

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.612 van 14 januari 2020
in de zaak A. 229.755/XII-8845**

In zake: de BVBA ANTWERPS ARCHITECTEN ATELIER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Antwerpen
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD VEURNE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 december 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Veurne van 25 november 2019 waarbij de overheidsopdracht ‘architect voor de inrichting van een casco nieuwbouwwolume als kunstenacademie’ wordt stopgezet, met inbegrip van het onttrekken van het voorwerp van de opdracht aan de verdere mededinging”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

XII-8845-1/10

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 januari 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 opdracht uit voor diensten voor de aanstelling van een architect voor de inrichting van een casco nieuwbouwvolume als kunstenacademie.

De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 10 januari 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 januari 2019.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek "Architect voor de inrichting van een casco nieuwbouwvolume als kunstenacademie". Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven:

"De opdracht heeft als doel het aanstellen van een architect voor de inrichting van een casco nieuwbouwvolume als kunstenacademie, met volledige ontwerpopdracht, dus inclusief ondermeer technische installaties, een lift, vast meubilair, .. . Het stadsbestuur voorziet voor de werken een totaalbudget van ongeveer 2.500.000 euro, exclusief 6% btw."

De opdracht wordt gegund via een open procedure.

Er worden in het bestek drie gunningscriteria vermeld, waaronder het criterium “ereloon” met een weging van 55 punten. Dit criterium wordt als volgt omschreven:

“Er wordt een forfaitair ereloon opgegeven, uitgedrukt als percentage tegenover het totaalbedrag van de werken in euro. Voor de berekening van het ereloon wordt het totaalbedrag becijferd exclusief herzieningen en exclusief boetes en minwaarden. Voor de vergelijking van de offertes, wordt aangenomen dat het totaalbedrag van de werken gelijk is aan 2.500.000 euro. De score van de offerte wordt voor dit criterium berekend als volgt: (prijs laagste offerte / prijs offerte) x gewicht van het criterium prijs.”

Met betrekking tot de prijsvaststelling van de opdracht is in het bestek vermeld:

“De opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen een globale prijs.”

3.3. Zes inschrijvers hebben een offerte ingediend, waaronder de verzoekende partij.

3.4. Op 26 juli 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld. Hieruit blijkt dat de verzoekende partij wordt geselecteerd en dat haar offerte regelmatig wordt bevonden.

Voorts wordt in dit verslag met betrekking tot de vergelijking van de offertes in het kader van het eerste gunningscriterium “ereloon” onder meer het volgende vermeld:

“Antwerps Architectenatelier bv bvba heeft in haar offerte een ereloonpercentage van 7,05% van het door de stad Veurne geraamde totaalbedrag van de werken opgegeven. Op pagina 62 van haar offerte verduidelijkt zij evenwel dat zij bij de opgave van voormeld ereloonpercentage ervan uitgegaan is dat de studiekosten voor de EPB en stabiliteit worden uitgevoerd door nevenaannemers en bijgevolg niet inbegrepen zijn in het opgegeven ereloonpercentage.

Antwerps Architectenbureau Atelier bv bvba verduidelijkt verder dat indien de EPB-studie alsnog moet worden uitgevoerd het opgegeven percentage ereloon wordt verhoogd met een percentage van 0,25% en dat indien de stabiliteitsstudie alsnog moet worden uitgevoerd het opgegeven percentage ereloon wordt verhoogd met 0,30%.

Gelet op het feit dat uit de omschrijving van de opdracht in het bestek duidelijk blijkt dat het een volledige ontwerpopdracht betreft en bijgevolg (indien noodzakelijk in het kader van het ontwerp) eveneens een stabiliteitsstudie omvat, werd, teneinde de vergelijking met de andere offertes te waarborgen, het te hanteren ereloon in de offerte van Antwerps Architectenbureau Atelier bv bvba herleid naar 7,35% van de door de stad Veurne geraamde totaalbedrag van de werken.”

3.5. Op 5 augustus 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Veurne om het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de bvba A 1 Planning Architectenbureau.

3.6. Bij arrest nr. 245.480 van 19 september 2019 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van de beslissing van 5 augustus 2019.

3.7. Op 8 oktober 2019 richt de verwerende partij een brief aan de geselecteerde inschrijvers met de vraag of zij bereid zijn om de opdracht uit te voeren tegen het bedrag dat zij hebben vermeld op hun offerteformulier. Drie van de vier inschrijvers stemmen hier uitdrukkelijk mee in, niet de verzoekende partij, zo lijkt.

3.8. Op 25 november 2019 beslist het college van Burgemeester en schepenen van de stad Veurne om de opdracht stop te zetten. Dit is de bestreden beslissing. Hierbij wordt onder meer overwogen:

“Het recht dat de aanbestedende overheid zich heeft voorbehouden om de opdracht niet te plaatsen of slechts enkele percelen te plaatsen en eventueel te besluiten de andere percelen op te nemen in één of meerdere nieuwe opdrachten, die desnoods op een andere wijze zullen worden geplaatst.

Bij de analyse van de ingediende offertes, moet worden vastgesteld dat deze opdracht, in zijn geheel niet kan worden geplaatst, om de juridische en feitelijke motieven opgenomen in voormelde voorgaande stukken.

Het College van Burgemeester en Schepenen wijst in het bijzonder naar de motivering opgenomen in het arrest van de Raad van State nr. 245.480 van 19 september 2019 waarin de Raad van State de schorsing bij uiterst

dringende noodzakelijkheid van die gunningsbeslissing van 5 augustus 2019 bevolen heeft.

Met betrekking tot het gunningscriterium ereloon wordt in het Bestek het volgende bepaald:

‘Er wordt een forfaitair ereloon opgegeven, uitgedrukt als een percentage tegenover het totaalbedrag van de werken in euro. Voor de berekening van het ereloon wordt het totaalbedrag becijferd exclusief herzieningen en exclusief boetes en minwaarden.

Voor de vergelijking van de offertes, wordt aangenomen dat het totaalbedrag van de werken gelijks is aan 2.500.000 euro.’

Onder artikel 1.4. van het Bestek wordt evenwel bepaald dat de opdracht beschouwd wordt als een opdracht tegen een globale prijs.

De Raad van State motiveert in haar arrest nr. 245.480 van 19 september 2019 haar beslissing door te stellen dat de opdracht een opdracht tegen een globale prijs betreft. Dit is echter strijdig met de initiële bedoeling van de Stad Veurne die zoals voorzien in het gunningscriterium ereloon van het Bestek ervan uitging dat de inschrijvers een ereloonpercentage zouden opgeven en dat hierbij uitsluitend voor de vergelijking van de offertes zou worden uitgegaan van een totaalbedrag van de werken ten bedrage van 2.500.000 euro.

Er dient derhalve te worden vastgesteld dat er sprake is van onjuistheden, minstens van onduidelijkheden in het Bestek waardoor de Stad Veurne zich niet aan de besteksbepalingen kan houden.

Bovendien komt het College van Burgemeester en Schepenen tot het voortschrijdend inzicht dat de aanstelling van een zelfstandig en erkend architect – zoals bedoeld bij de omschrijving van het wettelijk beschermd beroep – niet noodzakelijk is om dit project tot een goed einde te brengen.

Deze opdracht, in zijn geheel niet opnieuw moet worden opgenomen in een nieuwe opdracht, die desnoods op een andere wijze zal worden geplaatst.

Rekening omtrent met het voorgaande, is het aangewezen de opdracht stop te zetten.”

3.9. Op 23 december 2019 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Veurne om de opdracht tot inrichting van een casco nieuwbouwvolume als kunstenacademie te gunnen door middel van een nieuwe gunningsprocedure, namelijk een Design and Build opdracht en deze principiële beslissing ter goedkeuring voor te leggen aan de gemeenteraad. Tevens wordt beslist een nieuw bestek op te maken met het oog op de plaatsing van deze nieuwe opdracht door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Hierbij wordt onder meer overwogen:

“Bij besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van 25 november 2019 werd beslist om de bestreden beslissing van 5 augustus

2019 tot gunning van de opdracht ‘architect voor de inrichting van een casco nieuwbouwvolume als kunstenaarsacademie’ in te trekken.

Eveneens bij besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van 25 november 2019 werd beslist om de opdracht ‘architect voor de inrichting van een casco nieuwbouwvolume als kunstenaarsacademie’ in haar huidige vorm stop te zetten en desnoods op een andere wijze te gunnen.

Het College van Burgemeester en Schepenen is tot de conclusie gekomen dat het plaatsen en gunnen van de opdracht door middel van een openbare procedure niet de meest aangewezen wijze van gunning is.

Het College van Burgemeester en Schepenen opteert om de opdracht aan te passen en uit te breiden tot een ‘Design and Build opdracht tot de inrichting van een casco nieuwbouwvolume als kunstenaarsacademie’.

De voordelen van een Design and Build-procedure zijn gelegen in het beperktere financiële risico doordat de totale bouwkost reeds in de met elkaar overlappende ontwerp- en bouwfase begroot wordt (budgetcontrole), door de geïntegreerde benadering waarbij, doordat de ontwerp- en bouwfase met elkaar overlappen, gebouwen in principe sneller kunnen worden opgeleverd, alsook de toegenomen synergie tussen ontwerpers en bouwers die voor minder onzekerheid en meer transparantie zorgt.

Deze opdracht zal worden gegund via een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking conform artikel 38 §1, 1° b) en c) van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

In dit kader zal een bestek worden opgemaakt door de West-Vlaamse Intercommunale (WVI) in samenwerking met de stadsdiensten.

De uitgave van deze opdracht wordt geraamd op 2.500.000 euro. De raming overschrijdt de limieten van de Europese bekendmaking.

Het bestek zal aan de gemeenteraad worden voorgelegd met het oog op goedkeuring van het bestek, de lastvoorwaarden, de raming en de plaatsingsprocedure van de opdracht.

De aankondiging zal zowel gepubliceerd worden in het publicatieblad van de Europese Unie als op nationaal niveau.”

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij omschrijft in haar verzoekschrift haar belang bij het aanvechten van de stopzettingsbeslissing als volgt:

“Verzoekende partij heeft ingevolgde de gepubliceerde bekendmaking van de overheidsopdracht tijdig een regelmatige offerte ingediend (stuk 6). Door de beslissing tot stopzetting van de gunningsprocedure en het niet opnieuw aanbesteden van de opdracht, verliest verzoekende partij de

mogelijkheid om de opdracht gegund te krijgen of om zich opnieuw in te schrijven in een nieuwe aanbestedingsprocedure (desgevallend in een andere constellatie mocht het voorwerp van de opdracht in een bredere overheidsopdracht zou worden opgenomen). Deze vaststelling op zich volstaat om het rechtens vereiste belang aan te tonen.

De schorsing verstrekt verzoekende partij een rechtstreeks voordeel gelegen in de kans dat door onmiddellijke heroverweging rechtsherstel wordt geboden en verzoekende partij toch de kans krijgt om de opdracht gegund te krijgen of de mogelijkheid krijgt zich in te schrijven in een nieuwe aanbestedingsprocedure. Minstens verwerft zij inzicht in de motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen, zodat zij met kennis van zaken kan afwegen of zij de haar door de wet ter beschikking staande rechtsmiddelen dient uit te putten.

Door de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verliest verzoekende partij de kans om de opdracht vooralsnog zelf te kunnen uitvoeren. De rechtspositie van verzoekende partij zou daarenboven rechtstreeks worden aangetast door de opvolgende uitvoering van de opdracht zonder uitschrijven van een nieuwe gunningsprocedure. Het belang van verzoekende partij bij de onderhavige procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzaak bestaat er dan ook idealiter in alsnog zelf de opdracht toegewezen te krijgen, en deze te kunnen uitvoeren, minstens de kans te krijgen te kunnen deelnemen aan een nieuwe aanbestedingsprocedure voor de desbetreffende opdracht.

Uit het afwenden van dit verlies van de gelegenheid om de opdracht in natura te kunnen uitvoeren en het ermee gepaard gaand verlies van referentie, ontleent verzoekende partij een rechtstreeks en persoonlijk belang bij de schorsing en opvolgende vernietiging van de bestreden beslissing. De procedure verstrekt haar in die zin een rechtstreeks voordeel. Secundair ontleent verzoekende partij aan het louter voorbijgaan aan haar offerte een gekwalificeerd moreel belang.

Aanvullend wordt verwezen naar de uitgebreide notie van het rechtens vereiste belang zoals neergelegd in art. 14 en 15 van de Rechtsbeschermingswet Overheidsopdrachten bij omzetting van de Rechtsbeschermingsrichtlijn. De beslissingen van de aanbestedende instanties kunnen krachtens de voormelde bepaling immers worden aangevochten door elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld. Verzoekende partij beroept zich zo nodig op dergelijke verruimd belang, expliciet neergelegd in art. 14 van de Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013, als bijzondere wet en desgevallend afwijkend ten aanzien van het vereiste belang neergelegd in art. 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.”

5. De verwerende partij merkt onder meer op dat de beslissing van 23 december 2019 betekent dat er een nieuwe gunningsprocedure Design and Build wordt opgestart wat inhoudt dat “het ontwerp en de inrichting van de casco

nieuwbouw in één hetzelfde contract wordt aanbesteed en wordt toevertrouwd aan één inschrijver of een samenwerkingsverband van inschrijvers” wat voordelen oplevert voor de aanbestedende overheid zoals inzake budgetcontrole. “Hiermee rekening houdend dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij alsnog een kans krijgt om zich opnieuw in te schrijven en de opdracht gegund te krijgen en uit te voeren, weliswaar in een meer uitgebreid team”. “Verzoekende partij heeft derhalve geen belang bij haar vordering tot schorsing van het besluit tot stopzetting van de opdracht ‘architect voor de inrichting van een casco nieuwbouwvolume als kunstenacademie’”.

Beoordeling

6. De verzoekende partij situeert haar belang in het verlies aan een kans om de opdracht in de wacht te slepen; hierbij betoogt zij niet dat de opdracht aan haar moest worden gegund. Zij lijkt voorts geen essentieel onderscheid te maken tussen de kans om de opdracht zoals ze in de markt stond voor de stopzettingsbeslissing en de kans om een nieuwe soortgelijke opdracht, zelfs in een andere constellatie, gegund te krijgen.

Op 23 december 2019 heeft de verwerende partij beslist om een nieuwe soortgelijke opdracht als deel van een ruimere Design and Build opdracht op te starten en dit via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De verzoekende partij lijkt aldus een nieuwe kans te krijgen om de nagestreefde opdracht in de wacht te slepen. Dit merkt zij ter terechtzitting met zoveel woorden zelf op zodat haar streven naar een schorsing van de tenuitvoerlegging van de stopzettingsbeslissing eigenlijk contraproductief lijkt te zijn geworden. In die zin lijkt de verzoekende partij haar belang bij haar vordering te hebben verloren door de nieuwe beslissing van 23 december 2019.

Hierbij mag voorts worden opgemerkt dat de hier aangevochten stopzettingsbeslissing lijkt te steunen op twee motieven: de verwerende partij meent dat het bestek onjuistheden, minstens onduidelijkheden bevat inzake onder meer het gunningscriterium ‘ereloon’ en daarnaast merkt zij op dat zij “tot het voortschrijdend inzicht [is gekomen] dat de aanstelling van een zelfstandig en erkend architect – zoals bedoeld bij de omschrijving van het wettelijk beschermd

beroep – niet noodzakelijk is om dit project tot een goed einde te brengen” en dat “[d]eze opdracht, in zijn geheel niet opnieuw moet worden opgenomen in een nieuwe opdracht, die desnoods op een andere wijze zal worden geplaatst”. De verzoekende partij betwist in haar verzoekschrift deze beide motieven; de door de verwerende partij opgemerkte besteksbezwaren zouden slechts denkbeeldig zijn terwijl het zogenaamd voorschrijdend inzicht niet mocht leiden tot het definitief uit de markt halen van de opdracht.

De nieuwe beslissing van 23 december 2019 lijkt in elk geval het motief inzake het niet-uitschrijven van een nieuwe opdracht niet meer te onderschrijven en integendeel wel in een nieuwe opdracht te voorzien. In die zin lijkt de verzoekende partij te worden tegemoetgekomen, weze het dat toen zij haar vordering heeft ingesteld, zij nog geen weet had van de beslissing van 23 december 2019.

Wat het andere motief betreft, namelijk inzake zekere bezwaren in het bestek, mag hier, bij het nagaan van het belang van de verzoekende partij, in de beoordeling worden betrokken dat zij ter terechtzitting zelf besteksproblemen aankaarte, namelijk meent zij dat de omvang van de opdracht in het bestek niet loepzuiver lijkt omschreven, wat de vraag betreft of de stabiliteitsstudie ervan deel uitmaakt.

Gelet op deze concrete omstandigheden, eigen aan de zaak, wordt vastgesteld dat de verzoekende partij onvoldoende belang lijkt te hebben bij haar vordering voornamelijk door toedoen van de beslissing van 23 december 2019 van de verwerende partij; gelet op dit laatste is het passend de kosten van de vordering ten laste van de verwerende partij te leggen en de verzoekende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, standpunt waar de verwerende partij ter terechtzitting overigens geen fundamenteel bezwaar lijkt tegen te maken.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien januari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra