

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

**XIVe KAMER
A R R E S T**

**nr. 263.697 van 23 juni 2025
in de zaak A. 232.817/XIV-38.583**

In zake : de GEMEENTE HILVARENBEEK,
gemeente in Nederland,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Greg Jacobs
kantoor houdend te 1210 Brussel
Kunstlaan 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Saul Janssens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 februari 2021, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 1 december 2020 van de Vlaamse minister bevoegd voor Economie waarbij het beroep van de gemeente Hilvarenbeek van 17 maart 2020 tegen de beslissing van 5 februari 2020 van de Managementautoriteit Interreg Vlaanderen-Nederland gedeeltelijk ongegrond wordt verklaard.

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.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux 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 12 februari 2025.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Greg Jacobs, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Saul Janssens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een met dit arrest andersluidend 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 en regelgevend kader

3.1. Huidig geschil kadert binnen de steun die de Europese Unie verleent met het oog op het verminderen van de bestaande onevenwichtigheden in de onderscheiden regio's, in uitvoering van, onder meer, Verordening nr. 1303/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 houdende gemeenschappelijke bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds, het Cohesiefonds, het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling en het Europees Fonds voor maritieme zaken en visserij en algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds, het Cohesiefonds

en het Europees Fonds voor maritieme zaken en visserij, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad.

Het Comité van Toezicht van het Samenwerkingsprogramma Interreg Vlaanderen – Nederland keurt, met toepassing van artikel 72 van de voornoemde Verordening, op 24 juni 2020 het ‘Programmareglement voor de uitvoering van het samenwerkingsprogramma Interreg Vlaanderen – Nederland, periode 2014-2020’ goed. In dit Programmareglement worden de procedures bepaald voor indiening, uitvoering en afsluiting van projecten teneinde in aanmerking te komen voor steun in het kader van het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling (hierna: het EFRO), alsook de ontvankelijkheids-, technische en inhoudelijke criteria en het subsidiabiliteitskader.

3.2. Luidens hoofdstuk 2 ‘Procedures voor indiening, uitvoering en afsluiting van projecten’, van dit Programmareglement keurt het Comité van Toezicht een project goed (artikel 2.1, punt E). De Managementautoriteit formaliseert deze goedkeuring door het opleveren aan de projectverantwoordelijke van een besluit waarin de eventuele goedkeuringsvoorwaarden worden vermeld (artikel 2.1, punt F).

In het kader van de rapportageverplichtingen bij de uitvoering van het project, dient de projectverantwoordelijke de projectuitgaven binnen de zes maanden na de betaaldatum te declareren (artikel 2.2, punt C).

Vervolgens gaat de Managementautoriteit na of deze uitgaven voldoen aan de subsidiabiliteitsregels die zijn opgenomen in het Programmareglement (artikel 2.2, punt D).

De beroeps- en klachtenprocedures “tegen de beslissingen die in het kader van het programma worden genomen door de managementautoriteit of het Comité van Toezicht” worden beschreven in artikel 2.4. ‘Specifieke procedures’, punt C. ‘Beroeps- en klachtenprocedures’ van het

Programmareglement. Een belanghebbende kan beroep aantekenen tegen de beslissingen die in het kader van het programma worden genomen door de Managementautoriteit. Hij dient eerst een ‘willig en oneigenlijk beroep’ in te leiden bij de Managementautoriteit, waarna hij na mededeling van het besluit over het willig beroep, de mogelijkheid heeft om beroep aan te tekenen door een ‘hiërarchisch beroep’ in te leiden bij de Vlaamse minister bevoegd voor Economie. Ten slotte kan de belanghebbende een ‘eindberoep’ inleiden bij de Raad van State.

Hoofdstuk 4 ‘Subsidiariteitskader’ bevat algemene bepalingen en een toelichting op de diverse kostenrubrieken en de benodigde bewijsstukken bij het declareren van de gemaakte kosten in de financiële rapportering. In artikel 4.5 ‘Publieke organisaties en andere organisaties’ wordt gewezen op de wetgeving inzake overheidsopdrachten of de aanbestedingswet als volgt:

“Omschrijving:

De projectpartners die [...] een publieke organisatie zijn, moeten de wet op de overheidsopdrachten (BE) / aanbestedingswet (NL) (of een overeenkomstige nationale wet in het geval van andere lidstaten) naleven [...].

Alle relevante aanbestedingsstukken moeten bezorgd worden. De EFRO-steun kan niet volledig worden uitbetaald als niet aangetoond is dat de aanbesteding conform de wetgeving is gebeurd (cfr. Beslissing van de Commissie nr. C (2013) 9527).

Bewijslast:

- Publicatie van de aankondiging of uitnodiging tot indiening van offertes (indien geen publicatie vereist)
- Bestek
- Gunningsverslag

Er mag gewerkt worden met een (bestaand) raamcontract op voorwaarde dat het raamcontract geldig is ten tijde van de dienst, levering of werk en dat aangetoond is dat het raamcontract conform de aanbestedingsregels tot stand is gekomen.

Dit is de minimale bewijslast die dient toegevoegd te worden bij de declaratie van de betreffende uitgave. Het volledige dossier van de aanbesteding dient beschikbaar te zijn voor controle.”

3.3. Het Autonoom Provinciebedrijf Provinciaal Secretariaat Europese Structuurfondsen, dat namens de provincieraad van Antwerpen optreedt als Managementautoriteit voor het Samenwerkingsprogramma Interreg

Vlaanderen-Nederland, keurt op 11 maart 2016 de projectaanvraag *‘Demonstration of Energy efficiency by Measurement and Innovation gives MORE’* (hierna: ‘Demi More’) goed, gericht op de energie-efficiënte renovatie van onroerend (historisch) erfgoed.

