

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.298 van 1 april 2016
in de zaak A. 218.603/XII-8100**

In zake: de NV ARCADIS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 maart 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gemotiveerde gunningsbeslissing van ongekende datum uitgaande van [het Vlaamse Gewest] waarbij de aannemingsopdracht werd toegekend aan [de nv Witteveen+Bos Belgium]”.

II. Verloop van de rechtspleging

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 maart 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Yasmine D’Hanis, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij is gehoord.

Adjunct-auditeur Thomas Maes, daartoe gemachtigd bij beslissing van 21 oktober 2015 van de adjunct-auditeur-generaal, 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, meer bepaald haar agentschap voor Natuur en Bos, schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van diensten uit voor “maatregelen tot ecologisch herstel en verbinding VNR Teut en Tenhaagdoornheide te Houthalen-Helchteren en Zonhoven”. De gekozen gunningswijze is de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, overeenkomstig artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006).

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 90.750,00 euro, btw inbegrepen.

3.2. Op 11 december 2015 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Uit dit verslag blijkt dat er twee offertes werden ingediend, namelijk door de verzoekende partij en de nv Witteveen+Bos Belgium. Beide inschrijvers worden geselecteerd en hun offertes worden regelmatig bevonden.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de hand van de twee gunningscriteria: “methodologie”, onderverdeeld in vier subcriteria, en “prijs”.

De offerte van de verzoekende partij behaalt een eindscore van 77 punten. De offerte van de nv Witteveen+Bos Belgium behaalt 86,82 punten. Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Witteveen+Bos Belgium.

3.3. Op onduidelijke datum beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Witteveen+Bos Belgium.

Dit is de bestreden beslissing.

3.4. Bij aangetekende brief van 28 januari 2016 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de voormelde gunningsbeslissing overeenkomstig artikel 29, § 2, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 17 juni 2013). De gunningsbeslissing zelf is niet bij dit schrijven gevoegd. Wel wordt vermeld dat de gunningsbeslissing binnen de 30 dagen kan worden opgevraagd.

3.5. Met een e-mailbericht van 1 februari 2016 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing op.

3.6. Bij aangetekende brief van 15 februari 2016 bezorgt de verwerende partij de gunningsbeslissing en het gunningsverslag aan de verzoekende partij.

In dit schrijven wordt vermeld:

“In bijlage vindt u het gemotiveerde gunningsverslag met de motieven van uw wering, zonder vermelding van de inschrijvingsprijzen. Dit omdat de inschrijvingsprijs in een algemene offertevraag niet het enige gunningscriterium is.”

In het gunningsverslag en de gunningsbeslissing blijken echter niet enkel de inschrijvingsprijzen te zijn uitgewist maar ook de puntentoekenning bij de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria. Enkel de totaalscores van de offertes worden vermeld.

3.7. Bij brief van 29 februari 2016 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij om haar een niet-bewerkte versie van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag te bezorgen.

3.8. Na het indienen van het voorliggende verzoekschrift op 1 maart 2016, laat een ambtenaar van de verwerende partij bij e-mailbericht van 3 maart 2016 aan de Raad van State weten: “mijn[s] inziens is dit verzoekschrift zonder voorwerp geworden, - we hebben ondertussen immers het volledige gunningsverslag bezorgd aan Arcadis.”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. De kennisgeving van het feit dat de opdracht werd gegund werd verricht bij brief 28 januari 2016 gedateerd en verzonden. De vordering werd pas ingesteld op 1 maart 2016. Ambtshalve dient dan ook de ontvankelijkheid *ratione temporis* te worden onderzocht.

4.2.1. Luidens artikel 23, §§ 1 en 3, van de voormelde wet van 17 juni 2013 dient de in artikel 15 van deze wet bedoelde vordering tot schorsing – dit is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State – “op straffe van niet-ontvankelijkheid” te worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

Deze bepalingen zijn hier van toepassing op grond van artikel 31 en 33 van de wet van 17 juni 2013.

4.2.2. Te dezen werd door de verwerende partij artikel 29, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 17 juni 2013 toegepast bij de kennisgeving van de bestreden beslissing.

Overeenkomstig deze bepaling informeert de aanbestedende instantie schriftelijk en onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing, elke inschrijver met een niet-gekozen offerte dat zijn offerte niet is gekozen. Binnen een termijn van dertig dagen na de datum van verzending van deze informatie kan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen schriftelijk verzoeken om hem de gemotiveerde gunningsbeslissing mee te delen.

De in artikel 23, §§ 1 en 3, van de wet van 17 juni 2013, bepaalde beroepstermijn lijkt, indien er toepassing wordt gemaakt van artikel 29, § 2, van dezelfde wet, te mogen worden geacht pas in te gaan met de kennisgeving van de eigenlijke gunningsbeslissing zelf – en de motieven daarvan – aan de verzoekende partij en niet reeds met de loutere mededeling dat er een beslissing werd genomen.

4.3. Te dezen doet de loutere mededeling van 28 januari 2016, dat er een gunningsbeslissing werd genomen, *prima facie* de beroepstermijn van 15 dagen niet ingaan. Het is pas met de kennisgeving van de gemotiveerde gunningsbeslissing zelf dat de beroepstermijn ex artikel 23, §§ 1 en 3, van de wet van 17 juni 2013 een aanvang lijkt te hebben genomen. Te dezen blijkt dit te zijn gebeurd met een aangetekend schrijven van 15 februari 2016. De voorliggende vordering, ingesteld op 1 maart 2016, is op het eerste gezicht dan ook tijdig ingesteld.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de voormelde wet van 17 juni 2013 van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een enig middel de schending aan van “het artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 29 § 2 van de rechtsbeschermingswet, van artikel 26 § 1, 1° a) van de overheidsopdrachtenwet 2006 en artikel 105 § 1, 1° van het KB plaatsing 15 juli 2011, van het formelemotiveringsbeginsel, van het bijzonder bestek LNE/ANB/LIM/2015-16 en van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel.”

“Doordat verwerende partij op onbekende datum met verwijzing naar het beoordelingsverslag (gunningsverslag) dat volgens haar eigen bewoording integraal deel uitmaakt van de gemotiveerde gunningsbeslissing de overheidsopdracht gegund heeft aan Witteveen+Bos Belgium NV;

Doordat in het gunningsverslag het volgende voorstel wordt geformuleerd:

[‘] Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het formeel en materieel nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, stelt de ontwerper voor om de opdracht te gunnen aan de firma met de economisch meest voordelige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte, zijnde Witteveen+Bos Belgium NV [...] tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van[’]

Dat het gunningsverslag noch de puntenverdeling per gunningscriterium, noch de inschrijvingsbedragen vermeldt;

Dat de gemotiveerde gunningsbeslissing aldus niet toelaat om de juridische of feitelijke motieven te achterhalen evenmin toelaat na te gaan of de gunning wél terecht middels onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is gebeurd;

Terwijl verwerende partij gekozen heeft voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, en daarbij bepaald heeft in haar bijzonder bestek [...] dat de economisch meest voordelige offerte zal gekozen worden en dit op basis van de afweging van de gunningscriteria rekening houdend met het gewicht dat er aan werd toegekend. Bovendien bepaalt het bijzonder bestek uitdrukkelijk dat er aan elk criterium een gewicht wordt toegekend;

Terwijl artikel 26, § 1, 1°, a), Overheidsopdrachtenwet 2006 in samenlezing met artikel 105, § 1, 1°, KB Plaatsing 2011 bepaalt dat er bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking kan worden gehandeld wanneer het gaat om financiële diensten, diensten van onderzoek en ontwikkeling en de diensten opgesomd in bijlage II, B, Overheidsopdrachtenwet 2006 (de zogenaamde niet-prioritaire diensten), en de goed te keuren uitgave het bedrag van 207.000 euro niet overschrijdt;

En terwijl elke bestuurshandeling uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd en dat in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moeten worden vermeld die aan de beslissing ten grondslag liggen.

En terwijl de formelemotiveringsplicht impliceert dat de motieven uit de bestreden beslissing zelf moeten blijken. De formelemotiveringsplicht heeft als doelstelling de betrokkene een zodanig inzicht te geven in de motieven van de beslissing dat hij met kennis van zaken kan uitmaken of het zinvol is de beslissing in rechte te bestrijden;

Zodat de beslissing om de opdracht toe te kennen aan Witteveen+Bos Belgium NV behept is met een manifest gebrek aan formele motivering. Bijgevolg staat niet vast dat de opdracht rechtsgeldig werd gegund aan de economisch meest voordelige inschrijver.

Dat de bestreden beslissing de bepalingen en beginselen aangehaald in onderhavig middel schendt.”

Beoordeling

7.1. De artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze.

Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te

maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen.

De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de voormelde wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

7.2.1. De verzoekende partij laakt het feit dat de gunningsbeslissing en het bijhorende gunningsverslag noch de puntenverdeling per gunningscriterium, noch de inschrijvingsbedragen vermelden.

Bij nazicht van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag zoals door de verwerende partij bezorgd aan de verzoekende partij, blijkt inderdaad reeds op het eerste gezicht dat in deze documenten noch de concrete puntentoekenning per gunningscriterium, noch de inschrijvingsbedragen worden vermeld.

7.2.2. De verzoekende partij betoogt dat, bij ontstentenis aan inschrijvingsbedrag van de gekozen inschrijver in de gunningsbeslissing en het gunningsverslag, er niet kan worden nagegaan of de verwerende partij te dezen correct gebruik heeft gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking overeenkomstig artikel 26, § 1, 1°, a), van de voormelde wet van 15 juni 2006.

Om te bepalen of er al dan niet terecht toepassing werd gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking ex artikel 26, § 1, 1°, a), van de voormelde wet van 15 juni 2006 lijkt niet de “geraamde waarde” bepalend te zijn maar wel de “goed te keuren uitgave”.

Bijgevolg blijkt het voor de verzoekende partij reeds op het eerste gezicht onmogelijk om uit de bestreden beslissing af te leiden of de verwerende partij te dezen al dan niet terecht toepassing heeft gemaakt van de

uitzonderlijke gunningsprocedure van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Nu voorts overeenkomstig het bestek de opdracht diende te worden gegund aan de inschrijver die de economisch voordeligste offerte heeft ingediend, rekening houdend met de gunningscriteria en het gewicht dat daaraan werd toegekend, en één van de gunningscriteria bovendien de prijs is, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat een gunningsverslag zoals te dezen waarin noch prijzen, noch een puntentoekenning worden vermeld, de beslissing om de opdracht te gunnen aan de nv Witteveen+Bos Belgium niet afdoende motiveert, aangezien dat verslag zoals medegedeeld daartoe niet de nodige draagkracht heeft.

Uit een dergelijk gunningsverslag en een dergelijke gunningsbeslissing lijkt de verzoekende partij bovendien niet te kunnen afleiden waarom de opdracht aan de concurrerende inschrijver en niet aan haar werd gegund. Bijgevolg kon de verzoekende partij niet met kennis van zaken uitmaken of het passend was de beslissing met een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid of een annulatieberoep te bestrijden. Bijgevolg lijkt reeds *prima facie* te dezen ook de *ratio legis* van de formelemotiveringsverplichting zoals die voortvloeit uit de voormelde wet van 29 juli 1991, te zijn geschonden.

De grief is ernstig.

7.3.1. In het voormelde e-mailbericht van 3 maart 2016 aan de Raad van State deelde een ambtenaar van de verwerende partij mee dat ondertussen het volledige gunningsverslag werd bezorgd aan de verzoekende partij.

7.3.2. Het feit echter dat de verzoekende partij inmiddels kennis zou hebben kunnen nemen van het gunningsverslag, lijkt geen afbreuk te doen aan de ernst van het middel, noch de verzoekende partij haar belang te ontnemen. Het doel van de formelemotiveringsverplichting zoals hiervoor geschetst lijkt immers uit te sluiten dat de verzoekende partij vrede zou moeten nemen met een mededeling van de motieven nadat zij een rechter heeft gevat – meer bepaald te dezen met een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. In strijd met het

oogmerk van de formelemotiveringsverplichting heeft de verzoekende partij zich over het instellen van haar vordering moeten beraden en haar grieven moeten formuleren zonder kennis te hebben van de motieven van de bestreden beslissing, zodat haar een wettelijke waarborg werd ontnomen.

7.4. Het enige middel is in de besproken mate ernstig.

VII. Kosten

8. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijke procesverloop, de kosten, rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissing van ongekende datum uitgaande van het Vlaamse Gewest waarbij de opdracht voor de aanneming van diensten voor “maatregelen tot ecologisch herstel en verbinding VNR Teut en Tenhaagdoornheide te Houthalen-Helchteren en Zonhoven” werd gegund aan de nv Witteveen+Bos Belgium.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 april 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest