

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

ALGEMENE VERGADERING

A R R E S T

**nr. 222.358 van 1 februari 2013
in de zaak A. 197.685/G-124**

In zake : de BVBA ALGEMENE BOUWONDERNEMING DILLEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Noël Devos
kantoor houdend te 2440 Geel
Diestseweg 155
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 september 2010, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen van 9 juli 2010 (jaarnummer 8768), waarbij de opdracht zoals omschreven in het bestek nummer 2008/6018A voor meerjarencontract op afroep voor de realisatie van het nieuwe inrichtingsconcept in 18 onthaalkantoren van de lokale politie, niet aan [de bvba Algemene Bouwonderneming Dillen] werd toegewezen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

Met een beschikking van 14 maart 2012 is de zaak verwezen naar de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak, die heeft plaatsgevonden op 4 december 2012.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Cauwenberghs, die loco advocaat Noël Devos verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. Door de stad Antwerpen wordt een opdracht bij algemene offerteaanvraag uitgeschreven “Meerjarencontract op afroep voor de realisatie van het nieuwe inrichtingsconcept in 18 onthaalkantoren van de Lokale Politie Antwerpen”. Krachtens het toepasselijke bestek wordt het meerjarencontract gesloten met het oog op een uniforme en vlotte realisatie van het nieuwe inrichtingsconcept in achttien onthaalkantoren van de lokale politie Antwerpen. Het meerjarencontract bevat twee percelen: perceel I betreft de inrichting, perceel II betreft de algemene bouwwerken en technieken. De opdracht zal worden toegewezen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend op basis van de gunningscriteria, zijnde 1. eenheidsprijzen, 2. plan van aanpak, en 3. prijsvoorstel volgens effectieve meetstaat (dossier Handelstraat).

De verzoekster dient zowel voor perceel I als perceel II een offerte in.

Op 18 juni 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen het meerjarencontract op afroep voor de restyling van de onthaalkantoren van de lokale politie te gunnen aan de nv Vanhout en Zonen wat perceel I betreft, en aan de nv Renovatiebouw Van Broeckhoven wat perceel II betreft. De beslissing wordt op 2 juli 2010 ingetrokken wegens “een onvolledigheid in de beoordeling van dit dossier”.

Een nieuwe gunningsbeslissing wordt genomen op 9 juli 2010. Perceel I wordt gegund aan de nv Vanhout en Zonen, die 62,5 % (“= hoogste score van alle inschrijvingen voor Perceel 1”) scoort. De verzoekster heeft met 60 % de tweede hoogste score. Perceel II wordt gegund aan de nv Renovatiebouw Van Broeckhoven.

Met een brief van 14 juli 2010 wordt aan de verzoekster meegedeeld dat werd beslist de opdracht niet aan haar te gunnen. In bijlage is de

gunningsbeslissing van 9 juli 2010 gevoegd.

IV. Precisering van het voorwerp

Exceptie

4. In de memorie van antwoord werpt verwerende partij tegen “dat uit de libellering, door de verzoekende partij, van de bestreden beslissing van de stad Antwerpen van 9 juli 2010, blijkt dat enkel deze weigeringsbeslissing [om de opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen] wordt aangevochten”.

Beoordeling

5. De exceptie getuigt van een onjuiste en selectieve lezing van het verzoekschrift. Voor zoveel er overigens inderdaad opmerkingen te maken zouden zijn over de accuratesse waarmee de verzoekster het voorwerp van haar beroep heeft omschreven, heeft verwerende partij die opmerkingen kennelijk aan zichzelf te wijten.

6. In de kenningsgevingsbrief van 14 juli 2010 aan de verzoekster deelde verwerende partij mee:

“U diende een offerte in voor de opdracht zoals omschreven in het bestek nummer 2008/6018A voor meerjarencontract op afroep voor de realisatie van het nieuwe inrichtingsconcept in 18 onthaalkantoren van de lokale politie, waarvoor dank.

Het bestuur heeft evenwel beslist de opdracht niet aan u toe te wijzen. In bijlage bezorg ik u de gemotiveerde beslissing.

[...]

Voor de goede orde wordt u hierbij geïnformeerd omtrent de verschillende verhaalmogelijkheden.”

Door zich aldus uit te drukken, werkt verwerende partij zelf in de hand dat de verzoekster naar de bijgevoegde gemotiveerde gunningsbeslissing van 9 juli 2012 verwijst als zijnde een besluit waarmee het bestuur heeft beslist de

opdracht niet aan haar toe te kennen.

7. Hoe dan ook doet het verzoekschrift er onmiskenbaar van blijken dat de verzoekster niet alleen de weigering om de opdracht – wat perceel I betreft – aan haar te gunnen aanvecht, maar ook de beslissing om de opdracht – wat datzelfde perceel I betreft – aan de nv Vanhout en Zonen te gunnen.

De omschrijving van het voorwerp van het beroep op bladzijde 1 van het verzoekschrift luidt immers voluit:

“Verzoekende partij heeft de eer, bij toepassing van artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 op de overheidsopdrachten, beroep in te dienen tegen de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen van 9 juli 2010 (jaarnummer 8768), waarbij de opdracht zoals omschreven in het bestek nummer 2008/6018A voor meerjarencontract op afroep voor de realisatie van het nieuwe inrichtingsconcept in 18 onthaalkantoren van de lokalen politie, niet aan verzoekster werd toegewezen. [Hierbij wordt in voetnoot 1 verwezen naar de kennisgevingsbrief van 14 juli 2010, met de bijlagen.]

Bij voormelde bestreden werd de gunning goedgekeurd waarbij voor perceel 1, met name de inrichtingswerken, de opdracht toegewezen werd aan de firma Vanhout en Zonen nv en waarbij voor perceel 2, met name de algemene bouwwerken en technieken de opdracht toegewezen werd aan de firma Renovatiebouw Van Broekhoven NV.

Bij deze wordt voormelde beslissing bestreden wat perceel 1 betreft. Met betrekking tot dit perceel werd verzoekster in de rangschikking na weging van de gunningscriteria als tweede gerangschikt met 60 punten, terwijl Vanhout en zonen NV 62,5 punten had”.

8. Het mag dan ook niet verwonderen dat de verzoekster in de memorie van wederantwoord met betrekking tot de exceptie repliceert dat haar beroep tegen de beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen “uiteeraard het beroep tegen de beslissing tot toewijzing van de opdracht aan de firma Vanhout en zonen nv. [omvat]”.

9. Uit al het voorgaande leidt de Raad van State af dat als voorwerp van het beroep moet worden geïdentificeerd en gepreciseerd:

1. de beslissing van 9 juli 2010 van het college van burgemeester en schepenen

van de stad Antwerpen om perceel I, inrichtingswerken voor de restyling van de balies en onthaalkantoren van de politiekantoren op basis van meerjarencontract op afroep, te gunnen aan de nv Vanhout en Zonen, en

2. de uit die beslissing afgeleide, impliciete weigering om dezelfde opdracht aan de verzoekster te gunnen.

De exceptie mist derhalve feitelijke grond.

V. Ontvankelijkheid

Exceptie

10. Volgens de memorie van antwoord is het beroep onontvankelijk in zo verre het gericht is tegen de weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekster te gunnen. Toegelicht wordt dat verwerende partij in het kader van een offerteaanvraag over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt inzake de beoordeling van de gunningscriteria, dat de Raad van State noch de verzoekster hun beoordeling in de plaats van die van de overheid mogen stellen, en dat niet blijkt dat de aanbestedende overheid de rechtsplicht had om de opdracht toe te wijzen aan de verzoekster.

Beoordeling

11. Wanneer een welbepaald voordeel, zoals te dezen de gunning van een overheidsopdracht met het oog op de realisatie van een inrichtingsconcept in onthaalkantoren van de politie, in mededinging wordt gesteld en dit voordeel uiteindelijk, expliciet, aan één van de gegadigden wordt toegewezen, dan doet – in de regel – die toewijzingsbeslissing er *ipso facto* en noodzakelijk van blijken dat het kwestieuze voordeel niet aan de andere gegadigden wordt verleend. Wordt, op beroep van een gedupeerde kandidaat, de expliciete toewijzingsbeslissing vernietigd, dan verdwijnt daardoor meteen ook de weigering om het voordeel aan de andere gegadigden te verschaffen, in zoverre ze alleen uit het bestaan van de

toewijzingsbeslissing kon worden afgeleid.

Niettemin heeft de rechtspraak in dergelijke gevallen aangenomen dat een verzoeker naast de vernietiging van de toewijzing aan de concurrent, supplementair ook de vernietiging kan vragen én kan verkrijgen van de uit de toewijzing gebleken impliciete weigering om het bewuste voordeel aan hemzelf toe te kennen. De jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van de impliciete weigering strekt ertoe de verzoeker ruimere waarborgen te verschaffen wat het rechtsherstel betreft dat na een nietigverklaring door de overheid moet worden verstrekt.

12. Deze jurisprudentiële techniek moet, naar het oordeel van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, weliswaar worden voorbehouden aan uitzonderlijke gevallen.

Bij uitstek zo een exceptioneel geval is datgene waarin de verzoeker specifiek aannemelijk maakt, in zijn middelen, dat het aan de derde verstrekte voordeel integendeel aan hemzelf moest zijn toegekend. Dit houdt niet noodzakelijk in dat de verzoeker zich moet beroepen op een wettelijke of reglementaire bepaling op grond waarvan het voordeel aan hem diende te worden verleend. Ook in een geval waarin er voor de overheid initieel een discretionaire beoordelingsmarge bestond, kan het mogelijk zijn dat binnen het raam van het annulatieberoep, alle concrete omstandigheden van de zaak in acht genomen, dient te worden aangenomen dat die overheid niet wettig (meer) vermag te weigeren het voordeel aan de verzoeker te geven.

Nog andere dergelijke exceptionele gevallen zijn niet bij voorbaat uit te sluiten, maar hun uitzonderlijkheid moet dan toch steeds op een overtuigende, afdoende wijze beargumenteerd zijn geworden door de verzoeker.

13. In dit licht wordt niet het standpunt aangenomen dat het beroep tegen de impliciete beslissing om een opdracht na offerteaanvraag niet aan de

verzoeker te gunnen, *a priori* onontvankelijk is.

Ten minste blijft, met het oog op een uitspraak over het supplementaire beroep tegen de impliciete weigering om de opdracht aan verzoeker te gunnen, altijd na te gaan of deze een middel aanvoert dat, gelet op alle gegevens waarmee in het kader van het beroep moet worden rekening gehouden, tot de vaststelling leidt dat de overheid geen andere keuze heeft dan de opdracht aan verzoeker te gunnen.

De besproken exceptie vermag dus niet te beletten dat wordt overgegaan tot een onderzoek van de middelen die tegen de impliciete weigeringsbeslissing zijn aangevoerd. De beoordeling van de exceptie leidt tot die van de grond van het geschil en gaat erin op.

14. Te dezen doet verzoekster gelden – in haar verzoekschrift, in de memorie van wederantwoord en in de laatste memorie – dat indien de procedure correct was verlopen, zij als eerste gerangschikt zou zijn geworden en de opdracht aan haar zou zijn gegund. Zij voert daartoe twee middelen aan.

In het auditorsverslag wordt niet aan de middelen toegekomen.

VI. Verder verloop van het beroep

15. De conclusies van het auditorsverslag bieden geen oplossing van het geschil. Er is reden tot het bevelen van een aanvullend onderzoek.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

1. Het debat wordt heropend.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt met een aanvullend onderzoek belast.

3. De zaak wordt teruggewezen naar de XIIde kamer.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
één februari tweeduizend dertien, door de algemene vergadering van de afdeling
Bestuursrechtspraak, die was samengesteld uit :

de HH.	Roger Stevens,	Voorzitter van de Raad van State,
	Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
	Michel Leroy,	kamervoorzitter,
	André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Mevr.	Odile Daurmont,	kamervoorzitter,
de HH.	Jacques Vanhaeverbeek,	kamervoorzitter,
	Paul Lewalle,	staatsraad,
	Daniël Moons,	staatsraad,
	Johan Lust,	staatsraad,
Mevr.	Simone Guffens,	staatsraad,
de H.	Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Mevr.	Colette Debroux,	staatsraad,
de HH.	Eric Brewaeys,	staatsraad,
	Imre Kovalovszky,	staatsraad,
	Pierre Lefranc,	staatsraad,
	Jan Clement,	staatsraad,
	Michel Pâques,	staatsraad,
	Luc Cambier,	staatsraad,

	Bert Thys,	staatsraad,
	Pierre Barra,	staatsraad,
Mevr.	Diane Déom,	staatsraad,
de H.	David De Roy,	staatsraad,
Mevr.	Danièle Langbeen,	hoofdgriffier.

De Hoofdgriffier,

De Voorzitter van de Raad van State,

Danièle Langbeen.

Roger Stevens.