RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 252.118 van 16 november 2021
in de zaak A. 225.108/XII-8542

In zake : Bernard MOYAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jürgen Vanpraet
kantoor houdend te 8820 Torhout
Oostendestraat 306
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de KERKFABRIEK SINT-ELIGIUS ETTELGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 mei 2018, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Kerkfabriek Sint-Eligius Ettelgem van 12 maart 2018 waarbij de opdracht ‘Eligius 2.0’ wordt gegund aan de bvba ampe.trybou architecten en van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan Bernard Moyaert.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 246.267 van 3 december 2019 wordt het debat heropend en wordt het door de auditeur-generaal aangeduide lid van het auditoraat belast met een aanvullend onderzoek van de zaak.

Auditeur Thomas Maes heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een aanvullende laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een aanvullende laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 oktober 2021.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bram Van Den Berghe, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Thomas Fiers, die *loco* advocaat Sofie Logie verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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. Voor het feitenrelaas wordt verwezen naar het tussenarrest nr. 246.267 van 3 december 2019.

3.2. In het voormelde tussenarrest wordt, naar aanleiding van het derde middel, gesteld:

> "28. In het auditoraatsverslag wordt besloten dat de verzoekende partij geen belang bij dit middel heeft nu uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat zij dient te worden aangemerkt als een inschrijver van wie de offerte als substantieel onregelmatig mocht worden verworpen door de aanbestedende overheid, en zij evenmin kan aantonen, nu ook het tweede middel is verworpen, dat 'de opdracht aan niemand rechtmatig kon worden gegund'.

29. De vraag rijst of deze conclusie stand houdt in het licht van het recente arrest van het Europees Hof van Justitie van 5 september 2019, nr. C-333/18, inzake Lombardi Srl., waarin het Hof voor recht verklaart dat artikel 1, lid 1, derde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 'houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken', zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een principaal beroep, dat is ingesteld door een inschrijver die belang heeft bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk op het Unierecht inzake overheidsopdrachten of regels ter omzetting van dit recht is of dreigt te worden geschaad en waarmee de uitsluiting wordt beoogd van een andere inschrijver, niet-ontvankelijk wordt verklaard op grond van nationale procedurele voorschriften of jurisprudentiepraktijken die betrekking hebben op de behandeling van wederzijdse beroepen tot uitsluiting, ongeacht het aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure en het aantal van hen dat beroep heeft ingesteld.

30. Het is bijgevolg passend het auditoraat en de partijen de gelegenheid te geven standpunt in te nemen betreffende de mogelijke weerslag van het voormelde arrest op het beoordelen van het belang van de verzoekende partij bij het derde middel. Daartoe wordt het debat heropend."

VI. Onderzoek van het derde middel

Standpunt van de partijen

4. Voor het standpunt van de partijen over de rechtsvraag die heeft geleid tot de heropening van het debat, wordt verwezen naar het voormelde tussenarrest nr. 246.267 van 3 december 2019.

5. In zijn laatste memorie met verzoek tot voortzetting na het aanvullend verslag erkent verzoeker dat de specifieke situatie die ten grondslag lag aan het arrest Lombardi verschilt van de thans voorliggende situatie. Hij stelt evenwel dat rekening moet worden gehouden met het aan het arrest ten grondslag liggende principe. Uit het arrest Lombardi, in het bijzonder punten 28 en 29, volgt dat een verzoekende partij belang heeft bij een middel telkens wanneer het gegrond bevinden ervan tot gevolg kan hebben dat de aanbestedende overheid

overgaat tot een nieuwe aanbestedingsprocedure “omdat de overige regelmatige offertes niet voldoende aan de verwachtingen van de aanbestedende dienst beantwoorden”.

