law Firm. Eerste verzoekende partij doet blijken van het vereiste belang.

Het is in de huidige stand van de procedure voorts niet noodzakelijk om in te gaan op de vraag of tweede verzoekende partij doet blijken van het vereiste belang. De vordering lijkt immers in ieder geval ontvankelijk in hoofde van eerste verzoekende partij en een eventuele niet-ontvankelijkheid in hoofde van tweede verzoekende partij zou, zo lijkt het, geen determinerende invloed hebben op de uitkomst van het geding.

VII. De schorsingsvoorwaarden

9.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

9.2. Te dezen is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

10. In het tweede middel voeren verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 16, 18, 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Het tweede middel steunt op “Onwettige en tegenstrijdige motieven en machtsoverschrijding, evenals schending van het gelijkheidsbeginsel en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*”.

Zij argumenteren onder meer het volgende.

De bestreden beslissingen steunen op onbestaande en onjuiste motieven en schenden het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel omdat, in tegenstelling met hetgeen verwerende partij achteraf betoogt, er nooit sprake is geweest van de zogenaamde “oorspronkelijke doelstelling van het Bureau van de Raad van Bestuur van Hydrobru [...] een beroep [te] kunnen doen op verschillende advocatenkantoren voor de uitvoering van de percelen”. Evenmin is er ooit sprake geweest van een selectie- of uitsluitingscriterium “volgens de geografische vestigingsplaats van de inschrijvende advocatenkantoren”. Het motief dat destijds, dus vóór de publicatie in het Bulletin van Aanbestedingen, ooit werd beslist dat “[e]lke opdracht werd opgesplitst in vijf percelen (per geografische sector) om

verschillende offertes voor de percelen te verkrijgen volgens de geografische vestigingsplaats van de inschrijvende advocatenkantoren” is bijgevolg onjuist.

Het beweerde motief blijkt niet alleen uit geen enkel document, zo vervolgen verzoekende partijen, er is zelfs expliciet bepaald in het bestek dat een kandidaat kon inschrijven voor een of meerdere percelen, zodat hij niet moest vermelden welk perceel “prioritair” zou zijn. Ten slotte was het ook niet verboden om in te schrijven voor beide overheidsopdrachten, dit telkenmale voor het geheel van de percelen, en de kandidaten werden dus evenmin verzocht om aan te geven welke overheidsopdracht “prioritair” zou zijn. De kandidaten werden in de loop van de procedure zelfs verzocht om aan te tonen dat ze een groot volume aankonden, net omdat de laureaat nu eenmaal het geheel van de percelen moest kunnen beheren als hij hiervoor kandidaat was.

Verwerende partij, aldus verzoekende partijen, maakt ook niet aannemelijk dat door haar ooit werd overwogen, laat staan beslist om de opdracht voor te behouden aan verschillende advocatenkantoren en om een perceel enkel in aanmerking te laten komen voor het kantoor dat gevestigd zou zijn in de geografische sector van het desbetreffende perceel. Dergelijk uitsluitingscriterium is des te meer ondenkbaar omdat men zo voorbijgaat aan de vrijheid van vestiging en woonplaats en aan het gegeven dat het beroep van advocaat wordt uitgeoefend in het ganse Rijk zonder enige territoriale beperking.

Verwerende partij schendt dan ook het gelijkheidsbeginsel en de regel *patere legem quam ipse fecisti* door in de eindbeslissing geen toepassing te maken van de bepalingen van het bestek.

Ten slotte stellen verzoekende partijen zich grote vragen bij de juridische haalbaarheid van het beweerde motief; zij menen dat een aanbestedende overheid geen woonplaatsverplichting in het bestek mag opnemen.

11. Verwerende partij merkt op dat zij het beginsel *patere legem* niet heeft geschonden; zij is zich ervan bewust geworden dat haar bestek “zoals het was opgesteld haar doelstelling voorbij schoot”.

Zij meent voorts dat zij op basis van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 gerechtigd was van de lopende procedure af te zien om reden de dossiers te verdelen “rekening houdend met een geografische spreiding van de advocatenkantoren”.

Beoordeling

12.1. Artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 bepaalt:

“Het volgen van de procedure van aanbesteding, offerteaanvraag of via onderhandelingen houdt geen verplichting in tot het toewijzen van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.”

Overeenkomstig deze bepaling mag een aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze; zij heeft daarbij een aanzienlijke beleidsvrijheid, zij het dat zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en dat die beslissing moet steunen op in feite en in rechte aanvaardbare motieven die de beslissing kunnen dragen.

Krachtens artikel 65/4, eerste lid, 6°, *juncto* artikel 65/5, 8°, van de wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven”; deze gemotiveerde beslissing bevat “de juridische en feitelijke motieven van de beslissing van de aanbestedende instantie om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die wordt gevolgd”.

12.2. Met verzoekende partijen moet worden vastgesteld dat het bestek niet uitsloot dat een inschrijver voor verschillende percelen terzelfder tijd inschreef. Offertes mochten worden ingediend voor één, meerdere of alle percelen wat kan inhouden dat één inschrijver voor alle percelen de voordeligste regelmatige offerte indiende.

De noodzaak verbeteringen aan te brengen aan het bestek kan een gegronde reden voor heraanbesteding zijn.

Prima facie lijkt de vaststelling dat een met het bestek beoogde doelstelling niet wordt gerealiseerd, dan ook een dergelijke gegronde reden te kunnen zijn.

12.3. Er dient echter te worden vastgesteld dat deze doelstelling pas blijkt uit de bestreden beslissingen zelf en niet uit eerdere beslissingen zoals de beslissing tot goedkeuring van het bestek - die niet wordt voorgelegd - en dat in de nota weliswaar wordt benadrukt dat het aanwijzen van meerdere advocatenkantoren per opdracht in het voordeel van verwerende partij is, maar dat dit voordeel niet nader wordt verklaard of beargumenteerd. Het is ook niet onmiddellijk duidelijk waarom het nadelig zou zijn voor verwerende partij dat alle percelen aan dezelfde inschrijver worden gegund indien deze voor alle percelen de meest voordelige offerte indiende en voldoet aan de selectievoorwaarden. Indien de in het bestek gestelde vereisten ter zake niet zouden volstaan om de financiële, economische en vakbekwaamheid aan te tonen om de percelen samen uit te voeren, zou dit een reden kunnen zijn, maar dit wordt niet beweerd - laat staan aangetoond - en er blijkt ook niet dat dit de reden voor stopzetting is.

In de huidige stand van het geding wordt dan ook niet aangetoond dat het aangehaalde motief voldoende deugdelijk is om de stopzettingsbeslissingen te verantwoorden.

12.4. Het middel is in de aangegeven mate ernstig en rechtvaardigt de schorsing van de bestreden beslissingen in de mate de lopende procedure wordt stopgezet en er wordt beslist tot heraanbesteding.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 15 september 2011 van het vast bureau van de raad van bestuur van Hydrobru en van de beslissing van 29 september 2011 van de raad van bestuur van Hydrobru tot stopzetting van

de onderhandelingsprocedure met bekendmaking die werd opgestart voor de gunning van opdracht 1459-a met het oog op het verlenen van juridische diensten met betrekking tot de gerechtelijke invorderingsprocedure voor de onbetaalde facturen en tot het opnieuw in mededinging stellen van deze opdracht.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 december 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra