

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.367 van 30 december 2020
in de zaak A. 232.366/XII-9000**

In zake: de BV TIMELESS DEVELOPERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en
Jarien Bloemen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR SOCIAAL WONEN
(VMSW)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Fien Duymelinck
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van 17 november 2020 van de raad van bestuur van de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (VMSW), waarbij werd besloten om het voorontwerp van [de bv Timeless Developers] voor fase 2 van de CBO2019-procedure niet te rangschikken”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 december 2020, om 14.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (VMSW) schrijft een overheidsopdracht voor werken uit in de context van een oproep “Constructieve Benadering Overheidsopdrachten” (CB0). Het betreft een jaarlijks terugkerende mededingingsprocedure met onderhandeling.

Met deze jaarlijkse oproep worden private ontwikkelaars gezocht voor de bouw van sociale huurwoningen op “eigen” terrein. Na een mededingingsprocedure worden door de verwerende partij een beperkt aantal projecten gekozen waaromtrent met de betrokken inschrijvers wordt onderhandeld om tot een overeenkomst te komen. De gekozen inschrijver maakt een ontwerp op en bouwt de sociale woningen die vervolgens samen met de gronden worden verkocht aan een sociale huisvestingsmaatschappij.

3.2. De CBO-procedure bestaat uit 3 fasen: 1. de selectiefase, waarbij de VMSW de intrinsieke kwaliteiten van de inschrijver beoordeeld en nagaat of de aangeboden projectgrond aan de gestelde eisen voldoet; 2. de gunningsfase,

waarbij de inschrijver een voorontwerp indient en een prijs bepaalt voor de verkoop van de grond en de bouw van de woningen. Na beoordeling rangschikt de VMSW de ingediende offertes. De meest gunstig gerangschikte offertes binnen het budget laat de VMSW toe tot fase 3 van de procedure; 3. De onderhandelingsfase tussen de gunstig gerangschikte inschrijvers en de betrokken Sociale Huisvestingsmaatschappij.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.4. De gunningscriteria bij de keuze van de CBO-projecten zijn:

- “– Architecturale en stedenbouwkundige waarde: 60 punten
 - Inplanting en omgeving: 10 punten
 - Planfunctionaliteit en comfort: 30 punten
 - Stabiliteit en technieken: 20 punten
- Prijs: 40 punten
 - Prijs van de bouwwerken: 40 punten.”

Artikel 3.3.2.2 van het toepasselijk bestek bepaalt dat de jury “[e]en offerte die niet op elk van de drie sub criteria van architecturale en stedenbouwkundige waarde minimaal de helft van de punten scoort, [...] niet [zal] rangschikken”.

3.5. De drie door de verzoekende partij ingediende projecten worden op 28 april 2020 geselecteerd, waarop zij op 26 augustus 2020 een offerte indient voor elk van deze projecten, waaronder het project te Antwerpen (Merksem), Bredabaan-Begonialei, voor de bouw van 21 huurwoningen, dat het voorwerp is van de huidige vordering.

3.6. In overeenstemming met het juryverslag beslist de raad van bestuur van de VMSW op 17 november 2020 om de offerte van de verzoekende partij voor het project Merksem niet te rangschikken aangezien er op het subcriterium “Planfunctionaliteit en comfort” slechts 10 op 30 punten en dus

minder dan de helft werd gescoord. Bijgevolg werd haar project niet toegelaten tot de derde fase van de gunningsprocedure.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een aangetekende brief van 18 november 2020 wordt deze beslissing aan de verzoekende partij ter kennis gebracht. Als bijlage worden de adviezen van de projectverantwoordelijke architectuur en van de jury gevoegd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet) 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.

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.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het redelijsheids-, zorgvuldigheids-, patere legem quam ipse fecisti- en motiveringsbeginsel, en het transparantiebeginsel” overeenkomstig artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat:

“de redenen die de verwerende partij weergeeft om het ontwerp van de verzoekende partij niet te rangschikken feitelijk onjuist zijn en geenszins stroken met de inhoud van het ingediende ontwerp waardoor de verwerende partij in de bestreden beslissing een motivering aanreikt die niet draagkrachtig is om de beslissing te dragen en om een score van 10 op 30 toe te kennen voor het subgunningscriterium planconformiteit en comfort;

Terwijl de materiële motiveringsplicht vereist dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid worden vastgesteld;

Terwijl op grond van het beginsel patere legem quam ipse fecisti en de zorgvuldigheidsplicht, de aanbestedende overheid gehouden is de door haarzelf uitgevaardigde (rechts)regels te moeten respecteren; dat wanneer de aanbestedende overheid van oordeel is dat het ontwerp van de verzoekende partij een onvoldoende scoort op één van de subgunningscriteria, zij verplicht is het ontwerp van de verzoekende partij te toetsen aan de gunningscriteria zoals deze omschreven zijn in het bestek en uit de formele motiveringsplicht volgt dat de motieven hieromtrent alleszins in het bestreden besluit moeten zijn opgenomen;

Terwijl het bestreden besluit kennelijk zonder voorafgaand zorgvuldig feitenonderzoek is tot stand gekomen, waar het zorgvuldigheidsbeginsel

oplegt dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij grondig en correct zou onderzoeken en beoordelen.”

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij, wat de door haar aangevoerde feitelijke onjuiste motivering van de bestreden beslissing betreft, *in concreto* onder meer dat de beoordeling, dat er onvoldoende comfort is door de noordoriëntatie van het ontwerp, manifest onjuist is. Uit de ingediende plannen en de noordpijl blijkt dat geen enkel appartement of terras noordelijk is gericht, en dat alle appartementen duidelijk oost-, zuid- of westgeoriënteerd zijn. De motivering in de bestreden beslissing is op dit punt dan ook feitelijk manifest onjuist en getuigt volgens de verzoekende partij van een onzorgvuldige lezing van het ontwerp. Dit is eveneens het geval wat de vaststelling in de bestreden beslissing betreft dat de gemeenschappelijke binnentuin nog niet zou zijn uitgewerkt. Ook deze bewering is feitelijk onjuist. Uit het inplantingsplan van het ingediende ontwerp blijkt dat de tuin volledig werd uitgetekend, zelfs met de verharde en niet verharde zones, de plantenbakken en ruimte voor nieuw aan te planten bomen.

6. In de nota met opmerkingen geeft de verwerende partij toe dat de projectverantwoordelijke architectuur de volgens haar “onduidelijke” noordpijl foutief heeft gelezen, en dat de appartementen “wel degelijk ofwel Oost ofwel West gericht, en op dat vlak dus aanvaardbaar” zijn. Zij geeft ook toe dat de verzoekende partij “de binnentuin gedetailleerder heeft uitgewerkt op het inrichtingsplan” dan op het plan van het gelijkvloers en het ontwerp dus ook op dit punt onjuist werd beoordeeld.

De verwerende partij betoogt evenwel dat “[d]eze 2 positief te beoordelen kwaliteitselementen [...] helemaal niet [volstaan] om 5 punten op 30 in te halen” gelet op de overige negatieve punten met betrekking tot de inkom en de afvalberging, de fietsenberging, de BEN-waarde en tal van tekortkomingen.

Beoordeling

7. Het bijzonder bestek dat de opdracht beheerst, stelt dat er twee gunningscriteria zijn:

- “– Architecturale en stedenbouwkundige waarde: 60 punten
 - Inplanting en omgeving: 10 punten
 - Planfunctionaliteit en comfort: 30 punten
 - Stabiliteit en technieken: 20 punten
- Prijs: 40 punten
 - Prijs van de bouwwerken: 40 punten.”

Over het gunningscriterium “Architecturale en stedenbouwkundige waarde” is verder in het bestek opgenomen:

“3.3.2.1 Omschrijving

De architecturale en stedenbouwkundige waarde toetsen we aan volgende documenten:

- De Ontwerpleidraad sociale woningbouw 2017
- Het Bouwtechnisch Bestek Woningbouw

Deze documenten vormen samen het referentiekader waaraan u minimaal moet voldoen.

In de Ontwerpleidraad sociale woningbouw 2017 vindt u ook een hoofdstuk afwijkingen. Binnen de CBO-procedure aanvaarden we geen projecten die voor beoordeling naar de kwaliteitskamer moeten.

In de gunningsfase dient u een ontwerp in op niveau ‘voorontwerp – nieuwbouw/vervangingsbouw’ volgens het document dossier-samenstelling.

We willen de sociale huurder of koper een betaalbare, veilige, gezonde, energiezuinige, milieu- en gebruiksvriendelijke woning aanbieden.

Ook de technische kwaliteit maakt deel uit van de architecturale en stedenbouwkundige waarde.

Als u met een niet-traditionele bouwwijze werkt, moet het gebruikte systeem de nodige technische goedkeuringen en attesten hebben. U voegt een nota toe die het systeem omschrijft samen met een lijst met de behaalde technische goedkeuringen en attesten.

Belangrijke elementen die een gunstige invloed hebben op de beoordeling van de projecten zijn:

- Compactheid die aanleiding geeft tot energiezuinigheid en kostprijsbeheersing: we beoordelen een kwalitatieve gebouwschil (hoge compactheid en isolatiegraad in combinatie met goede luchtdichtheid) gunstiger dan het gebruik van complexe en onderhoudsgevoelige technieken.

- Rationaliteit van het ontwerp.
- Duurzaamheid: we appreciëren aandacht voor duurzame energie en duurzame mobiliteit.
- Onderhoudsvriendelijkheid en gebruiksvriendelijkheid van materialen en technieken.
- Aandacht voor inpassing in de omgeving, een doordachte overgang tussen publiek-privaat en een goede oriëntatie van de woningen.

3.3.2.2 Beoordeling

Een offerte die niet op elk van de drie sub criteria van architecturale en stedenbouwkundige waarde minimaal de helft van de punten scoort, zal de jury niet rangschikken. De maximale score per sub-criterium vindt u bij de beschrijving van deze subcriteria.

[...]

3.3.2.2.2 Planfunctionaliteit en comfort: maximaal 30 punten

De jury beoordeelt op basis van de Ontwerpleidraad sociale woningbouw 2017 met bijzondere aandacht voor het volgende:

- U volgt de algemene uitgangspunten van het hoofdstuk planfunctionaliteit in de leidraad:
 - Zelfstandige woontiteit
 - Prijsbewust – compact bouwen
 - Bouwen voor iedereen
 - Functionele bemeubelbaarheid
- De verschillende ruimtes voldoen aan de in de leidraad opgegeven basisvereisten
- Uw ontwerp behaalt het basiscomfort en afwerkingen zoals beschreven in leidraad.
- De woningen zijn onderhouds- en gebruiksvriendelijk.”

8. De projectverantwoordelijke architectuur geeft op 30 september 2020 het volgende advies:

“3.1 CONFORMITEIT MET HET BOUWPROGRAMMA ALGEMEEN

- De appartementen voldoen niet aan de BEN-criteria.
- De eigenlijke inkom van het gebouw zit in de achtergevel, is minder aangewezen.
- Fietsenberging in kelder is niet ideaal.
- Afvalberging moeilijk bereikbaar.
- Een aantal appartementen heeft volledig noordgerichte leefruimtes.
- Hoog gebouw voor dergelijke locatie.
- Sanitair voorzien in onderhoudsberging.
- Gemeenschappelijke binnentuin nog uit te werken.

TYPE A

- Leefruimte pal Noord in helft van de gevallen.
- Vrij donkere keuken.

- Terras aan slaapkamer op verdiep.

TYPE B

- OK

TYPE C

- Slaapkamer kan iets kleiner ten voordele van grotere leefruimte.
- Veel circulatieruimte.

TYPE D

- Leefruimte pal Noord.
- Ouderslaapkamer iets verkleinen ten voordele van grotere kinderkamer.

TYPE E

- Ouderslaapkamer iets verkleinen ten voordele van grotere kinderkamer.

TYPE F

- OK

TYPE G

- Veel circulatieruimte.”

9. De jury sluit zich aan bij het advies van de projectverantwoordelijke en voegt zelf volgende opmerkingen toe:

- “- Waarom de situering van de inkom achteraan? Het is ‘zoeken’ naar de voordeur. De keuze is niet gestaafd.
- Kleine deur vooraan, is geen inkom voor omvang van het gebouw
- Onlogische circulatie
- Onvoldoende comfort door noordoriëntatie van enkele appartementen
- Fietsenberging onvoldoende bereikbaar
- Onvoldoende afvalberging
- Schacht op de verdieping staat niet op het plan
- Voldoet niet aan BEN-waarden.”

Voor het subgunningscriterium “Planfunctionaliteit en comfort” verkrijgt de verzoekende partij 10/30 punten. Bijgevolg kan haar ontwerp, zoals bepaald door het bestek, niet naar de derde fase.

10. In de ontwerpleidraad sociale woningbouw 2017 is te lezen:

“We aanvaarden volledig noordelijk georiënteerde leefruimtes in principe niet. Een afwijking kan alleen als lokale omstandigheden of stedenbouwkundige voorwaarden een noordelijke oriëntatie vereisten. U motiveert deze afwijking grondig.”

Zowel het advies van de projectverantwoordelijke architectuur als de beslissing van de jury, die zich ook aansluit bij dit advies, zijn mede gesteund op de noordoriëntatie van enkele appartementen.

De verwerende partij erkent in de nota met opmerkingen evenwel dat er een verkeerde lezing van het plan van de verzoekende partij is geschied, en dat de appartementen wel degelijk ofwel oost ofwel west zijn gericht, en op dat vlak dus aanvaardbaar zijn.

11. Voorts erkent de verwerende partij in de nota met opmerkingen dat de verzoekende partij wel degelijk de inrichting van de binnentuin “gedetailleerder heeft uitgewerkt op het inrichtingsplan”. Er mag dus worden aangenomen dat de verzoekende partij eveneens op dit punt ten onrechte een negatieve beoordeling heeft bekomen.

12. De verwerende partij argumenteert dat de foutieve beoordeling die werd gemaakt wat de noordoriëntatie en de gemeenschappelijke binnentuin betreft, evenwel niet tot gevolg heeft dat het ontwerp van de verzoekende partij alsnog vijf bijkomende punten kan verkrijgen om aldus 15/30 te behalen en daardoor te worden gerangschikt, dat de verzoekende partij het tegendeel niet bewijst en dat ook niet aannemelijk kan maken.

In tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, is niet vereist dat de verzoekende partij aantoont dat zij op het subcriterium “Planfunctionaliteit en comfort” vijf punten meer zou hebben behaald bij een correcte lezing van het ontwerp wat de oriëntatie van een aantal appartementen en het uitwerken van de gemeenschappelijke binnentuin betreft. Het volstaat dat daartoe een kans bestaat. Het komt aan de verwerende partij toe, rekening houdend met door haar zelf toegegeven foutieve beoordelingen, aan de offerte van de verzoekende partij voor het subcriterium “Planfunctionaliteit en comfort” een gemotiveerde nieuwe score toe te kennen. De Raad van State vermag niet vooruit te lopen op deze nieuwe beoordeling van dat subcriterium. De verzoekende partij kan dan ook het belang bij de grieven inzake de noordoriëntatie en het plan van de gemeenschappelijke binnentuin niet worden ontzegd.

13. Het middelonderdeel is in de aangegeven mate ernstig.

VI. Besluit en kosten

14. Het enig middel is in de besproken mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

15. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen van 17 november 2020 waarbij het voorontwerp van de bv Timeless Developers voor de bouw van 21 huurwoningen te Antwerpen (Merksem), Bredabaan-Begonialei, niet wordt gerangschikt.

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

Johan Bovin,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Johan Bovin