

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.192 van 22 oktober 2013
in de zaak A. 200.183/XII-6590**

In zake: de ORDE VAN ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kristof Uytterhoeven en Johannes Nissen
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Potvlietlaan 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

TOERISME VLAANDEREN, intern verzelfstandigd
agentschap met rechtspersoonlijkheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Achttiende Oostwal 37 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 mei 2011, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van Toerisme Vlaanderen [van onbekende datum] tot vaststelling van een ‘selectieleidraad met referte TVL/2011/0639/PPS voor een beperkte wedstrijdofferteaanvraag voor het DBF project ter realisatie van een jeugdhostel gelegen Ezelstraat te Brugge’ zoals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 15 maart 2011 BDA nummer 2011-504992”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 220.775 van 27 september 2012 is het debat heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kristof Uytterhoeven en Johannes Nissen, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Liesbeth Ruelens, die loco advocaat Steven Van Geeteruyen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de realisatie van een jeugdhostel in de Ezelstraat te Brugge. Het betreft een beperkte wedstrijdofferteaanvraag.

Het voorwerp van de opdracht wordt in de selectieleidraad omschreven:

“Het project behelst
- de afbraak van de bestaande gebouw(en);
- het ontwerp, de bouw en de financiering tot voorlopige oplevering van het nieuw jeugdhostel.

De opdrachtnemer zal in beginsel, zoals nader zal worden uitgewerkt in het bestek, volgens de DBF-formule instaan voor het ontwerpen, het bouwen, het financieren tot voorlopige oplevering van het jeugdhostel.”

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 maart 2011 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 maart 2011.

Bij de aankondiging is een selectieleidraad gevoegd. Hierin zijn onder meer de volgende bepalingen opgenomen:

“3 De Selectiefase

[...]

3.3 De indiener van de Kandidaatstelling

3.3.1 Deelnemers

De kandidaatstellingen worden ingediend hetzij door één enkele rechtspersoon, hetzij een combinatie van rechtspersonen (al dan niet onder de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap naar Belgisch recht). Dergelijke combinatie wordt hierna aangeduid als een ‘Consortium’.

In de kandidaatstelling toont de deelnemer aan dat hij beschikt over (hetzij als lid van een consortium, hetzij als genomineerd onderaannemer):

- Aannemer klasse 7, categorie D
- Architect ingeschreven bij de Orde van architecten
- [...]
- [...]

Wanneer een kandidaatstelling uitgaat van een consortium:

- gelden, behoudens andersluidende vermelding, alle verplichtingen t.a.v. een deelnemer ook t.a.v. alle leden van het consortium;
- [...]
- zal ieder lid dat de kandidaatstelling en, na selectie, de offerte onderschrijft hoofdelijk en solidair jegens de aanbestedende overheid verbonden zijn”.

IV. Voorwerp van het beroep

4. Aan de hand van het functioneel belang van de verzoekende partij zoals aanvaard in het tussenarrest nr. 220.775 van 27 september 2012 en in het licht van haar enige middel dient als het voorwerp van het beroep de *sub* 3.2 aangehaalde bepaling uit de bestreden beslissing te worden aangezien; dit wordt ook zo voorgesteld in het auditoraatsverslag en niet door de partijen in hun laatste memories weersproken.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Problematiek

5. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij niet langer beschikt over een actueel belang; de verzoekende partij heeft geen annulatieberoep ingediend tegen de beslissing van de verwerende partij houdende de selectie van een aantal gegadigden noch tegen de uiteindelijke gunningsbeslissing. De verwerende partij vraagt zich af welke genoegdoening de verzoekende partij kan krijgen met een eventuele vernietiging van de door haar bestreden beslissing.

Beoordeling

6. Los van het antwoord op de vraag of de exceptie op een ontvankelijke wijze wordt opgeworpen nu deze in een eerder processtadium aan bod kon komen, dient te worden gewezen op het functioneel belang van de verzoekende partij die het er niet om te doen is om middels het annulatieberoep

zelf de opdracht te kunnen realiseren; dit belang heeft een andere invalshoek dan het belang in de gebruikelijke situatie van een verzoekende partij geïnteresseerd in de gunning van een overheidsopdracht. Dit functioneel belang, zoals door de Raad van State aanvaard in het tussenarrest nr. 220.775 van 27 september 2012, blijft te dezen gestand, los van de selectiebeslissing of de gunningsbeslissing.

De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan “van artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en van het beroep van architect, artikel 10 en 11 van het Reglement van beroepsplichten, bijlage bij het KB van 18 april 1985 tot goedkeuring van het door de Nationale Raad van de Orde van Architecten vastgestelde Reglement van beroepsplichten (B.S. 8 mei 1985), van artikel 4 van het Reglement van beroepsplichten, bijlage bij het KB van 18 april 1985 tot goedkeuring van het door de Nationale Raad van de Orde van Architecten vastgestelde Reglement van beroepsplichten (B.S. 8 mei 1985), van artikel 2 van de Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en van het beroep van architect en van artikel 5 van het Reglement van beroepsplichten, bijlage bij het KB van 18 april 1985 tot goedkeuring van het door de Nationale Raad van de Orde van Architecten vastgestelde Reglement van beroepsplichten (B.S. 8 mei 1985), van de artikelen 1, 4 en 9 van de Wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en van het beroep van architect, artikel 1 van het KB van 18 april 1985 tot goedkeuring van het door de Nationale Raad van de Orde van Architecten vastgestelde Reglement van beroepsplichten en van de artikelen 5, 8, 38, 7° en 53 van de wet 26 juni 1963 tot instelling van een Orde van Architecten”.

De selectieleidraad bepaalt dat de kandidatuur dient te gebeuren door één rechtspersoon of door een consortium van rechtspersonen, dat de kandidatuur dient te bestaan uit minstens één architect en één aannemer, hetzij als lid van het consortium, hetzij als onderaannemer, en dat, voor zover de aannemer en de architect verenigd zijn in een consortium, alle verplichtingen ten aanzien van een deelnemer ook ten aanzien van alle leden van het consortium gelden en alle deelnemers zich bovendien hoofdelijk en solidair dienen te verbinden jegens de aanbestedende overheid.

Het eerste middelonderdeel betreft de in de bestreden bepaling beoogde rechtstoestand waarbij de deelnemer één rechtspersoon is en de verhouding tussen de aannemer en de architect die is waarbij de ene onderaannemer of ondergeschikte in dienstverband is van de ander. Artikel 6 van de wet van 20 februari 1939 en de artikelen 4, 10 en 11 van het Reglement van beroepsplichten, die de onverenigbaarheid van het beroep van architect met dat van aannemer instellen en de onafhankelijkheid van de architect poneren, verbieden echter, aldus de verzoekende partij, dat dergelijke verhouding wordt opgelegd.

In een tweede onderdeel bekritiseert de verzoekende partij de volgens haar in de bestreden bepaling beoogde rechtstoestand waarbij de aannemer en de architect zich verbinden als vennoten in een rechtspersoon dan wel in een consortium van rechtspersonen. Artikelen 2, § 2, 2° en 5°, en 6 van de wet van 20 februari 1939 en artikelen 5, 10 en 11 van het Reglement van beroepsplichten bepalen dat de architect zijn beroep enkel in de vorm van een professionele burgerlijke vennootschap mag uitoefenen waarbij het doel van de vennootschap zich moet beperken tot het verstrekken van diensten en haar activiteiten op geen enkel wijze onverenigbaar mogen zijn met het beroep van architect en dat de architectenvennootschap bovendien niet kan participeren in een andere vennootschap waarvan het doel en de activiteiten onverenigbaar zijn met het beroep van architect. Deze bepalingen verbieden dat een architect vennoot is in een rechtspersoon die én instaat voor het ontwerp én de uitvoering

of dat een architectenvennootschap deel uitmaakt van een consortium waar tevens een aannemersvennootschap toe behoort.

Ten slotte, in het derde onderdeel, viseert de verzoekende partij in de bestreden bepaling de hoofdelijkheid tussen de leden van het consortium en het voorschrift dat de verplichtingen van een deelnemer aan het consortium gelden ten aanzien van alle leden van het consortium. Dit strijdt, aldus de verzoekende partij, met de artikelen 1, 2, 4, 6, 8 en 9 van de wet van 20 februari 1939, de artikelen 4, 10 en 11 van het Reglement van Beroepslichten en de artikelen 5, 8 en 38, 7°, van de wet van 26 juni 1963 ‘tot instelling van de Orde van Architecten’ die bepalen welke natuurlijke personen of rechtspersonen in België het beroep van architect mogen uitoefenen. Een aannemer mag zich in het kader van een consortium niet verbinden tot de verbintenissen van een architect en *vice versa*.

8. De verwerende partij voert als verweer, wat het eerste onderdeel betreft, aan dat de overheidsopdracht gaat om een promotieovereenkomst voor aanneming van werken omdat de voorliggende opdracht zowel de uitvoering als de prefinanciering betreft. “In casu zal de uiteindelijke gegadigde van de overheidsopdracht derhalve de hoedanigheid bezitten van promotor, met name diegene die zich tegenover de klant ertoe verbindt om tegen een welbepaalde prijs een geheel van diensten te verlenen die leiden tot het oprichten, voltooiën of verschaffen van een of meer gebouwen waarvan de eigendom of het genot aan de klant worden overgedragen.” De architect contracteert alsdan met de promotor. Voorts wijst zij erop dat op voorwaarde dat de architect zijn onafhankelijkheid behoudt, hij met een aannemer deel kan uitmaken van een vennootschap van onroerende diensten en dat de bouwpromotor-aannemer de architect kan belasten met een gedeeltelijke opdracht die beperkt blijft tot de ontwerpfase mits de architect voldoende onafhankelijk is van de betrokken bouwpromotor en mits geen inbreuk wordt gepleegd op het principe van het wettelijk monopolie van de architect. De selectieleidraad houdt aldus niet *ipso facto* een schending in van de onverenigbaarheid tussen het beroep van architect en dat van aannemer alsook

van de onafhankelijkheid van de architect. “Uit hetgeen voorafgaat is met name gebleken dat het perfect mogelijk is dat architect en aannemer zich in het kader van de bouwpromotie van deze overheidsopdracht gezamenlijk aandienen als kandidaat, verenigd in één rechtspersoon. Een en ander neemt uiteraard niet weg dat Toerisme Vlaanderen er als aanbestedende overheid in het verdere verloop op zal toezien dat de in het middel aangehaalde beginselen en wetsbepalingen in concreto zullen worden gerespecteerd.”

Wat het tweede en derde onderdeel betreft beperkt de verwerende partij zich tot de opmerking dat verzoekende partij voorbijgaat aan de eigenheid van de opdracht tot bouwpromotie.

9. De verzoekende partij betwist in haar memorie van wederantwoord dat het hier zou gaan om een promotieovereenkomst in de zin van artikel 9, laatste lid, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ en artikel 21 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’.

Het gaat hier immers, zo vervolgt de verzoekende partij, om een DBF-project dat nergens voorziet in de formele vereisten die worden opgelegd aan de mogelijkheid tot gunning van een promotieovereenkomst voor werken; de selectieleidraad voorziet nergens in enige verwijzing naar deze bijzondere contractsvorm. De leidraad bevat ook nergens de vereiste vermeldingen die artikel 11 en volgende van het koninklijk besluit van 26 september 1996 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’ opleggen. Voorts merkt zij op dat de selectieleidraad voorziet in de bepaling dat de opdrachtgever bij de voorlopige oplevering het jeugdhostel verwerft door betaling van een forfaitaire aankoopprijs; in annuïteiten wordt dus niet voorzien en de voorgeschreven vorm van verwerving past dan ook niet in de limitatieve

lijst van mogelijkheden van promotieovereenkomst, opgenomen in artikel 21 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

De hier beoogde opdracht heeft ook, zo vervolgt de verzoekende partij, niet de vorm van een promotieovereenkomst; bij een promotieovereenkomst wordt voorzien in één aanspreekpunt, namelijk de promotor, die de nodige garanties stelt ten aanzien van de financiering en eventueel van de studie van het project; de promotor staat in voor de levering van een afgewerkt gebouw zonder dat de aanbestedende overheid zich zorgen hoeft te maken over de financiering, de studie of de uitvoering ervan; de promotor verbindt zich ten aanzien van de aanbestedende overheid en hij dient zelf de nodige contracten te sluiten met ontwerpers, aannemers en/of financiers en biedt hieromtrent garanties aan het bestuur.

Hier echter vraagt het bestuur rechtstreeks garanties van de aannemer en de architect, die zich bovendien hoofdelijk en solidair dienen te verbinden en elkaars verplichtingen op te nemen.

10. In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij dat het om een promotieopdracht voor werken in de zin van artikel 9 van de wet van 24 december 1993 gaat. Zij wijst erop dat onder punt 3.2 van het bestek er duidelijk verwezen wordt naar de toepasselijkheid van dit artikel 9. Zij benadrukt dat tijdens de werken de promotor instaat voor een algehele (pre)financiering aangezien verwerende partij slechts gehouden is tot betaling van 90 % van de koopprijs bij de voorlopige oplevering en de overige 10 % pas verschuldigd is bij de definitieve oplevering.

Beoordeling

11. Uit de bestreden bepaling moet worden afgeleid dat de aanbestedende overheid een deelnemer oplegt zowel te beschikken over een aannemer als over een architect.

12. De verwerende partij voert geen verweer ten aanzien van de wezenlijke grief van verzoekende partij, die op goede gronden aanvoert – hierin bijgevalen door de auditeur-verslaggever – dat in welke deelnemersvorm in de bestreden bepaling opgenomen ook, de onafhankelijkheid van de architect tegenover een aannemer in het gedrang is, hetzij omdat de architect vennoot is in eenzelfde rechtspersoon waar de aannemer vennoot is, hetzij omdat de architect in dienstverband is of in onderaanneming werkt van een aannemer of *vice versa*, hetzij omdat een aannemer en een architect in een combinatie optreden waarbij zij hoofdelijk verbonden zijn ten aanzien van de aanbestedende overheid.

Het verweer beperkt zich tot de stelling dat het te dezen gaat om een promotieovereenkomst; dit zou blijkbaar volgens verwerende partij inhouden dat de wet van 24 december 1993 zelf, namelijk artikel 9, de bestreden bepaling toelaat.

13. De stelling van de verwerende partij dat het te dezen gaat om een promotieovereenkomst kan niet worden bijgevalen; in de selectieleidraad is er geen sprake van een promotieovereenkomst, integendeel, er wordt onder meer in bepaald dat, indien een combinatie inschrijft, de deelnemers ervan passief hoofdelijk verbonden zijn. Dit wijst er precies op dat deze deelnemers niet onder een promotor werken.

Bovendien maakt de verwerende partij niet duidelijk dat de figuur van de promotieovereenkomst de door de verzoekende partij ingeroepen bepalingen inzake de onafhankelijkheid van de architect en de onverenigbaarheid van dit beroep met dit van aannemer *ipso iure* terzijde schuift. Ook een promotieovereenkomst dient deze bepalingen in acht te nemen.

14. Concreet ten aanzien van de kwestieuze selectieleidraad dient te worden vastgesteld dat in welke door de verzoekende partij aangehaalde hypothese de architect en de aannemer juridisch met elkaar ook verbonden zijn, dit op een wijze is die de onafhankelijkheid van de architect tegenover de

aannemer substantieel bezwaart *casu quo* kan bezwaren; minstens wordt door de verwerende partij het tegendeel niet aangetoond.

15. Het middel is in die mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt in de selectieleidraad met referte TVL/2011/0639/PPS zoals vastgesteld door Toerisme Vlaanderen in het kader van een beperkte wedstrijdofferteaanvraag voor het DBF project ter realisatie van een jeughostel gelegen Ezelstraat te Brugge, de volgende bepalingen:

“3.3 De indiener van de Kandidaatstelling

3.3.1 Deelnemers

De kandidaatstellingen worden ingediend hetzij door één enkele rechtspersoon, hetzij een combinatie van rechtspersonen (al dan niet onder de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap naar Belgisch recht). Dergelijke combinatie wordt hierna aangeduid als een ‘Consortium’.

In de kandidaatstelling toont de deelnemer aan dat hij beschikt over (hetzij als lid van een consortium, hetzij als genomineerd onderaannemer):

- Aannemer klasse 7, categorie D**
- Architect ingeschreven bij de Orde van architecten**
- [...]**
- [...]**

Wanneer een kandidaatstelling uitgaat van een consortium:

- gelden, behoudens andersluidende vermelding, alle verplichtingen t.a.v. een deelnemer ook t.a.v. alle leden van het consortium;**
- [...]**
- zal ieder lid dat de kandidaatstelling en, na selectie, de offerte onderschrijft hoofdelijk en solidair jegens de aanbestedende overheid verbonden zijn”.**

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 oktober 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Dierk Verbiest