De verzoekende partij treedt op als projectpartner in het project ‘Demi More’, waarvan een onderdeel de ombouwing betreft van een voormalige kerk te Esbeek tot een energie-efficiënte school (de ‘Samenwijs-accomodatie’ of SWA). Zij heeft in dat kader een aantal uitgaven gedeclareerd, onder meer voor de uitvoering van een elektrotechnische installatie (E-installatie) en van een werktuigbouwkundige installatie (W-installatie).

3.4. Tijdens een eerstelijnscontrole op 16 mei 2018 en op 15 oktober 2018 worden enkele uitgaven door de Managementautoriteit verworpen, omdat de opdracht voor de werken werd gegund via een enkelvoudige onderhandse procedure aan respectievelijk de bv H. en bv D., terwijl minstens een meervoudige onderhandse procedure had moeten worden gevolgd.

In de navolgende controles, uitgevoerd tussen 13 februari 2019 en 31 oktober 2019, wordt gesteld: “Gezien de waarde van deze opdracht, had de aanbestedende overheid meerdere leveranciers moeten de kans geven om de opdracht uit te voeren en dit is niet gebeurd. Dat de firma intensief betrokken was in het voorbereidende traject of dat de gemeente goede ervaring had met deze leverancier bij de bouw van de basisschool, is geen wettelijke grond om niet een meervoudig onderhandse procedure te volgen om de opdracht in de markt te zetten”, alsook “De onderbouwing waarom afgeweken is van de verplichtingen tot mededinging vanuit de aanbestedingswet wordt niet aanvaard”.

Op 8 augustus 2019 heeft het Managementautoriteit haar beoordeling nogmaals samengevat en per e-mail bezorgd aan zowel de projectverantwoordelijke als de partner. De Managementautoriteit weigert aldus de gedeclareerde kosten als subsidiabel, onder meer als volgt:

“- De nota [houdende aanbesteding van het werk] stelt dat het aanbesteden van het werk ten aanzien van de E- en W- installatie besproken is op het college op 14 november 2017. De nota bevestigt dat het gebruik van de uitzonderingsgrond van paragraaf 4.6. [van het Inkoop- en Aanbestedingsbeleid 2014] op dat moment niet expliciet is ingeroepen (nochtans een essentiële vereiste om van die grond gebruik te kunnen maken). Het collegebesluit van 14 november 2017 ontbreekt bovendien in de stukken die zijn opgeladen in het e-loket, waardoor bovenstaande niet kan geverifieerd worden.

- We kunnen aanvaarden dat de gemeente Hilvarenbeek haar eigen aanbestedingsbeleid heeft, dat haar ook een mogelijkheid biedt om daar gemotiveerd van af te wijken (in casu een een-op-een gunning in plaats van meervoudig onderhands). Het spreekt wel vanzelf dat in zo'n geval mag verwacht worden dat de gemeente haar eigen regelgeving naleeft, wat hier niet is gebeurd.

- Het feit dat er een collegebesluit is gekomen op 26 maart 2019 om dit retroactief recht te zetten, doet geen afbreuk aan de eerste bevinding.

Op basis van het huidige dossier kan de primaire conclusie van de nota dus niet bijgetreden worden. Ten aanzien van de secundaire conclusie stelt GS vast dat de afwijking van het aanbestedingsbeleid niet toetsbaar was (en is, gezien dit collegebesluit ontbreekt in de bijlagen), noch is de motivatie om daartoe te beslissen afdoende toetsbaar. Dit maakt de opdracht niet aanvaardbaar.

De huidige conclusie van GS en FLC is dat er geen procedure tot aanbesteden is gevoerd (of het nu gaat om de geijkte procedure of de beslissing tot afwijking gebaseerd op paragraaf 4.6). De mededinging heeft dus niet kunnen spelen, wat nochtans een fundamenteel principe is binnen zowel het Europese mededingingsrecht als binnen het Nederlandse aanbestedingsrecht”.

3.5. De verzoekende partij dient op 6 december 2019 tegen deze beslissing van 8 augustus 2019 een willig beroep in bij de Managementautoriteit, overeenkomstig artikel 2.4 van het voornoemd Programmareglement.

Daarin zet zij de argumenten uiteen waarom zij van oordeel was dat de keuze, met toepassing van § 4.6 van het Inkoop- en Aanbestedingsbeleid 2014', voor de één op één gunning van de opdrachten gerechtvaardigd was, als volgt:

- “a. Zoals hiervoor reeds is aangegeven is door het projectteam aan [H. en B.] opdracht verstrekt tot het opstellen van een innovatief ontwerp voor de E- en W-installaties.
Opdrachtnemers maakten deel uit van het bouwteam dat mede de opdracht heeft ingevuld.
Zoals hiervoor reeds is aangegeven zijn vertegenwoordigers van [H. en B.] naar aanleiding van de opdracht van de [Coöperatie E.] tot het maken van het ontwerp van respectievelijk de E- en W-installatie toegevoegd aan het projectteam. Daardoor is een bouwteam ontstaan, welk bouwteam erin voorzag dat, gezamenlijk, het ontwerp gemaakt zou worden en vervolgens, wederom gezamenlijk, de uitvoering ter hand genomen zou worden.
- b. De [Coöperatie E.] had reeds eerder opdracht verstrekt aan [H.] voor het E-installatiewerk en [B.] voor het W-installatiewerk.
De opdrachtbevestiging voor het ontwerpen van de E- en W-installatie is door de [Coöperatie E.] reeds naar aanleiding van de offertes van respectievelijk 22 en 23 december 2016 verstrekt via de architect [...].
- c. Er zou sprake zijn van een aanzienlijke kostenverhoging indien de opdracht welke door de [Coöperatie E.] gegeven was, geen vervolg zou krijgen. Niet alleen zou het niet continueren van de samenwerking met [H. en B.] leiden tot een verhoging van de kosten. Immers in dat geval zouden de ontwerpkosten in rekening gebracht worden door de beide installatiebedrijven. Daarnaast heeft te gelden dat, nu de beide installatiebedrijven onderdeel uitmaakten van het bouwteam, daarmee zodanige verwachtingen gewekt waren, althans de precontractuele gebondenheid van het projectteam, waarvan de gemeente onderdeel uitmaakt, ten opzichte van de beide installatiebureaus zodanig was, dat de opdrachten niet aan andere installatiebedrijven gegund hadden kunnen worden. In dat geval zou er immers sprake (kunnen) zijn van een onrechtmatig afbreken van de precontractuele fase in de zin van de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt [...]”.

Daarnaast zet de verzoekende partij uiteen waarom de op 29 maart 2019 schriftelijke vastlegging van het besluit van 14 november 2017 van het college van burgemeester en wethouders in overeenstemming is met de Gemeentewet en artikel 1.4, lid 3, van de Aanbestedingswet 2012.

3.6. De Managementautoriteit verwerpt dit willig beroep op 5 februari 2020. Het willig beroep wordt onontvankelijk verklaard wegens laattijdig. Niettemin wordt het belang van de gemeente Hilvarenbeek wel aanvaard en worden de bezwaren ten gronde onderzocht en verworpen, als volgt:

“2. Ten gronde

[...]

III. Beoordeling van de Managementautoriteit

De Managementautoriteit stelt vast dat de gemeente Hilvarenbeek een eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid heeft (dd 2014). Daarin staan onder meer volgende overwegingen [...].

a. Wat betreft de motivatie om enkelvoudig onderhands te gunnen

De gemeente Hilvarenbeek haalde een aantal redenen aan om toch enkelvoudig onderhands te gunnen, hoewel conform het Nederlandse aanbestedingsrecht hier een meervoudig onderhandse procedure aangewezen was.

In eerste instantie is door het projectteam (de [Coöperatie E.]) een opdracht verstrekt aan beide leveranciers voor het opstellen van een innovatief ontwerp voor de E- en W-installaties. De gemeente haalt aan dat de twee leveranciers daardoor deel zijn gaan uitmaken van het bouwteam dat mee verantwoordelijk was voor het opmaken van een ontwerp en daarna ook mee zou instaan voor de uitvoering.

De Managementautoriteit wijst erop dat het ontwerp een andere, losstaande opdracht is, en niet samen kan worden gezien met de uitvoering van de werken. Uit de stukken blijkt dat het de gemeente Hilvarenbeek was die de opdracht tot uitvoering van de werken heeft uitgezet. In geen geval kan dus worden geconcludeerd dat de opdracht tot ontwerp ook de opdracht tot uitvoering omvatte.

In tweede instantie wijst de gemeente Hilvarenbeek erop dat de [Coöperatie E.] reeds eerder een opdracht had verstrekt aan beide leveranciers, voor het ontwerpen van de installaties. Dat de gemeente Hilvarenbeek dan wel de [Coöperatie E.] eerdere (goede) ervaringen hadden met beide leveranciers voor het ontwerp, biedt geen rechtvaardiging om de aanbestedingswet niet te volgen.

Tot slot stelt de gemeente Hilvarenbeek dat er sprake zou zijn geweest van een aanzienlijke kostenverhoging indien de opdracht tot uitvoering met door de beide leveranciers zou worden opgenomen indien zij de uitvoering niet mochten voor hun rekening nemen, zouden zij de ontwerpkosten in rekening brengen van de ontwerpopdracht. Daarenboven beargumenteert de gemeente dat, nu beide leveranciers deel uitmaakten van het bouwteam, er bepaalde verwachtingen gewekt waren. De gemeente haalt aan dat er potentieel sprake was van het onrechtmatig afbreken van de precontractuele fase.

De Managementautoriteit wijst erop dat het behouden/behalen van een commercieel voordeel (in casu geen kosten voor de ontwerpfase) opnieuw geen rechtvaardiging biedt om af te wijken van de geijkte aanbestedingsprocedures, namelijk een meervoudig onderhandse procedure. Een dergelijke constructie zou enkel te rechtvaardigen zijn binnen een opdracht met meerdere percelen, waarbij de aanbidders een korting kunnen aanbieden indien zij meerdere percelen gegund krijgen. Dat is in deze casus niet het geval.

De Managementautoriteit wijst erop dat de leveranciers, deel uitmakend van het bouwteam, zelf de verwachting mee hebben kunnen wekken dat de

opdrachten voor uitvoeren aan hen moesten gegund worden. Dit staat haaks op alle principes van het aanbestedingsrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In ieder geval kan niet worden aangetoond door de gemeente dat er afdwingbare precontractuele afspraken waren jegens de twee leveranciers. Het was aan de gemeente om als openbaar bestuur te gunnen. Zich bewust zijnde van de samenstelling van het bouwteam en de eerdere handelingen van en mogelijk gecreëerde verwachtingen van de [Coöperatie E.], had zij in het bijzonder aandacht moeten hebben voor haar positie als openbaar bestuur in de gunning van de uitvoering van de opdrachten. Zij had, gelet op die elementen, vanuit behoorlijkbestuur net uitvoeriger moeten aanbesteden.

b Wat betreft de beslissing tot afwijking van het eigen inkoopreglement In haar argumentatie verwijst de gemeente Hilvarenbeek naar artikel 4.6 van het inkoop- en aanbestedingsbeleid.

4.6 Afwijkingsbevoegdheid

De vakafdeling interpreteert het beleid en het handboek tijdens het gehele inkoopproces.

Indien men wil afwijken van het beleid wordt dit ter besluitvorming voorgelegd aan het college [...]

Het eigen inkoopbeleid is helder: indien men wil opteren voor een afwijking van de aanbestedingsregels (wat in casu gebeurd is), dan dient dit ter besluitvorming te worden voorgelegd aan het college. Hoewel het sluiten van de overeenkomst met de aannemers inderdaad kan aanzien worden als een privaatrechtelijke handeling, geldt dit niet zonder meer voor de handeling waarbij het college wenst af te wijken van het inkoopbeleid *van de gemeente Hilvarenbeek*.

De gemeente Hilvarenbeek geeft zelf aan dat zij de voorgeschreven besluitvorming niet heeft nageleefd en dat hierover geen schriftelijke besluitvorming is geweest. De stelling dat het college dit wel (mondeling) zou hebben beslist op de zitting van 14 november 2017 kan niet gecontroleerd worden, nu daar geen schriftelijke weerslag van is. Bijgevolg dient de Managementautoriteit te concluderen dat er geen (geldig) besluit werd genomen om van het eigen inkoopbeleid af te wijken.

De gemeente Hilvarenbeek stelt dat deze beslissing wél (mondeling) werd genomen en dat deze uiteindelijk op 25 maart 2019 op schrift werd gesteld. Dit is ruim anderhalf jaar na de één-op-één gunning.

Het klopt dat het Nederlandse bestuursrecht aanvaardt dat in uitzonderlijke situaties een schriftelijke bevestiging van een mondelinge beslissing als besluit kan worden aanzien. Echter, het gaat daarbij in de regel om situaties waarin zo acuut een beslissing moet worden genomen en dat niet kon gewacht worden op een schriftelijke beslissing. In zo'n geval is de achteraf op schrift gestelde beslissing dan het besluit [...]. De Managementautoriteit concludeert dat dit hier niet het geval was en dat nergens uit het dossier blijkt dat hier sprake is van een urgente situatie, waarin een schriftelijke vastlegging niet kon worden afgewacht. De Managementautoriteit wijst erop dat voor die urgente situaties in het bijzonder een clausule is voorzien onder 4.6 van het inkoopreglement. Daarbij worden als voorbeelden aangehaald:

brand, vaccinaties, etc. De onderhavige casus kan niet als een dergelijke dringende beslissing worden aanzien, gelet op het lange voorbereidingstraject en de reeds lang bestaande verwachting om de opdrachten voor uitvoering te gunnen.

De Managementautoriteit besluit hieruit dat geen sprake is van een (rechtsgeldig) besluit en dat de gemeente Hilvarenbeek zich hierdoor niet kan beroepen op de afwijkingsmogelijkheid in haar inkoopreglement om de gunningsprocedure enkelvoudig onderhands te voeren.

Bovendien aanvaardt de Managementautoriteit niet dat een dergelijke afwijking, indien die al rechtsgeldig was (quod non), kon resulteren in het voeren van een enkelvoudig onderhandse procedure. Immers, bij afwijking van het eigen inkoopreglement, is de hogere regelgeving nog steeds van toepassing. In het bijzonder stelt het eigen aankoopbeleid dat 'Uitzonderingen op (Europese) wet- en regelgeving door de gemeente restrictief zullen worden uitgelegd en toegepast om te voorkomen dat het toepassingsbereik van deze wet- en regelgeving wordt uitgehouden'. Met een afwijking op haar eigen reglement kan de gemeente Hilvarenbeek niet beargumenteren dat zij de hogere aanbestedingsregeling opzij kan schuiven. De aanbestedingswet schrijft in de voorliggende casus nog steeds een meervoudig onderhandse procedure voor. Eerder concludeerde de Managementautoriteit dat de redenen tot om naar enkelvoudige procedure te gaan, niet afdoende waren.

3 Conclusie

De Managementautoriteit heeft naar aanleiding van het willig beroep van gemeente Hilvarenbeek haar beslissing opnieuw geëvalueerd.

De Managementautoriteit concludeert dat het beroep te laat werd ingediend. De Managementautoriteit concludeert wat betreft de inhoud van het dossier dat:

- de motivatie om slechts enkelvoudig onderhands te gunnen, niet overtuigt;
- de veronderstelde beslissing van het college om af te wijken van haar inkoopbeleid, om de gunning een-op-een te voeren, niet rechtsgeldig werd genomen; en
- de rechtvaardiging ten aanzien van een latere opschriftstelling van de veronderstelde beslissing om af te wijken, niet overtuigt.

Hieruit volgt dat het aanbestedingsrecht niet werd nageleefd en dat de kosten van deze opdrachten bijgevolg niet subsidiabel zijn.

De Managementautoriteit verklaart het beroep onontvankelijk en ongegrond."

3.7. De verzoekende partij dient op 17 maart 2020 een hiërarchisch beroep in bij de Vlaamse minister bevoegd voor Economie, tegen de beslissing van 5 februari 2020 van de Managementautoriteit.

Naast de argumenten die reeds waren opgenomen in het willig beroep van 6 december 2019 bij de Managementautoriteit, voert de verzoekende partij nog het volgende aan:

“De Algemene wet bestuursrecht, noch de Gemeentewet schrijven voor dat het nemen van een mondeling besluit niet mogelijk zou zijn, althans beperkt zou zijn tot de acute situaties.

Vanwege de transitie van de Gemeente Hilvarenbeek als onderdeel van het projectteam naar toekomstig eigenaar is op 14 november 2017 verzuimd om het besluit tot afwijking van het ‘Inkoop- en aanbestedingsbeleid 2014’ schriftelijk vast te leggen. Dit betekent niet dat dat besluit niet genomen is en dat de latere schriftelijke vastlegging van dat besluit niet rechtsgeldig zou zijn.

De verwijzing van de Managementautoriteit naar de wet- en regelgeving, die door de Gemeente Hilvarenbeek restrictief dient te worden uitgelegd en toegepast dient te worden om te voorkomen dat het toepassingsbereik van wet- en regelgeving wordt uitgehold, staat de keuze voor de enkelvoudige onderhandse gunning van het werk niet in de weg.

Immers, zoals hiervoor reeds is aangegeven, berust de keuze voor een aanbestedingsprocedure die onderdrempelig is in de zin van de Europese Richtlijn, op basis van een gedragsvoorschrift als vastgelegd in de gids Proportionaliteit, welke niet heeft te gelden als een wet in materie, laat staan een wet in formele zin.

Met het inroepen van de afwijkingsmogelijkheid als verwoord in het ‘Inkoop- en aanbestedingsbeleid 2014’ handelde de Gemeente Hilvarenbeek overeenkomstig wet- en regelgeving op het terrein van het (Europese) aanbestedingsrecht.”

3.8. De Vlaamse minister bevoegd voor Economie, agentschap Ondernemen en Innoveren, verwerpt dit beroep bij beslissing van 1 december 2020, als volgt:

“Het beroep werd aan een grondig onderzoek onderworpen door mijn administratie (Agentschap Innoveren en Ondernemen). Mijn administratie won hierbij, via de Audit Autoriteit voor het betroffen Interreg programma onder meer ook een tweede opinie in bij de Nederlandse Audit Dienst Rijk wat specifieke aspecten van het Nederlands aanbestedingsrecht betreft.

Op basis van het onderzoek door mijn administratie besluit ik dat het hiërarchisch beroep door de gemeente Hilvarenbeek ontvankelijk is.

[...]

Ten tweede kan ik besluiten ik dat het hiërarchisch beroep door de gemeente Hilvarenbeek minstens gedeeltelijk gegrond is in de mate dat het gericht is

tegen de beslissing van de Managementautoriteit om het willig/oneigenlijk beroep onontvankelijk te verklaren wegens laattijdigheid. [...]

Ten derde – en wat de beoordeling ten gronde betreft van het subsidiabel karakter van de ter discussie of heroverweging gestelde kosten – besluit ik na heroverweging door mijn administratie en dit onder meer ook na bijkomende screening via de Audit Autoriteit van het programma, dat ik uw verzoekschrift geen nieuwe of verdere elementen zie die een andersluidend oordeel ten gronde rechtvaardigen dan dat van de Managementautoriteit. Ik volg de Managementautoriteit dus in haar oordeel dat de gemeente Hilvarenbeek het aanbestedingsrecht niet (correct) heeft nageleefd en dat de in het kader van onderhavig project gedeclareerde kosten niet subsidiabel zijn.”

Dit is de bestreden beslissing.

Met een e-mailbericht van 3 februari 2021 wordt aan de verzoekende partij, ingevolge haar verzoek tot openbaarmaking, het advies van de Nederlandse Audit Dienst Rijk meegedeeld.

IV. Onderzoek van het eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert in het bijzonder de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991).

“Doordat de bestreden beslissing zich beperkt tot enkele zinnen en enkele algemene standaardformuleringen die er op neer komen dat de verwerende partij zich aansluit bij het eerdere door de Managementautoriteit ingenomen standpunt,

En doordat in de bestreden beslissing geen enkel antwoord te vinden valt omtrent de door verzoekende partijen ontwikkelde argumenten ter staving van haar beroep; dat in de bestreden beslissing evenmin valt te lezen waarom er geen rekening wordt gehouden met deze argumenten of waarom deze geen antwoord behoeven,

En doordat wordt verwezen in algemene bewoordingen naar een tweede opinie van de Nederlandse Audit Dienst Rijk, doch daarbij niet wordt aangegeven welke standpunten in de tweede opinie worden vertolkt, noch

welke motieven daarin worden aangehaald; dat verder in de bestreden beslissing wordt verwezen naar een bijkomende screening via de Audit Autoriteit, doch dat ook wat betreft deze screening wordt nagelaten de inhoud daarvan, de beoordeling, de motivering, laat staan de conclusie ervan, weer te geven;

Terwijl een draagkrachtige en afdoende motivering veronderstelt dat uit de bestreden beslissing zelf valt te achterhalen waarom de ingeroepen argumenten niet worden weerhouden of waarom daarmee geen rekening wordt gehouden; dat het daarbij niet opgaat enkel te verwijzen naar adviezen of opinies, te meer indien de inhoud daarvan niet valt te achterhalen en/of niet gekend is door verzoekende partij;

En terwijl uit de bestreden beslissing impliciet of expliciet dient te blijken dat de argumentatie van de betrokkene in de besluitvorming werd betrokken en hieruit minstens impliciet moet kunnen worden afgeleid waarom deze argumenten in het algemeen niet werden aanvaard;

Zodat de bestreden beslissing, door enerzijds geen uitdrukkelijke, expliciete en duidelijke motieven en argumenten aan te halen die kunnen verantwoorden waarom er geen rekening wordt gehouden met de door verzoekende partij ontwikkelde argumentatie in het kader van het administratief beroep en door anderzijds enkel te verwijzen naar een aantal adviezen, zij het naar een bijkomende screening en/of een tweede opinie, zonder de inhoud daarvan weer te geven, hetzij nalaat daaruit te citeren of minstens de conclusies daarvan aan te halen in de bestreden beslissing, de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen kennelijk schendt.”

De verzoekende partij licht toe dat zij in het beroepschrift van 17 maart 2020 bij de Vlaamse minister bevoegd voor economie duidelijke kritiek heeft geformuleerd op de beslissing van de Managementautoriteit van 5 februari 2020, waarbij zij in vergelijking met het daaraan voorafgaande willig beroep, nieuwe en bijkomende argumenten heeft ontwikkeld. Zij duidt deze aan (zie *supra*, punt 3.7). Zo heeft zij met betrekking tot de mogelijkheid om van haar eigen ‘Inkoop- en aanbestedingsbeleid 2014’ af te wijken, gesteld dat de specifieke omstandigheden in deze zaak een afwijking van de aanbestedingsregels (kunnen) verantwoorden. In de bestreden beslissing is geen enkel concreet en expliciet motief te vinden waaruit kan worden afgeleid waarom deze bijkomende argumentatie niet kan worden aangenomen.

5. De verwerende partij betwist in de memorie van antwoord vooreerst het belang van de verzoekende partij bij het aanvoeren van de schending

van de formelemotiveringsplicht. Zij stelt vast dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift geen kritiek uit op het eerste (onderscheiden) motief dat de Nederlandse aanbestedingsreglementering niet werd nageleefd, dat op zichzelf volstaat om de bestreden beslissing te schragen, doch uitsluitend op het tweede motief dat het eigen inkoopbeleid niet correct werd nageleefd. De verzoekende partij bekritiseert aldus louter een overtollig motief.

Ten gronde stelt de verwerende partij dat het beroepschrift van de verzoekende partij geen nieuwe elementen bevat, zodat de Vlaamse minister kon volstaan met een verwijzing naar de beslissing van de Managementautoriteit. De verzoekende partij beperkt zich in haar beroepschrift in wezen tot een herneming, c.q. parafrasering van de bezwaren zoals uiteengezet in het bezwaarschrift gericht aan de Managementautoriteit in het kader van het willig beroep, namelijk dat de door de gemeente Hilvarenbeek ingeroepen mogelijkheid om af te wijken van het eigen inkoopbeleid rechtsgeldig zou zijn. De verwerende partij kon dan ook volstaan met de vaststelling dat zij in “het verzoekschrift van de gemeente Hilvarenbeek geen nieuwe of verdere elementen zie[t] die een andersluidend oordeel ten gronde rechtvaardigen dan dat van de Managementautoriteit” en dat zij “de Managementautoriteit dus in haar oordeel [volgt] dat de gemeente Hilvarenbeek het aanbestedingsrecht niet (correct) heeft nageleefd en dat de in het kader van onderhavig project gedeclareerde kosten niet subsidiabel zijn”. Dit volstaat volgens de verwerende partij reeds om het eerste middel af te wijzen als niet gegrond.

De verwerende partij vervolgt dat de bestreden beslissing hoe dan ook afdoende is gemotiveerd, gelet op de draagwijdte van de formelemotiveringsplicht in het kader van een beroepsprocedure, waarbij de beroepsinstantie niet alle argumenten die de beroepsindiener in de loop van de beroepsprocedure aanvoert stuk voor stuk dient te weerleggen, c.q. te behandelen, noch een “eigen motivatie” dient te geven. Het volstaat inderdaad dat de motieven van de beslissing blijken uit het geheel van de beroepsprocedure zodat de beroepsindiener inzicht heeft verkregen in de motieven die aan de beslissing ten

grondslag liggen. Evenmin vereist de formelemotiveringsplicht dat de bestreden beslissing een repliek dient te bevatten op alle opmerkingen en bedenkingen die een verzoekende partij heeft laten gelden, doch het volstaat dat (enkel) wordt ingegaan op argumenten die dermate wezenlijk zijn dat zij de motieven waarop de beslissing steunt, ontkrachten of minstens in een ander perspectief plaatsen.

Toegepast *in casu* wijst de verwerende partij er op dat zowel doorheen de eerstelijnscontrole als doorheen het georganiseerd administratief beroep zeer uitgebreid werd gemotiveerd, c.q. verduidelijkt waarom de door de gemeente Hilvarenbeek gedeclareerde kosten niet in aanmerking kunnen worden genomen, zodat zij niet ernstig kan beweren dat de bestreden beslissing de formelemotiveringsplicht zou hebben geschonden aangezien zij wel degelijk kennis heeft gekregen van de motieven die aan deze beslissing ten grondslag liggen. Uit het geheel van de doorlopen beroepsprocedure blijkt inderdaad waarom de gedeclareerde kosten niet subsidiabel zijn en waarom de door de verzoekende partij aangehaalde motieven niet van aard zijn een andersluidend oordeel te rechtvaardigen. Zij vat dit samen als volgt:

- “- Ten eerste wordt hierin gemotiveerd dat [de verzoekende partij] gelet op de waarde van de opdrachten (resp. 405.000 euro en 317.000 euro), overeenkomstig de Nederlandse aanbestedingsreglementering had moeten gunnen via een meervoudige onderhandse procedure i.p.v. via een enkelvoudige onderhandse procedure.
- Ten tweede wordt hierin - ten overvloede - aangegeven dat nog los van het gegeven dat de (hogere) nationale (overheidsopdrachten)reglementering niet werd gerespecteerd, er bovendien ook geen afdoende rechtvaardiging voorligt om te kiezen voor een enkelvoudige onderhandse gunningsprocedure. Zo wordt in dit verband o.m. aangegeven dat de betrokkenheid van [de bv H. en de bv B.] – als leden van het projectteam, c.q. bouwteam – geen rechtvaardiging vormt voor zulke afwijking[, omdat] (i) de opdracht voor het uitvoeren van deze installaties vormt een van het ontwerp van deze installaties afzonderlijke opdracht, (ii) het behouden/behalen van een commercieel voordeel biedt geen rechtvaardiging voor de niet-naleving van de aanbestedingswetgeving [...] en (iii) [de verzoekende partij] had, zich bewust zijnde van de samenstelling van het bouwteam en de eerdere door de [Coöperatie E.] verleende ontwerpopdracht en gelet op haar hoedanigheid als openbaar bestuur, bijkomende

voorzichtigheid aan de dag moeten leggen en had derhalve tot een meer uitvoerige aanbesteding moeten besluiten [...].

- Tot slot wordt gemotiveerd waarom er geen geldige beslissing voorligt om af te wijken van het eigen inkoopbeleid van [de verzoekende partij]. In dit verband wordt o.m. aangegeven dat overeenkomstig artikel 4.6 van het eigen inkoopreglement (enkel) in urgente situaties een schriftelijke vastlegging van een afwijkingsbeslissing niet dient te worden afgewacht. [...] Van belang is dat hierbij wordt geëxpliciteerd dat zelfs indien er al een rechtsgeldige afwijkingsbeslissing zou voorliggen (*quod non*), dit hoe dan ook niet zou kunnen resulteren in het voeren van een enkelvoudige onderhandse procedure nu er door de hogere (aanbestedingsreglementering) diende te worden geopteerd voor een meervoudige onderhandse aanbestedingsprocedure. Een afwijking van het eigen (intern) inkoopreglement kan een afwijking van deze (nationale) reglementering met andere woorden niet verantwoorden.”

De verzoekende partij had wel degelijk zeer duidelijk kennis van de onderscheiden (wezenlijke) motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen op het moment van neerlegging van het verzoekschrift tot nietigverklaring, en werd zodoende in kennis gesteld van de beweegredenen die aan de beslissing omtrent de door haar gedeclareerde uitgaven ten grondslag liggen. Bovendien werd hierbij verder gegaan dan strikt genomen noodzakelijk is, aangezien de formelemotiveringsplicht in het kader van een beroepsprocedure immers geenszins een bespreking van alle argumenten vereist, doch enkel dat wordt ingegaan op de wezenlijke motieven die aan de betrokken beslissing ten grondslag liggen. Door te dezen niet alleen te motiveren dat (waarom) er te dezen een schending van de nationale aanbestedingsreglementering voorligt (het eerste onderscheiden motief), maar ten overvloede ook in te gaan op het (overtollig) motief dat er bovendien geen rechtsgeldige afwijking van het intern aankoopbeleid voorligt, is verder dan wettelijk noodzakelijk inzicht verschaft in de motieven die ten grondslag liggen van de bestreden beslissing.

De verzoekende partij kan evenmin worden bijgetreden waar zij een schending van de wet van 29 juli 1991 meent te kunnen afleiden uit de verwijzing in de bestreden beslissing naar een opinie van de Nederlandse Auditdienst Rijk. De minister treedt immers louter het oordeel van de Managementautoriteit bij en verwijst in dit verband ten overvloede naar een

bijkomend ingewonnen opinie van de Nederlandse Auditdienst Rijk. De inhoud van deze opinie overlapt inhoudelijk met de bevindingen van de Managementautoriteit, en de verzoekende partij heeft overigens ingevolge een verzoek tot openbaarmaking inmiddels een afschrift van deze opinie ontvangen.

6. De verwerende partij stelt in haar laatste memorie dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het inroepen van een schending van de formelemotiveringsplicht. Als de bestuurde de motieven toch kende (of redelijkerwijze moest kennen) en zich ertegen kon verweren, is hij niet geschaad door de schending van de vormvereiste en heeft hij bijgevolg geen belang bij het middel. Dat de bestuurde kennis heeft van de motieven, kan blijken uit de manier waarop hij zijn verweer voert in de procedure voor de Raad van State: als de verzoekende partij in haar verzoekschrift zelf gewag maakt van de motieven of in haar middelen de wettigheid bestrijdt van de motieven die ten grondslag liggen aan de bestreden beslissing, veronderstelt dit dat zij die motieven kent.

Te dezen maakt de verzoekende partij op geen enkele wijze aannemelijk dat zij belangenschade zou hebben geleden. Zij werpt op dat zij beter gewapend zou zijn geweest om haar wettigheidskritiek zo goed mogelijk te kunnen formuleren, maar zij heeft zowel in haar memorie van wederantwoord als in haar laatste memorie de mogelijkheid gekregen om haar kritieken ten aanzien van het betreffend advies uiteen te zetten. Nu de verzoekende partij reeds op 3 februari 2021 kennis heeft genomen van het advies, en haar laatste memorie dateert van 16 oktober 2024, heeft zij bijgevolg meer dan 3 jaar en 8 maanden de tijd gekregen om haar argumenten te ontwikkelen. Zij maakt hiernaast niet aannemelijk welk recht haar zou zijn ontnomen doordat dit advies haar pas na de bestreden beslissing werd bezorgd. De nietigverklaring van de bestreden beslissing zou er in de praktijk enkel toe leiden dat identiek dezelfde beslissing wordt genomen, met het advies als bijlage toegevoegd. De verwerende partij verwijst nog naar een arrest van de Raad van State waarin wordt geoordeeld dat bij een laattijdige mededeling van de motieven de wettigheid van de beslissing niet wordt aangetast in zoverre de betrokken partij in haar memorie van wederantwoord nog argumenten heeft

Beoordeling

Vooraf

7. De belangrijkste bestaansreden van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de 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.

Het hiervóór beschreven doel van de formelemotiveringsplicht sluit in principe uit dat een verzoekende partij vrede zou moeten nemen met een mededeling van de motieven nádat zij een van die rechtsmiddelen – te dezen het annulatieberoep bij de Raad van State – heeft aangewend. Een verzoekende partij kan er evenwel voor kiezen om uitdrukkelijk afstand te doen van een middel dat, bij nader inzien, enkel is gesteund op een louter falen in het meedelen van de formele motivering en haar wellicht slechts een kortstondige en voorlopige overwinning dreigt op te leveren. Zij kan dat ook, impliciet maar zeker, doen door in haar latere memories haar kritiek te richten op de ondertussen gekende materiële motieven die zij inhoudelijk betwist, in welk geval zij wordt geacht te verzaken aan haar grieven omtrent de uitdrukkelijke motivering.

Excepties van gebrek aan belang bij het middel

8. Vooreerst kan aan de verzoekende partij het belang bij dit middel betreffende de formelemotiveringsplicht niet worden ontzegd omdat zij geen kritiek zou uiten op een eerste motief dat de Nederlandse aanbestedingsreglementering niet werd nageleefd, doch uitsluitend op een tweede

motief dat het eigen inkoopbeleid niet correct werd nageleefd. In de bestreden beslissing is geen sprake van deze inhoudelijke motieven. Voor zover wordt bedoeld op de motieven van de beroepen beslissing van de Managementautoriteit, dat in de bestreden beslissing wordt bijgevalen, stelt de Raad van State vast dat de beide motieven gehanteerd in die beroepen beslissing één geheel uitmaken en niet kunnen worden onderscheiden zoals de verwerende partij thans doet.

9. Voorts stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij slechts nadat zij haar annulatieberoep heeft ingediend, heeft kennisgenomen van het advies van de Nederlandse Auditdienst Rijk waarnaar in de bestreden beslissing wordt verwezen en zij de motieven uit dit advies bijgevolg niet in haar inleidend verzoekschrift aan kritiek heeft kunnen onderwerpen.

Anders dan de verwerende partij het thans ziet, wordt in de bestreden beslissing niet “ten overvloede” naar dit advies verwezen, doch heeft de verwerende partij dit advies juist nodig geacht om de argumenten van de verzoekende partij nogmaals te kunnen heroverwegen. De verwerende partij heeft aldus aan de verzoekende partij geen volledig zicht gegeven op de besluitvorming, zodat de verzoekende partij in het inleidend verzoekschrift enkel op basis van onvolledige informatie de bestreden beslissing heeft kunnen bekritisieren.

Het mag niet worden uitgesloten dat de verzoekende partij, wanneer zij vóór het indienen van het verzoekschrift kennis had gekregen van het voornoemd advies, andere grieven had kunnen formuleren. Ook in de memorie van wederantwoord herhaalt de verzoekende partij enkel haar argumenten uit haar beroepschrift, doch geeft zij geen kritiek op de motieven van het voornoemd advies. Uit de omstandigheid dat zij daartoe wel ruimschoots de mogelijkheid had, en dat zij in haar laatste memorie dan toch kritiek uit op een enkele overweging uit het voornoemd advies, kan niet worden afgeleid dat zij hierdoor impliciet maar zeker afstand heeft gedaan van haar middel afgeleid uit de formelemotiveringsplicht in de zin als hiervoor is gesteld (*supra*, punt 7).

Voorts kan de Raad van State niet op een toekomstige beslissing vooruitlopen in de zin dat de verwerende partij voorstaat, namelijk dat identiek dezelfde beslissing zou worden genomen, met het advies als bijlage toegevoegd, om alsdan te besluiten dat de verzoekende partij geen belang bij het middel zou hebben. Het arrest van de Raad van State van 13 februari 2024, nr. 258.802 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.802) ten slotte waarnaar de verwerende partij nog verwijst, is te dezen niet dienend. In die zaak blijkt de verzoekende partij te volharden enkel de kennisgeving van de bestreden beslissing te bekritisieren, en niet de eigenlijke beslissing zelf, die wel een formele motivering bevat.

10. Aan de verzoekende partij kan dan ook niet het belang worden ontzegd om de schending van de formelemotiveringsplicht aan te voeren.

11. De excepties worden verworpen.

Ten gronde

12. De verzoekende partij voert inzonderheid aan dat de formelemotiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 zijn geschonden, doordat “in de bestreden beslissing geen enkel antwoord te vinden valt omtrent de door verzoekende partijen ontwikkelde argumenten ter staving van haar beroep; dat in de bestreden beslissing evenmin valt te lezen waarom er geen rekening wordt gehouden met deze argumenten of waarom deze geen antwoord behoeven”.

Het middel wordt vanuit dit oogpunt beoordeeld.

13. De bestreden beslissing is een eindbeslissing gewezen in het kader van het door de verzoekende partij ingesteld administratief beroep. Zoals hiervoor (*supra*, punt 3.2) gesteld, kunnen belanghebbenden immers administratief beroep aantekenen tegen de beslissingen die in het kader van het samenwerkingsprogramma worden genomen door de Managementautoriteit. Na

mededeling van het besluit over het willig beroep, heeft de belanghebbende de mogelijkheid om beroep aan te tekenen door een ‘hiërarchisch beroep’ in te leiden bij de Vlaamse minister bevoegd voor Economie.

Hoewel de formelemotiveringsplicht een beroepsinstantie er niet toe verplicht uitdrukkelijk te antwoorden op alle in het beroepschrift verwoorde argumenten, moet uit haar beslissing wel kunnen worden opgemaakt dat de argumentatie van de betrokkene daadwerkelijk in de besluitvorming is betrokken. Hieruit volgt dat de beroepsinstantie niet uitvoerig moet antwoorden op elk van de in het beroepschrift verwoorde argumenten. Wel moet impliciet of expliciet blijken dat de argumentatie van de betrokkene in de besluitvorming werd betrokken en moet hieruit minstens impliciet kunnen worden afgeleid waarom de argumenten in het algemeen niet werden aanvaard.

14. De formele motivering van de bestreden beslissing is hiervoor uiteengezet (*supra*, punt 3.8). Er wordt naar verwezen. Hieruit kan niet, minstens impliciet, worden afgeleid waarom de argumenten die de verzoekende partij in haar beroepschrift aanbracht niet werden aanvaard. De blote bewering in de bestreden beslissing dat het beroepschrift “geen nieuwe of verdere elementen bevat die een andersluidend oordeel ten gronde rechtvaardigen dan dat van de Managementautoriteit”, volstaat te dezen niet. In wezen is dit immers niet meer dan een standaardoverweging die niet *in concreto* is gerelateerd aan de in het beroepschrift aangevoerde grieven en argumenten.

15. Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 1 december 2020 van de Vlaamse minister bevoegd voor Economie waarbij het beroep van de gemeente Hilvarenbeek 17 maart 2020 tegen de beslissing van 5 februari 2020 van de Managementautoriteit Interreg Vlaanderen-Nederland gedeeltelijk ongegrond wordt verklaard.

2. De verwerende 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 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op drieëntwintig juni tweeduizend vijftientwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques