

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.591 van 26 november 2013
in de zaak A. 201.909/XII-6714**

In zake: de NV TRACTEBEL ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Neven en Jens Debièvre
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LANDEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te 3001 Heverlee
Industrieweg 4 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 september 2011, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Landen van 26 juli 2011 om de offerte van de nv Tractebel Engineering voor de studieopdracht voor de aanleg van een noordelijke ontsluitingsweg voor een bedrijventerrein te Landen niet in aanmerking te nemen als voordeligste regelmatige offerte en haar bijgevolg de opdracht niet te gunnen, alsook om de offerte van de nv Arcadis Belgium in aanmerking te nemen als voordeligste offerte.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij tussenarrest nr. 223.033 van 27 maart 2013 heropent de Raad van State het debat wat het beroep betreft tegen de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht te gunnen aan de nv Tractebel Engineering.

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

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 22 oktober 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annelies Verduyckt, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sarah Brouwers, die loco advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carême 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. Wat de uiteenzetting van de feiten betreft wordt korthedshalve verwezen naar het tussenarrest nr. 223.033.

IV. Het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing

Standpunt van de verzoekende partij na het tussenarrest

4. In haar memorie na tussenarrest betoogt de verzoekende partij dat zij zich in een exceptioneel geval bevindt waarin zij specifiek aannemelijk maakt dat het aan de derde verstrekte voordeel aan haarzelf moest zijn toegekend.

Zij wijst er echter, zonder expliciete verwijzing naar één van haar vier middelen, op dat zij zich, in tegenstelling tot de twee andere inschrijvers, niet kon baseren op het zogenaamde preadvies omdat het haar niet bekend was; dit heeft geleid tot een lagere score voor haar offerte op de eerste twee gunningscriteria, namelijk prijs en kwaliteit. De verwerende partij heeft immers de offertes beoordeeld op grond van het feit in welke mate de inschrijvers rekening hielden met dit preadvies. In het tussenarrest nr. 223.033 heeft de Raad bevestigd dat de verwerende partij bij het nemen van de gunningsbeslissing een doorslaggevend belang hechtte aan dit preadvies. Vast staat dus dat de twee andere inschrijvers met de kennis van het preadvies een voordeel genoten bij het opstellen van hun offerte.

De verzoekende partij meent dat mocht zij ook kennis hebben gehad van dit preadvies haar offerte hoger had kunnen scoren op de gunningscriteria prijs en kwaliteit en dat de opdracht aan haar had moeten worden gegund. Zij wijst erop dat zij tweede werd gerangschikt. Indien zij, zo vervolgt de verzoekende partij, op de hoogte was gebracht van het preadvies zou zij haar gehele offerte in het licht hiervan hebben opgesteld hetgeen een positieve impact zou hebben gehad op de drie gunningscriteria. “Daar verzoekende partij reeds een

zeer hoge score behaalde zonder het preadvies haar ter beschikking werd gesteld, dient te worden vastgesteld dat de opdracht aan verzoekende partij had moeten worden gegund indien zij in kennis was gesteld van de inhoud van het preadvies.”

5. In het aanvullende auditoraatsverslag worden de vier middelen beoordeeld in het licht van het eventueel aanvoeren van een exceptioneel geval waarin de verzoekende partij specifiek aannemelijk maakt dat het aan de derde verstrekte voordeel aan haarzelf moest zijn toegekend. Geconcludeerd wordt dat geen van de middelen dergelijk geval oplevert.

6. De verzoekende partij bespreekt in haar laatste memorie inhoudelijk slechts haar derde middel ten aanzien van de problematiek en biedt geen inhoudelijk weerwerk op de voor haar negatieve conclusie in het auditoraatsverslag wat de overige middelen betreft. In die omstandigheden valt de Raad van State de conclusie van het auditoraatsverslag bij wat het eerste, tweede en vierde middel betreft en dient hij enkel nog het derde middel bij de problematiek te betrekken.

Uiteenzetting van het derde middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 78 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van artikel 1, § 1, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van het principe van de gelijke behandeling der inschrijvers, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van het gelijkheidsbeginsel.

Zij wijst erop dat de nv Arcadis Belgium, de begunstigde inschrijver, in een voorgaande opdracht het preadvies heeft opgesteld, daardoor een voordeel bij de mededinging heeft genoten en de gunningsbeslissing duidelijk

gebaseerd is op het motief dat deze inschrijver verder bouwt op het preadvies en hierdoor een lagere prijs kan bieden.

De verwerende partij had met toepassing van artikel 78 voornoemd de offerte van de nv Arcadis Belgium moeten weren wegens de in dat artikel vermelde onverenigbaarheid. De twee voorwaarden daartoe zijn vervuld; enerzijds is het preadvies te kwalificeren als het onderzoek naar, de proeven betreffende, de studie van of de ontwikkeling van de nieuwe opdracht, anderzijds heeft deze prestatie, namelijk het opstellen van het preadvies, een voordeel opgeleverd dat van aard is om de normale regels van de mededinging te vervalsen.

De verzoekende partij voegt er voorts aan toe dat de verwerende partij “het voordeel voor Arcadis Belgium nv [had] kunnen wegnemen, indien de voorafgaande prestatie van Arcadis Belgium nv of m.a.w. het preadvies ter beschikking werd gesteld van alle ander inschrijvers”. De verwerende partij heeft echter geweigerd dit te doen.

8. In haar laatste memorie na het aanvullende auditoraatsverslag repliceert de verzoekende partij op het standpunt in dit verslag; in dit laatste wordt opgemerkt dat ook het derde middel niet kan leiden tot de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing omdat de verwerende partij conform voornoemd artikel 78, vooraleer de offerte van de nv Arcadis Belgium af te wijzen, deze inschrijver een verantwoording had moeten vragen; omdat dit niet is gebeurd “[kon of kan] de offerte van Arcadis [...] niet geweerd worden, ook niet ‘ambtshalve’ door de Raad van State”.

De verzoekende partij stelt dat, aangezien de offerte van de nv Arcadis Belgium moest worden geweerd op basis van het vervuld zijn van de voorwaarden van voornoemd artikel 78, dit onmiskenbaar had geleid tot de rangschikking van de verzoekende partij als indiener van de economisch meest voordelige, regelmatige offerte.

Opnieuw wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij het voordeel voor de nv Arcadis Belgium had kunnen wegnemen indien de voorafgaande prestatie van deze inschrijver “of m.a.w. het preadvies ter beschikking werd gesteld van alle andere inschrijvers”. De verwerende partij weigerde dit echter.

De opmerking in het auditoraatsverslag dat de offerte van de nv Arcadis Belgium niet kon of kan worden geweerd, ook niet ambtshalve door de Raad van State, doordat er geen verantwoording aan die inschrijver werd gevraagd, kan niet worden aanvaard en leidt, aldus de verzoekende partij, tot een uiterst onbillijke situatie.

In de eerste plaats moet het vragen van een verantwoording aan de nv Arcadis Belgium volgens de verzoekende partij als overbodig worden afgedaan. Er is immers door deze inschrijver in alle redelijkheid geen objectieve verantwoording te geven nu de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing zelf uitdrukkelijk wijst op het doorslaggevend belang van het preadvies.

Ten tweede wijst de verzoekende partij erop dat het vragen van verantwoording een louter vormelijk element is; te dezen heeft de nv Arcadis Belgium de mogelijkheid gehad om in de procedure voor de Raad van State tussen te komen, wat zij niet deed.

Ten derde merkt de verzoekende partij op dat zij niet kan worden gestraft wanneer de verwerende partij artikel 78 niet correct heeft toegepast; “verzoekende partij kan immers enkel op grond van artikel 78 van het KB van 8 januari 1996 de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing bekomen, maar het in gebreke blijven dit artikel toe te passen door verwerende partij leidt tot de vaststelling door de heer eerste auditeur dat de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing niet mogelijk is op grond van dit artikel”. “Het

is volstrekt buiten de wil van verzoekende partij om dat verwerende partij artikel 78 van het KB van 8 januari 1996 niet of niet op correcte wijze toepaste.”

Beoordeling

9. De algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State overwoog in haar arresten nv Vanassche Firefighting Engineering, nr. 222.357 en bvba Algemene Bouwonderneming Dillen, nr. 222.358, van 1 februari 2013 dat, wanneer een welbepaald voordeel, zoals de gunning van een overheidsopdracht, in mededinging wordt gesteld en dit voordeel uiteindelijk, expliciet, aan één van de gegadigden wordt toegewezen, die toewijzingsbeslissing er dan – in de regel – *ipso facto* en noodzakelijk van doet 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, zo vervolgen deze arresten, heeft de rechtspraak in dergelijke gevallen aangenomen dat een verzoekende partij 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 haarzelf toe te kennen. De jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van de impliciete weigering strekt ertoe de verzoekende partij ruimere waarborgen te verschaffen wat het rechtsherstel betreft dat na een nietigverklaring door de overheid moet worden verstrekt.

Alsdan wijst de algemene vergadering erop dat de vernietiging van de impliciete weigering aan uitzonderlijke gevallen voorbehouden wordt; bij uitstek is zo’n geval datgene waarin de verzoekende partij specifiek aannemelijk maakt, in haar middelen, dat het aan de derde verstrekte voordeel integendeel aan haarzelf moest zijn toegekend.

