RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 261.206 van 24 oktober 2024
in de zaak A. 236.549/XIV-39.490

In zake : de BV Z.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Reiner Tijs en Joram Maes
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Stijfselrui 48, bus 101
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 juni 2022, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer van 7 april 2022 waarbij het agentschap beslist om de overheidsopdracht voor een ‘raamovereenkomst video’ op basis van het bestek PCO/COM/2021/3, die op 10 september 2021 oorspronkelijk werd gegund aan de verzoekende partij, niet te plaatsen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joram Maes, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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. Om zijn projecten in beeld te brengen is het agentschap Wegen en Verkeer (hierna: het agentschap), intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid, op zoek naar een dienstverlener die hem kan bijstaan bij de productie en de postproductie van videocontent. Daartoe schrijft het Vlaamse Gewest een overheidsopdracht voor diensten uit, waarbij het agentschap wordt belast met de opvolging van de plaatsingsprocedure.

Het betreft een raamovereenkomst waarbij de opdrachten worden geplaatst naargelang de behoeften. Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Het bijzonder bestek PCO/COM/2021/3 is van toepassing. Er zijn twee gunningscriteria: enerzijds de prijs (40 punten) en anderzijds de kwaliteit (60 punten). Het tweede criterium wordt nader opgedeeld in de subgunningscriteria ‘kwaliteit van de uitgewerkte cases’ (40 punten), ‘visie en motivatie’ (10 punten) en ‘plan van aanpak en garantie dienstverlening’ (10 punten).

De uiterste datum voor het indienen van een offerte is 12 april 2021.

3.2. Twaalf offertes worden ingediend, waaronder een door de verzoekende partij.

Op 14 april 2021 vraagt het agentschap een aantal verduidelijkingen aan de verzoekende partij, onder andere over het door haar gehanteerde btw-tarief van 6 %. Zij vraagt of geen tarief van 21 % moet worden aangerekend. Dezelfde dag antwoordt de verzoekende partij dat zij een btw-tarief van 6 % mag hanteren “aangezien we conform het bestek een 100 % overdracht doen van alle auteursrechten. Dat is een uitzonderingsregel van de fiscus waar wij beroep op kunnen doen (voorwaarde is dat het niet om reclame (om [winsten] te genereren) gaat, wat niet het geval is bij AWV)”.

3.3. Een gunningsverslag wordt op 25 augustus 2021 opgemaakt.

Tien van de twaalf offertes, waaronder die van de verzoekende partij, worden regelmatig verklaard. Op basis van een beoordeling van de offertes op grond van de twee gunningscriteria wordt de offerte van de verzoekende partij als eerste gerangschikt.

In verband met het gunningscriterium ‘prijs’ wordt in het verslag het volgende opgemerkt:

> “Na de beoordeling van de offertes blijkt dat inschrijver [Z.] een BTW-tarief van 6 % toegepast heeft. Na een verzoek tot meer informatie hieromtrent bij

de betrokken inschrijver (in toepassing van art. 66 § 3 Wet Overheidsopdrachten) blijkt dat zij 6 % hanteren aangezien ze conform het bestek een 100 % overdracht doen van alle auteursrechten. Dat is een uitzonderingsregel van de fiscus waar zij beroep op kunnen doen. [Conform] het bijzonder bestek dient de puntentoekenning voor het criterium prijs te gebeuren op basis van de offertes incl. BTW."

In verband met de drie subgunningscriteria van het gunningscriterium 'kwaliteit' worden de volgende punten toegekend, met daarbij telkens de bijhorende "algemene argumentatie":

	Naam indiener	Cases: 40 punten	Visie/motivatie: 10 punten	Plan van aanpak: 10 punten
1	Z.	28 punten. Zeer sterke voorstellen.	7 punten. In orde, naar verwachting.	7 punten. In orde, klassiek.
2	D.M.	26 punten. Zeer vage en summiere uitwerkingen van de cases.	8 punten. In orde, naar verwachting.	8 punten. In orde, klassiek.
3	J.C.	28 punten. Toffe voorstellen.	8 punten. In orde, naar verwachting.	7 punten. In orde, klassiek.
4	Mr.	28 punten. Toffe en sterke voorstellen, goed toegepast op AWV.	7 punten. In orde, al werd hier en daar voeling met de trends gemist.	7 punten. In orde, klassiek.
5	K.	23 punten. Toffe voorstellen.	6 punten. In orde, naar verwachting.	7 punten. In orde, klassiek.
6	Me.	28 punten. Kon beter uitgewerkt, voorstellen zijn oké.	7 punten. In orde, naar verwachting.	7 punten. In orde, klassiek.
7	L.M.	28 punten. Gemis van creatieve touch.	6 punten. In orde, naar verwachting.	7 punten. In orde, klassiek.
8	V.H.	27 punten. Toffe voorstellen, goed toegepast op AWV.	6 punten. In orde, naar verwachting.	6 punten. In orde, klassiek.
9	H.P.	27 punten. Toffe voorstellen.	7 punten. In orde, naar verwachting.	7 punten. In orde, klassiek.
10	M.F.	24 punten. Kon beter uitgewerkt, voorstellen	7 punten. In orde, goede visie, maar komt	7 punten. In orde, klassiek.

		zijn oké.	te weinig tot uiting in de cases.	

De verzoekende partij behaalt in totaal het hoogste aantal punten. Er wordt dan ook voorgesteld om haar de opdracht te gunnen, voor een bedrag van 103.901,20 euro, btw inbegrepen.

3.4. De administrateur-generaal van het agentschap Wegen en Verkeer beslist vervolgens, op 10 september 2021, om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij.

Het agentschap deelt deze beslissing met een brief en een e-mailbericht van 22 september 2021 aan de verzoekende partij mee, waarbij er tevens op wordt gewezen dat deze kennisgeving geen contractuele verbintenis doet ontstaan.

3.5. Een aantal inschrijvers die op de hoogte zijn gebracht van het feit dat hun offerte niet werd gekozen, uiten bedenkingen bij de motivering in het gunningsverslag.

Na onderzoek van die opmerkingen deelt het agentschap met e-mailberichten van 29 september 2021 aan de inschrijvers mee dat de gunningsbeslissing zal worden ingetrokken.

3.6. Op 14 februari 2022 beslist de administrateur-generaal om de gunningsbeslissing van 10 september 2021 in te trekken.

Deze beslissing is gemotiveerd als volgt:

> “Overwegende dat de economisch meest voordelige offerte […] wordt vastgesteld op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Op het gunningscriterium kwaliteit zelf konden er maximum 60 punten toegekend worden aan de inschrijvers. Dit gunningscriterium heeft aldus een groot aandeel in de beslissing tot gunning van de opdracht;
> Overwegende dat er in het gunningsverslag slechts een algemene beoordeling werd opgenomen door de aanbesteder voor het gunningscriterium kwaliteit;

> Overwegende dat na de kennisgeving van de gunningsbeslissing blijkt dat deze algemene beoordeling niet afdoende en draagkrachtig was. Het gunningscriterium kwaliteit en bijgevolg de initiële gunningsbeslissing werd aldus onvoldoende grondig gemotiveerd;
> Overwegende dat de aanbesteder wenst te voldoen aan de op hem rustende motiveringsplicht conform de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en 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;
> Overwegende dat verkeerde btw-tarieven werden gehanteerd en deze conform artikel 34 § 2 KB Plaatsing verbeterd moesten worden."

3.7. Op 15 februari 2022 wordt deze beslissing ter kennis gebracht van de inschrijvers.

Met een aangetekende brief van 21 februari 2022 betwist de verzoekende partij de rechtsgeldigheid van de intrekking. Zij wijst er onder meer op dat er geen wetsbepaling is op grond waarvan een gegunde opdracht kan worden ingetrokken, met als gevolg dat "de zogenaamde intrekkingsleer als algemeen rechtsbeginsel" geldt.

Met een aangetekend schrijven van 4 maart 2022 wijst het agentschap de bezwaren van de verzoekende partij van de hand. Zij antwoordt onder meer dat het volgen van een plaatsingsprocedure geen verplichting inhoudt tot het gunnen of het sluiten van de opdracht, en dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten wel degelijk een uitdrukkelijke bepaling bevat die voorziet in de mogelijkheid van intrekking van een gegunde opdracht.

Op 15 april 2022 stelt de verzoekende partij een beroep in tegen de intrekkingsbeslissing. Die zaak is gekend onder het rolnummer A. 236.193/XII-9206.

3.8. Ondertussen, op 7 april 2022, heeft de administrateur-generaal beslist om de litigieuze opdracht niet te plaatsen.

Deze beslissing is gemotiveerd als volgt:

> “Overwegende dat het Agentschap Wegen en Verkeer heeft besloten tot stopzetting van de gunningsprocedure daar er zich intussen een nieuwe opportuniteit heeft voorgedaan en de gunning van bovenvermelde opdracht niet meer geschikt en ongunstig is voor het Agentschap Wegen en Verkeer;
> Overwegende dat Het Facilitair Bedrijf immers een gunningsprocedure aan het doorlopen is betreffende een raamovereenkomst met een gelijkaardige voorwerp zoals bovenvermelde opdracht;
> Overwegende dat het Agentschap Wegen en Verkeer aldus wenst af te nemen van deze raamovereenkomst;
> Overwegende dat het afnemen van de raamovereenkomst het Agentschap Wegen en Verkeer ten goede zal komen wat betreft de inzet van budgettaire middelen en eigen personeel;
> Overwegende dat naast de kostenvoordelen het Agentschap Wegen en Verkeer eveneens efficiënter zal kunnen werken wat op dit moment bevorderlijk is voor de werking van onze organisatie;
> Overwegende dat het aldus voordeliger is om af te nemen van de raamovereenkomst van Het Facilitair Bedrijf dan de desbetreffende plaatsingsprocedure voor te zetten.”

Dit is de bestreden beslissing.

De verzoekende partij wordt van de beslissing tot niet-plaatsing op de hoogte gebracht met een brief en een e-mailbericht van 8 april 2022.

3.9. Bij arrest nr. 257.710 van 23 oktober 2023 wordt het annulatieberoep dat door de verzoekende partij werd ingesteld tegen de intrekkingsbeslissing van 14 februari 2022 verworpen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. In haar verzoekschrift zet de verzoekende partij uiteen dat de Raad van State reeds expliciet geoordeeld heeft dat een gunningsbeslissing een bestuurshandeling vormt die rechten, minstens een substantieel voordeel heeft gecreëerd, niet in het minst in hoofde van de inschrijver aan wie de opdracht werd gegund. Net omwille van deze rechten, dan wel het substantiële voordeel in hoofde van de verzoekende partij aan wie de opdracht initieel werd gegund, kan er volgens haar bezwaarlijk worden getwijfeld aan haar belang bij het bestrijden van de beslissing waarmee wordt beslist om de opdracht niet te plaatsen.

5. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep op, afgeleid uit het ontbreken van een actueel belang.

Zij voert vooreerst aan dat de gunningsbeslissing geen rechten heeft doen ontstaan in hoofde van de verzoekende partij. Alleen al om die reden heeft de verzoekende partij geen belang bij haar beroep tegen de bestreden beslissing.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat de verzoekende partij geen vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingesteld tegen de intrekkingsbeslissing van 14 februari 2022, en evenmin tegen de bestreden beslissing van 7 april 2022 tot niet-plaatsing van de opdracht. Zij heeft met andere woorden de uitvoering *in natura* van de gunningsbeslissing niet nagestreefd. Aangezien de verzoekende partij haar belang motiveert door te verwijzen naar de mogelijkheid tot uitvoering van de opdracht, moet nu worden vastgesteld dat zij geen actueel belang meer heeft.

De verwerende partij voert ten slotte aan dat de verzoekende partij kon deelnemen aan de overheidsopdracht uitgeschreven door het departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken van de Vlaamse Gemeenschap, waarvan de verwerende partij zal afnemen. Ook om die reden heeft de verzoekende partij geen actueel belang meer.

6. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat artikel 14 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: de wet van 17 juni 2013) een belang toekent aan “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”. Deze omschrijving van het belang moet ruim worden geïnterpreteerd.

Ook al zou de verzoekende partij niet meer de kans hebben om de betrokken overheidsopdracht *in natura* uit te voeren, en ook al heeft zij geen beroep gedaan op de mogelijkheid een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging in te dienen tegen de bestreden beslissing, dan nog beschikt zij minstens over een gekwalificeerd moreel belang bij haar annulatieberoep. De verzoekende partij wijst erop dat haar belang te dezen niet louter moreel van aard is. Zij heeft immers zowel de litigieuze intrekkingsbeslissing als de navolgende beslissing tot niet-plaatsing van de opdracht met een beroep tot vernietiging bestreden. Aldus streeft zij wel degelijk de kans na om de overheidsopdracht alsnog uit te voeren.

In zoverre de verwerende partij argumenteert dat de verzoekende partij haar belang bij het voorliggende beroep zou hebben verloren door niet deel te nemen aan de opdracht uitgeschreven door het departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken, wijst de verzoekende partij erop dat zij wel degelijk aan die opdracht heeft deelgenomen. De opdracht werd niet aan haar gegund. Toen die opdracht was uitgeschreven, in juni 2021, drie maanden voordat de gunningsbeslissing van 10 september 2021 werd genomen, kon de verzoekende partij uiteraard niet weten dat de gunningsbeslissing van 10 september 2021 op 14 februari 2022 zou worden ingetrokken en dat de gehele opdracht op 7 april 2022 zou worden stopgezet met verwijzing naar de nieuwe opportuniteit, die echter al bestond voordat de gunningsbeslissing was genomen. Beide opdrachten moeten los van elkaar worden bekeken. Het al dan niet deelnemen van de verzoekende partij aan de opdracht van het departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken, en het al dan niet gegund krijgen van die opdracht, hebben dan ook geen invloed op het belang van de verzoekende partij bij het thans voorliggende beroep.

7. In haar laatste memorie verwijst de verzoekende partij naar hetgeen zij in haar verzoekschrift en memorie van wederantwoord heeft uiteengezet.

8. In haar laatste memorie volhardt de verwerende partij in de opgeworpen exceptie. Zij wijst erop dat het bij artikel 19, eerste lid, van de

gecoördineerde wetten op de Raad van State vereiste belang moet voldoen aan twee vereisten:

> "De Raad van State omschrijft deze vereisten in [zijn] arrest [nr. 209.500] van 30 juni 2015 als volgt: '[de verzoeker] dient door de bestreden administratieve rechtshandeling een persoonlijk, rechtstreeks, zeker, actueel en wettig nadeel te lijden en de eventueel tussen te komen nietigverklaring van die rechtshandeling moet hem een direct en persoonlijk voordeel verschaffen, hoe miniem ook.
> *In casu* is niet voldaan aan deze belang-vereiste. Het gaat immers niet om een actueel nadeel en daarbij zal de nietigverklaring van de rechtshandeling niet het direct en persoonlijk voordeel met zich meebrengen waarnaar de verzoekende partij verwijst in haar verzoekschrift tot nietigverklaring van de beslissing tot niet-plaatsing, zijnde de uitvoering in natura van gunningsbeslissing. De vernietiging van de bestreden beslissing zal namelijk niet de toewijzing van de opdracht met zich meebrengen.
> In dit kader kan eveneens verwezen worden naar het arrest van 30 juni 2015 van de Raad van State: 'Het belang waarvan een verzoeker blijk moet geven, dient te bestaan op het ogenblik van het indienen van het annulatieberoep en hij moet dat belang behouden tot aan de uitspraak. De aard van het belang kan weliswaar evolueren, maar verzoeker moet minstens aannemelijk maken dat de vernietiging hem een concreet voordeel oplevert.'"

Beoordeling

9. Artikel 14 van de wet van 17 juni 2013 bepaalt dat de Raad van State, "op verzoek van 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", de beslissing van een aanbestedende instantie kan vernietigen.

Het belangvereiste is overgenomen uit artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten', ingevoegd bij de wet van 23 december 2009. Uit de parlementaire voorbereiding van die wetsbepaling blijkt dat de wetgever met betrekking tot het begrip "belang" een ruime interpretatie voor ogen stond, naar het voorbeeld van de ter zake toepasselijke regels van het recht van de Europese Unie, en zulks "om de moeilijkheden te vermijden die zouden kunnen voortvloeien uit een strikte toepassing van het begrip 'belang' als bedoeld in [artikel] 19 van de

gecoördineerde wetten op de Raad van State" (memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2009-2010, nr. 2276/001, 28).

10. De verzoekende partij was de begunstigde van de beslissing tot gunning van de opdracht beheerst door het bestek PCO/COM/2021/3. Die vaststelling volstaat om aan te nemen dat zij het rechtens vereiste belang heeft bij het beroep tot nietigverklaring van de beslissing tot niet-plaatsing van de opdracht.

De omstandigheid dat zij zich niet via een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de intrekkings- en stopzettingsbeslissing tot de Raad van State heeft gewend, doet aan het voornoemde geen afbreuk.

11. In zoverre de verwerende partij aanvoert dat de verzoekende partij haar belang bij het voorliggende beroep heeft verloren ten gevolge van de overheidsopdracht uitgeschreven door het departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken, moet worden opgemerkt dat het gaat om een opdracht uitgeschreven door een andere aanbestedende overheid dan de verwerende partij. Die opdracht is bovendien bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 11 juni 2021, op een ogenblik dat in de voorliggende plaatsingsprocedure nog geen beslissing was genomen, en lang voordat de verwerende partij de beslissing zou nemen om die opdracht niet te plaatsen. Overigens merkt de verzoekende partij op dat zij wel degelijk heeft ingeschreven op die opdracht uitgaande van het departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken, maar dat de opdracht niet aan haar is gegund. Uit wat voorafgaat, volgt dat de verzoekende partij haar belang niet heeft verloren doordat zij kon deelnemen aan de opdracht uitgeschreven door het departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken.

12. De exceptie kan niet worden aangenomen.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

13. Het enige middel is genomen uit de schending van artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991), het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en de redelijke termijn als beginselen van behoorlijk bestuur.

In haar uiteenzetting van het middel brengt de verzoekende partij in de eerste plaats in herinnering dat de betrokken overheidsopdracht oorspronkelijk aan haar werd gegund. Vervolgens werd beslist tot intrekking van de gunningsbeslissing. Die beslissing tot intrekking is volgens de verzoekende partij onwettig en werd door haar bestreden met een afzonderlijk beroep tot nietigverklaring. Volgens de verzoekende partij kunnen de onwettigheden in de initiële plaatsingsprocedure die worden ingeroepen om de gunningsbeslissing in te trekken, worden opgevangen binnen dezelfde plaatsingsprocedure, door de totstandkoming van een nieuwe gunningsbeslissing. Evenwel heeft de verwerende partij in de bestreden beslissing gekozen voor de stopzetting van de plaatsingsprocedure en de niet-plaatsing van de overheidsopdracht. De motieven die hiertoe worden ingeroepen, houden geen verband met de motieven die aan de basis liggen van de intrekkingsbeslissing. De beslissing tot niet-plaatsing wordt niet gesteund op een gebrek aan regelmatige offertes, maar wel op de niet-onderbouwde stelling dat er inmiddels een gelijkaardige overheidsopdracht zou zijn uitgeschreven door het Facilitair Bedrijf.

Volgens de verzoekende partij wordt artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 te dezen willekeurig toegepast en berust de bestreden beslissing geenszins op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

De beslissing tot niet-plaatsing is onduidelijk en geeft geen afdoende informatie over de nieuwe opdracht waarnaar wordt verwezen aangezien noch de opdrachtreferentie, noch de datum van bekendmaking worden vermeld. De formele motivering van de bestreden beslissing, die staat of valt met het bestaan

van een identieke en op dit moment reeds uitgeschreven overheidsopdracht van het Facilitair Bedrijf, is op dit punt dan ook feitelijk onjuist, minstens is ze niet afdoende om de verzoekende partij in staat te stellen de waarachtigheid van de formele motieven te controleren. Bij gebrek aan voormelde opportuniteit bij het Facilitair Bedrijf zijn bij uitbreiding ook de overige motieven van de bestreden beslissing, die net verwijzen naar het economisch meer voordelige karakter om gebruik te maken van de (onbestaande) raamovereenkomst van het Facilitair Bedrijf, niet in rechte aanvaardbaar en alleszins niet afdoende om de bestreden beslissing in rechte te kunnen dragen.

De bestreden beslissing getuigt volgens de verzoekende partij ook van willekeur en een schending van de redelijke termijn doordat de verwerende partij te lang heeft gewacht met de beslissing om de initiële opdracht alsnog niet te plaatsen. Zij wijst er daarbij op dat er meer dan een jaar is verstreken tussen het uitschrijven van de oorspronkelijke opdracht (5 maart 2021) en de beslissing tot niet-plaatsing (7 april 2022). Het kan en mag volgens haar niet de bedoeling zijn dat de verwerende partij net zo lang wacht met het niet-plaatsen van de oorspronkelijke opdracht tot er zich plots dienstige motieven aandienen om tot niet-plaatsing te besluiten. Het recht tot niet-plaatsing van een opdracht mag niet worden gebruikt op een wijze dat er een disproportioneel nadeel wordt toegebracht aan de verzoekende partij.

Gelet op de chronologie van het dossier mocht de verzoekende partij verwachten dat zij deze opdracht met belangrijke referentiewaarde zou kunnen uitvoeren. Deze gerechtvaardigde verwachting vormt volgens de verzoekende partij een onderdeel van haar vermogen in de zin van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). De houding van de verwerende partij is laakbaar en tast de geloofwaardigheid van het overheidshandelen aan. De verwerende partij beseft kennelijk niet de economische impact van haar arbitrair en willekeurig handelen: de verzoekende partij heeft immers tijd en energie moeten investeren in het indienen van haar offerte.

14. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat zij in haar verzoekschrift expliciet een schending van de formelemotiveringsplicht heeft aangevoerd in zoverre de verwerende partij heeft nagelaten om in de bestreden beslissing tot niet-plaatsing te verwijzen naar de opdrachtreferentie en/of datum van bekendmaking van de “nieuwe opportuniteit”. De formelemotiveringsplicht verplicht de verwerende partij om een afdoende draagkrachtige, volledige en precieze motivering te ontwikkelen. Een verwijzing naar het feit dat er op Vlaams niveau “een” raamovereenkomst wordt doorlopen met “een gelijkaardig voorwerp” kan, ook in het licht van de grote discretionaire bevoegdheid waarover de aanbestedende overheid te dezen beschikt, niet volstaan. Dat het vermelden van een concrete opdrachtreferentie én bekendmakingsdatum wel degelijk noodzakelijk was om de verzoekende partij in kennis te stellen van de motieven in hoofde van de verwerende partij wordt volgens haar ook bevestigd door het feit dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord weliswaar poneert dat de gehanteerde motieven “juist” zouden zijn, doch toegeeft dat zij in werkelijkheid niet wenste te verwijzen naar een nieuwe opdracht, uitgeschreven door het Facilitair Bedrijf, maar wél door het Departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken. De verwijzing door de verwerende partij in de memorie van antwoord naar de desbetreffende specifieke opdracht uitgeschreven door het Departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken is volgens de verzoekende partij een motivering *a posteriori*. Het in de bestreden beslissing gehanteerde motief is onvolledig, niet-precies en bovendien feitelijk onjuist.

Bij uitbreiding kan de verwerende partij zich evenmin verschuilen achter de budgettaire overweging die wordt vermeld in de bestreden beslissing. Nog los van het feit dat de verwerende partij niet in het minst aannemelijk maakt dat deze “opportuniteit” tot een kostenbesparing in haar hoofde zou leiden, kan een verwijzing naar de kostenvoordelen van een *de facto* onbestaande opdracht van het Facilitair Bedrijf niet als “juiste” motivering in de zin van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 worden beschouwd.

De verzoekende partij wijst er ook op dat de gunningsbeslissing dateert van 10 september 2021 en dus van meer dan drie maanden na het

uitschrijven van “dezelfde” opdracht door het Departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken. De door de verwerende partij gehanteerde chronologie is volgens haar dan ook ongeloofwaardig aangezien de verwerende partij bij aanname van de gunningsbeslissing reeds kennis had kunnen hebben van de “nieuwe” opportuniteit van het Departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken. Dit geeft volgens de verzoekende partij de indruk dat de verwerende partij gezocht heeft naar ‘een’ formele motivering en deze bewust vaag heeft gehouden.

De opdracht was gegund aan de verzoekende partij, zij mocht erop vertrouwen dat zij deze mocht uitvoeren en zij mocht verwachten dat de tijd en moeite die zij had geïnvesteerd ook zou renderen.

15. In haar laatste memorie doet de verzoekende partij nog gelden dat het “manco” in de bestreden beslissing niet louter als een “niet voldoende nauwkeurige verwijzing” kan worden aangemerkt aangezien de verwerende partij in haar memorie van antwoord toegaf dat de formele motivering van de bestreden beslissing feitelijk onjuist was. Het essentiële, financiële motief, blijkt dan ook feitelijk onjuist te zijn. De schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 staat volgens haar ook vast aangezien zij pas tijdens de procedure voor de Raad van State kennis kon nemen van de “correcte” (externe) overheidsopdracht waarvan de verwerende partij gebruik wenst te maken in de plaats van de opdracht te gunnen op basis van het oorspronkelijke bestek dat zij zelf had uitgeschreven. Zij betoogt voorts dat zij minstens beschikt over een gekwalificeerd moreel belang om de bestreden beslissing van 7 april 2022 op basis van deze vaststaande schending van de wet van 29 juli 1991 vernietigd te zien.

Beoordeling

16. De bestreden beslissing is een beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht.

Overeenkomstig artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 houdt het opstarten van een gunningsprocedure geen verplichting in tot het gunnen of het

sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

De plaatsing van een overheidsopdracht strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid beschikt in principe dan ook over een beoordelingsruimte bij het nemen van een beslissing om een opdracht al dan niet te gunnen en om de plaatsingsprocedure al dan niet stop te zetten. Wel mag zij daarbij niet willekeurig te werk gaan en moet die beslissing steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze. Het afdoend 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 uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

Een schending van het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, veronderstelt dat de overheid bij het nemen van de beslissing onredelijk heeft gehandeld, met andere woorden dat zij de haar toegekende beleidsvrijheid te buiten is gegaan. Van een schending van het redelijkheidsbeginsel kan slechts sprake zijn wanneer een beslissing, waarvan is vastgesteld dat ze berust op deugdelijke grondslagen, inhoudelijk dermate afwijkt van het normale beslissingspatroon of, nog, er een zodanige wanverhouding bestaat tussen die motieven en de inhoud van de beslissing, dat het niet denkbaar is dat een andere zorgvuldig handelende administratieve overheid in dezelfde

omstandigheden tot die besluitvorming zou komen of die beslissing zou nemen. De Raad van State is in de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht enkel bevoegd om, desgevraagd, na te gaan of de administratieve overheid op grond van de juiste en correct beoordeelde feitelijke gegevens, in redelijkheid tot de bestreden beslissing is kunnen komen. Het komt de Raad van State evenwel niet toe zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de bevoegde administratieve overheid.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen.

17. In zoverre de verzoekende partij in haar middel betoogt dat de beslissing tot intrekking van 14 februari 2022 onwettig is, valt op te merken dat de Raad van State bij arrest nr. 257.710 van 23 oktober 2023 het annulatieberoep dat door de verzoekende partij werd ingesteld tegen die intrekkingsbeslissing heeft verworpen, zodat deze beslissing definitief is geworden.

In de mate dat de verzoekende partij voorts doet gelden dat de onwettigheden in de initiële plaatsingsprocedure die worden ingeroepen om de gunningsbeslissing in te trekken, kunnen worden opgevangen binnen dezelfde plaatsingsprocedure en kritiek uit op het feit dat de motieven waarop de beslissing tot niet-plaatsing is gegrond, geen verband houden met de motieven die aan de basis liggen van de intrekkingsbeslissing, wordt zij evenmin bijgevallen.

Niet blijkt, noch maakt de verzoekende partij aannemelijk dat de beide soorten beslissingen, die een verschillende draagwijdte hebben, op een identieke feitelijke grondslag moeten berusten of, eventueel op eenzelfde motief moeten berusten. De intrekking en de stopzetting dienen immers niet noodzakelijk eenzelfde doel.

18. Te dezen berust de beslissing om af te zien van de plaatsing van de opdracht in essentie op het motief dat zich een nieuwe opportuniteit heeft voorgedaan waarbij de aanbestedende overheid de diensten die het voorwerp uitmaken van de voorliggende overheidsopdracht kan afnemen via een andere raamovereenkomst met een gelijkaardig voorwerp binnen de Vlaamse overheid, hetgeen voordeliger wordt geacht wat de inzet van budgettaire middelen en eigen personeel betreft.

De beslissing tot niet-plaatsing blijkt aldus gesteund te zijn op een financieel-economisch motief, meer bepaald dat het kostenefficiënter zou zijn voor de verwerende partij om af te nemen van een andere raamovereenkomst. Dit vormt een wettig motief dat van aard is om de bestreden beslissing tot niet-plaatsing op deugdelijke wijze te schragen. De omstandigheid dat de gunningsbeslissing dateert van meer dan drie maanden na het uitschrijven van de opdracht met een gelijkaardig voorwerp door het Departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken, doet daaraan geen afbreuk.

Dit motief vindt ook bevestiging in de stukken van het administratief dossier waaruit blijkt dat de Vlaamse Gemeenschap een opdracht voor diensten heeft uitgeschreven voor het afsluiten van een raamovereenkomst voor audiovisuele producten en waarbij het Departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken belast is met de opvolging van de plaatsingsprocedure. De opdracht werd bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 juni 2021 en wordt beheerst door de bepalingen van het bijzonder bestek nr. DKBUZA/2021/COMM/JDC ‘Raamovereenkomst voor audiovisuele producten’. Dat bijzonder bestek bevat een lijst van entiteiten die naargelang hun concrete behoefte bestellingen kunnen plaatsen op de raamovereenkomst en waaronder ook het agentschap, zijnde een intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid van de Vlaamse overheid, kan worden begrepen.

19. De omstandigheid dat de verwerende partij in de bestreden beslissing tot niet-plaatsing geen melding maakt van de precieze

opdrachtreferentie, noch van de datum van bekendmaking van de andere plaatsingsprocedure waarnaar wordt verwezen, is niet van aard om anders te oordelen.

De formelemotiveringsplicht, die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, gaat niet zover dat ze de verwerende partij ertoe zou verplichten de uitgedrukte motieven nog nader te expliciteren. De formelemotiveringsplicht houdt immers enkel in dat voldoende duidelijkheid moet worden verschaft over de determinerende motieven van een beslissing.

Te dezen wordt vastgesteld dat de verwerende partij in de bestreden beslissing zelf erop wijst dat de lopende plaatsingsprocedure “niet meer geschikt en ongunstig is” en dus niet meer overeenstemt met de geëvolueerde behoefte van de verwerende partij nu is gebleken dat zij de diensten die het voorwerp ervan uitmaken zal kunnen afnemen via een raamovereenkomst met een gelijkaardig voorwerp afgesloten door een andere aanbestedende overheid. Zij wijst er daarbij ook op dat die werkwijze voordeliger wordt geacht zowel wat de inzet van budgettaire middelen als de inzet van eigen personeel betreft. Ook stelt zij dat naast de kostenvoordelen die dit meebrengt, zij ook efficiënter zal kunnen werken wat bevorderlijk is voor de werking van haar organisatie.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk waarom deze motieven haar niet voldoende in staat stellen met kennis van zaken te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing in rechte te verweren, in het bijzonder dat de precieze opdrachtreferentie en datum van bekendmaking van de andere plaatsingsprocedure waarnaar wordt verwezen essentiële elementen zouden zijn noodzakelijk om zich in rechte te verweren tegen de bestreden beslissing.

20. Dat in de beslissing tot niet-plaatsing wordt verwezen naar het Facilitair Bedrijf in plaats van het Departement Kanselarij en Buitenlandse Zaken, welke volgens de verwerende partij een vergissing is die voortvloeit uit het feit dat het Facilitair Bedrijf, net als het Departement, deel uitmaakt van hetzelfde

beleidsdomein binnen de Vlaamse overheid, is niet van aard om anders te oordelen. Uit het geheel van de formele motivering en de plaats daarin van de door de verzoekende partij bekritiseerde vermelding van “Het Facilitair Bedrijf”, blijkt dat haar kritiek slaat op een overtollig motief. Kritiek op een dergelijk overtollig motief kan niet tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing leiden.

21. De verzoekende partij voert in haar middel ook een schending aan van “de redelijke termijneis als beginsel van behoorlijk bestuur” doordat meer dan een jaar is verstreken tussen het uitschrijven van de oorspronkelijke opdracht (5 maart 2021) en de beslissing tot niet-plaatsing (7 april 2022).

De bestuurlijke overheid is volgens een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur verplicht om binnen een redelijke termijn te beslissen. De redelijkheid van de termijn moet niet *in abstracto*, maar wel *in concreto* worden beoordeeld, dit wil zeggen rekening houdend met de specifieke gegevens van de zaak. Wat een redelijke termijn is, moet *in concreto* worden beoordeeld, in functie van de aard en de complexiteit van de zaak en de houding van de in het geding betrokken partijen. Als een redelijke termijn moet dan ook worden beschouwd de tijd die normaal nodig is om een zaak, rekening houdend met de specifieke gegevens ervan, haar beslag te geven.

In de mate dat de verzoekende partij in haar grief verwijst naar het tijdsverloop tussen de aankondiging van de opdracht en het nemen van de gunningsbeslissing valt op te merken dat wanneer een aanbestedende overheid een gunningsbeslissing heeft genomen binnen de verbintenistermijn van de offertes haar niet kan worden verweten dat zij het beginsel van de redelijke termijn heeft geschonden. De inschrijver weet immers krachtens artikel 58 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ dat hij verbonden blijft door zijn offerte gedurende negentig dagen te rekenen vanaf de uiterste datum voor ontvangst van de offertes, dat de opdrachtdocumenten een afwijkende termijn kunnen voorschrijven en dat de aanbestedende overheid aan de inschrijvers een vrijwillige verlenging van de verbintenistermijn kan vragen. Uit de stukken waarop de Raad van State acht mag slaan, blijkt dat de

verbintenistermijn te dezen vrijwillig werd verlengd tot en met 30 september 2021. De aanbestedende overheid kon deze termijn dan ook ten volle benutten. Gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, waarbij een gunningsbeslissing is genomen, die nadien werd ingetrokken en waarna beslist werd om de opdracht niet te plaatsen, toont het enkele feit dat de aanbestedende overheid na de gunningsbeslissing en het verstrijken van de verbintenistermijn sneller een beslissing inzake niet-plaatsing had kunnen nemen geen schending van de redelijketermijneis aan. Voorts vindt de blote bewering van de verzoekende partij dat de verwerende partij “zodanig lang gewacht heeft om zelf een situatie te creëren waarbij zogenaamd een andere opportuniteit zich aandiende” geen steun in het administratief dossier.

Het middel is derhalve in die mate ongegrond.

22. In zoverre de verzoekende partij tot slot nog betoogt dat de opdracht was gegund aan de verzoekende partij, dat zij er aldus mocht erop vertrouwen dat zij deze mocht uitvoeren en zij mocht verwachten dat de tijd en moeite die zij had geïnvesteerd ook zou renderen, kan zij evenmin worden bijgevallen.

Hoewel de verzoekende partij in haar verzoekschrift geen uitdrukkelijke melding maakt van het vertrouwensbeginsel bij de geschonden geachte bepalingen en beginselen, blijkt dat zij de schending van dit beginsel beoogt. Te dezen maakt zij evenwel niet aannemelijk dat er sprake is van een bestuursgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot een rechtmatige verwachting. Hoewel de opdracht oorspronkelijk was gegund aan de verzoekende partij, had zij als een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden moeten weten dat de gewekte verwachtingen eventueel niet zouden kunnen worden gehonoreerd nu te dezen niet blijkt dat de overeenkomst reeds werd gesloten en de verwerende partij de verzoekende partij reeds zeven dagen na de kennisgeving van de gunningsbeslissing ervan in kennis heeft gesteld dat de gunningsbeslissing zou worden ingetrokken.

Dat de verzoekende partij tijd en energie heeft moeten investeren in het indienen van haar offerte, lijkt voorts het risico uit te maken van elke gegadigde bij een overheidsopdracht, onder voorbehoud van het verkrijgen van een biedvergoeding als bedoeld in artikel 12/9 van de wet van 17 juni 2016.

23. Het enige middel is ongegrond.

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 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op vierentwintig oktober tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,

bijgestaan door

Joris Casneuf,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Joris Casneuf	**Geert Debersaques**