Te dezen heeft verzoeker in het derde middel kritiek op de puntentoekenning en motivering van het eerste, tweede en vierde gunningscriterium. Indien deze kritiek gegrond bevonden wordt, betekent dit dat de puntentoekenning aan de gekozen inschrijver overschat werd, wat tot gevolg zou kunnen hebben dat de aanbestedende overheid een nieuwe aanbestedingsprocedure start omdat de enige regelmatige offerte niet voldoende aan haar verwachtingen voldoet. Of anders gesteld: indien de aanbestedende overheid de offerte van de gekozen inschrijver van meet af aan lager had ingeschat, dan bestaat de kans dat zij tot de conclusie zou zijn gekomen dat die offerte niet voldeed aan haar verwachtingen en dat een nieuwe opdracht zou zijn uitgeschreven. Uit punt 28 van het arrest Lombardi blijkt dat dit een afdoende belang is om de nietigverklaring van de gunning van de opdracht te vragen.

Verzoeker vervolgt dat dit overigens ook volgt uit artikel 14, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, luidens hetwelk onregelmatigheden aanleiding kunnen geven tot een nietigverklaring “als ze, in dat geval, een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing”, evenals uit artikel 14, eerste lid, van 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) volgens hetwelk elke persoon “die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld” een verzoek tot nietigverklaring kan indienen. Vermits het gegrond verklaren van het derde middel tot gevolg kan hebben dat de aanbestedende overheid van oordeel is dat de offerte van de gekozen inschrijver niet voldoet en dat zij een nieuwe opdracht uitschrijft, kan dit gegrond verklaren dus een invloed uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing.

Verzoeker benadrukt dat vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel niet valt in te zien waarom de besproken belangvereiste anders zou moeten worden beoordeeld naargelang de opdracht wel of niet (zoals hier) binnen het toepassingsgebied valt van de voornoemde Europese richtlijn 89/665/EG. In ondergeschikte orde stelt verzoeker voor om in dat verband een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

6. In de laatste memorie na het aanvullend auditoraatsverslag betoogt de verwerende partij in hoofdorde dat de opdracht te dezen een niet-Europese opdracht betreft en bijgevolg niet binnen het toepassingsgebied van richtlijn 89/665/EEG valt, zodat de in het arrest Lombardi gestelde rechtsvraag en de beslechting ervan voor deze zaak niet relevant zijn. Ook merkt de verwerende partij nog op dat een verschillende behandeling boven en onder de Europese drempel niet noodzakelijk een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt.

In ondergeschikte orde sluit de verwerende partij zich aan bij de conclusie van het aanvullend auditoraatsverslag dat de situatie in de huidige zaak wezenlijk anders is dan die welke aan de orde was in het arrest Lombardi, zodat de overwegingen in dat arrest niet per definitie een weerslag hebben op het beoordelen van het belang van verzoeker bij het derde middel. Voor zover verzoeker in zijn laatste memorie na het aanvullend auditoraatsverslag voor het eerst betoogt dat de kans bestaat dat in geval van een andere beoordeling de offerte van de gekozen inschrijver ongeschikt zou zijn, stelt de verwerende partij dat het feit dat de offerte van de gekozen inschrijver 93,75/100 punten kreeg en er effectief werd overgegaan tot gunning erop wijst dat die offerte ruimschoots voldeed aan haar verwachtingen, en het niet aan de Raad van State toekomt dit in haar plaats te beoordelen.

Beoordeling

7. Artikel 14 van de rechtsbeschermingswet luidt:

> “Op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht of concessie te krijgen en die door de beweerde

schending is of dreigt te worden benadeeld, kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende instanties vernietigen, waaronder die welke berusten op discriminerende technische, economische en financiële specificaties, omdat deze beslissingen een machtsafwending inhouden of een inbreuk vormen op:
1° het op de betreffende opdracht of concessie toepasselijke recht van de Europese Unie inzake overheidsopdrachten of concessies, alsook de wetgeving overheidsopdrachten of concessies;
2° de grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen, alsook de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht of concessie van toepassing zijn;
3° de opdracht- of concessiedocumenten."

Overeenkomstig artikel 31 van de rechtsbeschermingswet geldt artikel 14 ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken. Te dezen betreft het een opdracht onder deze drempelwaarde. Artikel 14 van de rechtsbeschermingswet is de omzeggens woordelijke omzetting van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 'houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken', zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (hierna: richtlijn 89/665/EEG). Overeenkomstig die bepaling dienen beroepen tegen beslissingen van een aanbestedende dienst op zijn minst toegankelijk te zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie legt Unierechtelijke bepalingen uit in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen, wat volgens vaste rechtspraak van het Hof (de zogenaamde Dzodzi-rechtspraak) gerechtvaardigd is wanneer deze bepalingen door het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties, teneinde te waarborgen dat deze situaties op dezelfde wijze worden behandeld als situaties die wel binnen de werkingssfeer van die bepalingen vallen (HvJ 18 oktober 1990, C-297/88, Dzodzi, punt 33 e.v.; HvJ 14 maart 2013, C-32/11, Allianz Hungária Biztosító Zrt. e.a., punt 20; HvJ 10 september 2020, C-367/19, Tax-Fin-Lex, punt

21). Vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel is het bijgevolg gerechtvaardigd dat de Raad van State te dezen met de rechtspraak van het Hof inzake het belang rekening houdt, ook al valt de opdracht niet binnen het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

De prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof, die verzoeker in ondergeschikte orde voorstelt in zijn laatste memorie met verzoek tot voortzetting na het aanvullend auditoraatsverslag en die uitgaat van een andere premisse, dient bijgevolg alleen reeds om die reden niet te worden gesteld.

8. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

In tussenarrest nr. 246.267 werd bij de beoordeling van het eerste middel gesteld dat de motieven in de bestreden beslissing afdoende zijn om te besluiten tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoeker.

Daarmee is de uitsluiting van verzoeker uit de plaatsingsprocedure definitief geworden.

Voorts is in het voornoemde arrest het tweede middel verworpen, dat ertoe strekte aan te tonen dat de wettigheid van de plaatsingsprocedure in haar geheel is aangetast of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

In het derde middel geeft verzoeker kritiek op de puntentoekenning aan de offerte van de gekozen inschrijver, wat het eerste, tweede, en vierde gunningscriterium betreft. Indien de verwerende partij op een zorgvuldige wijze tot haar puntentoekenning en motivering zou zijn gekomen, zou dit volgens hem tot gevolg hebben dat de opdracht aan hem zou moeten

worden gegund, minstens dat de aanbestedende overheid niet noodzakelijk tot hetzelfde resultaat zou zijn gekomen.

9. Punten 28 en 29 van het arrest Lombardi luiden:

> "28. Inzonderheid kan de aanbestedende dienst, indien het beroep van de afgewezen inschrijver gegrond wordt verklaard, besluiten om de procedure nietig te verklaren en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen omdat de overige regelmatige offertes niet voldoende aan de verwachtingen van de aanbestedende dienst beantwoorden.
>
> 29. In die omstandigheden kan voor de ontvankelijkheid van het principale beroep niet als voorwaarde worden gesteld dat eerst wordt vastgesteld dat alle offertes die lager zijn gerangschikt dan die van de inschrijver die het beroep heeft ingesteld, eveneens onregelmatig zijn, aangezien daardoor afbreuk zou worden gedaan aan de nuttige werking van richtlijn 89/665. De vraag of dat beroep ontvankelijk is, hangt evenmin af van de voorwaarde dat die inschrijver het bewijs levert dat de aanbestedende dienst de openbare aanbestedingsprocedure zal moeten herhalen. Dat dit mogelijkerwijs het geval zal zijn, dient in dit verband te worden geacht te volstaan."

Na een analyse van de feiten en de beoordeling door het Hof van Justitie van de Europese Unie in de voormelde zaak Lombardi, wordt in het aanvullend auditoraatsverslag gesteld dat de overwegingen van dit arrest geen afbreuk doen aan de conclusie dat het derde middel dient te worden verworpen bij gebrek aan belang, omdat:

> "[…] er [immers] te dezen een determinerend verschilpunt voorhanden [is]: de offerte van de verzoekende partij in de voorliggende zaak werd meteen in het kader van de plaatsingsprocedure door de aanbestedende overheid zelf substantieel onregelmatig verklaard wegens een afwijkend betalingsschema. Zij werd enkel bij de toetsing aan de gunningscriteria betrokken 'teneinde een referentiepunt te hebben voor de waardering en beoordeling van de enige regelmatige offerte', *i.e*. zij werd niet nuttig in de rangschikking opgenomen met het oog op effectieve gunning van de opdracht.
> […]
> Het betreft in de voorliggende zaak aldus een wezenlijk andere situatie dan deze die aan de orde was in het arrest Lombardi, waar de offerte van Lombardi door de aanbestedende overheid regelmatig was verklaard en deze wel degelijk nuttig in de rangschikking was opgenomen, bovendien op een op het eerste gezicht niet irrelevante derde plaats in de rangschikking."

Het onderscheid tussen de feitelijke gegevens in de huidige zaak en die in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Lombardi doet

er inderdaad wel degelijk toe. Verzoeker is, in tegenstelling tot de verzoekende partij in de zaak Lombardi (blijkens punt 32 van het arrest), te beschouwen als een definitief uitgesloten inschrijver. Zelfs indien te dezen het derde middel gegrond zou zijn, ziet de Raad van State niet in op welke wijze verzoeker door de in dat middel bedoelde onwettigheid is of dreigt te worden benadeeld of hem een waarborg wordt ontnomen. Het beweerd nadeel dat de opdracht niet aan verzoeker werd gegund – volgens verzoeker op grond dat de puntentoekenning aan de gekozen inschrijver niet correct zou zijn gebeurd en diens offerte bijgevolg werd overschat – doet zich immers in elk geval voor, vermits verzoekers offerte door de aanbestedende overheid onregelmatig is verklaard, en deze beslissing door de Raad van State in het voornoemde tussenarrest wettig is bevonden. In die zin zijn de feitelijke gegevens in de huidige zaak vergelijkbaar met die in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung en Caverion Österreich (21 december 2016, C-355/15, punten 31 en 36), luidens hetwelk een definitief uitgesloten inschrijver het recht kan worden ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de opdracht.

Voor zover verzoeker alsdan betoogt dat het gegrond verklaren van het derde middel tot gevolg kan hebben dat de aanbestedende overheid een nieuwe gunningsprocedure start omdat de enige regelmatige offerte niet (meer) aan haar verwachtingen voldoet, doet verzoeker beroep op een ruime interpretatie van het belangvereiste zoals die zou blijken uit punt 28 van het arrest Lombardi, en overigens ook, volgens verzoeker, uit artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en artikel 14, eerste lid, van de rechtsbeschermingswet.

Daargelaten dat verzoeker te dezen op geen enkele wijze aannemelijk maakt dat, in geval het derde middel gegrond zou zijn, de opdracht dan niet meer rechtsgeldig aan de gekozen inschrijver zou mogen worden gegund, stelt de Raad van State vast dat het derde middel niet de strekking heeft die verzoeker daaraan thans in zijn laatste memorie geeft. In de toelichting bij het derde middel in het inleidend verzoekschrift betoogt verzoeker dat “[e]en

zorgvuldige puntenbeoordeling en puntentoekenning […] tot gevolg [zou] hebben dat de opdracht aan verzoekende partij gegund zou moeten worden". Aldus strekt dit middel onmiskenbaar tot de nietigverklaring van de impliciete weigering om de opdracht aan verzoeker te gunnen, doch enkel indien uit de beoordeling van het eerste middel zou blijken dat de offerte van verzoeker onterecht als substantieel onregelmatig werd geweerd, wat niet het geval is gebleken.

10. Gelet op wat voorafgaat, staat vast dat verzoeker bij zijn verzoek om een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen uitgaat van de verkeerde premisse dat "in geval waarin de Europese drempelbedragen overschreden zijn, de inschrijver wiens offerte substantieel onregelmatig werd bevonden wel over een belang beschikt om het middel aan te voeren". De vraag dient bijgevolg om de hiervóór gegeven reden niet te worden gesteld.

11. Het derde middel is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zestien november tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Paul Lemmens**