De verzoekende partij dient te dezen aan te tonen dat haar zaak dergelijk uitzonderlijk geval is. Zij spitst zich zoals reeds vastgesteld hier enkel toe op het derde middel.

10. De verzoekende partij voert in dit middel de schending aan van artikel 78, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat luidt:

“Moet worden afgewezen, de aanvraag tot deelneming of de offerte voor een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten ingediend door de persoon die belast werd met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van die werken, leveringen of diensten, indien die persoon wegens die verrichtingen een voordeel geniet dat van die aard is dat het de normale spelregels van de mededinging vervalst.

Toch zal de aanbestedende overheid, alvorens de aanvraag tot deelneming of de offerte van die persoon om die reden af te wijzen, aan deze laatste per aangetekende brief vragen schriftelijk de afdoende verantwoordingen te bezorgen waarmee kan worden aangetoond dat hij geen dergelijk voordeel geniet. Deze vormvereiste moet niet worden vervuld wanneer deze verantwoordingen werden gevoegd bij de aanvraag tot deelneming of de offerte.

Om ontvankelijk te zijn moeten de verantwoordingen binnen twaalf kalenderdagen aan de aanbestedende overheid worden overgemaakt, te rekenen vanaf de dag die volgt op de verzending van de aangetekende brief, tenzij daarin een langere termijn is bepaald.

Het is de betrokken persoon die het bewijs van verzending van die verantwoordingen moet leveren.”

11. De verzoekende partij beweert dat de offerte van de nv Arcadis Belgium moest worden geweerd zodat haar offerte de eerste in de rangschikking wordt.

Artikel 78 houdt een appreciatiebevoegdheid voor de aanbestedende overheid in; dit blijkt ook uit het feit dat de geviseerde inschrijver in staat moet zijn zich te weren tegen een eventuele afwijzing van zijn offerte. Er is aldus geen automatische afwijzing van de offerte van een inschrijver die belast werd met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van de opdracht; nagegaan moet ook worden of hij een voordeel geniet “dat van die aard is dat het normale spelregels van de mededinging vervalst”. Dit betekent dat zelfs

zo de gunningsbeslissing op vraag van de verzoekende partij zou moeten worden vernietigd omdat de verwerende partij geen aandacht aan artikel 78 heeft besteed, dit niet impliceert dat de offerte van de nv Arcadis Belgium zomaar moet worden geacht te zijn geweerd.

Overigens merkt de Raad van State hierbij op dat de verzoekende partij, wanneer zij stelt dat de offerte van de nv Arcadis Belgium moest worden afgewezen, er aan toevoegt dat deze inschrijver geen voordeel zou hebben gehad mocht elke inschrijver over het preadvies hebben beschikt. Met dit laatste wordt de stelling van de verzoekende partij substantieel ondergraven dat de nv Arcadis Belgium, doordat deze inschrijver zelf het preadvies opstelde, hoe dan ook een onvervreemdbaar en dus voor de overige inschrijvers onherstelbaar voordeel geniet, wat de toepasselijkheid van artikel 78 hypothekeert. Immers, als er geen moeilijkheid zou zijn geweest wanneer elke inschrijver over het preadvies beschikte, dan kan er ook geen sprake zijn van een automatische wering van de offerte van de nv Arcadis Belgium.

12. Ten slotte bedenkt de Raad van State, zoals hij al opmerkte in het tussenarrest nr. 223.033, nog dat het preadvies, als substantieel stuk om een offerte in te dienen, van bij het begin aan alle inschrijvers diende te worden bezorgd als aanvullend document bij het bestek. Dit betekent dat ook de verzoekende partij over dit stuk diende te beschikken om een offerte met kennis van zaken in te dienen. Uit het feit dat de verzoekende partij niet over dit preadvies beschikte mag dus niet worden afgeleid dat haar offerte, die aldus gebaseerd lijkt op substantieel gebrekkige gegevens, als de meest voordelige moet worden aangemerkt. In wezen betekent dit dat, doordat de verzoekende partij het preadvies onthouden werd, de verzoekende partij geen offerte heeft kunnen indienen met volledige kennis van zaken en de verwerende partij dan ook de offerte van de verzoekende partij niet volwaardig heeft kunnen beoordelen. Vraag is dus welke offerte de verzoekende partij zou hebben ingediend mocht zij over het preadvies hebben beschikt en hoe die offerte zich zou positioneren in de rangschikking omdat er drie inschrijvers waren.

Het middel kan niet tot de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing leiden zodat de verzoekende partij niet aantoont dat zij de vernietiging moet verkrijgen van deze beslissing.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep in zoverre het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht te gunnen aan de nv Tractebel Engineering.

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 26 november 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest