

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 79.953 van 27 april 1999
in de zaak A. 81.730/XII-1785.**

In zake : 1. Dirk DEFRAEIJE,
2. Koen VAN DE VREKEN,
die woonplaats kiezen bij
advocaten P. LEFRANC en X. TROCH,
kantoor houdende te GENT,
Koning Albertlaan 128

tegen :

de stad AARSCHOT,
die woonplaats kiest bij
advocaten B. VAN TONGELEN en
J. en P. PELGRIMS,
kantoor houdende te AARSCHOT,
Begijnhof 3.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat Dirk DEFRAEIJE en Koen VAN DE VREKEN op 24 december 1998 hebben ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

1. het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Aarschot van 17 september 1998 waarbij de opdracht, nl.: studie en ontwerp voor de externe restauratie van het voormalige burgerlijk Gasthuis te Aarschot conform bestek CC9802 omschreven in de beslissing van de gemeenteraad van 26 februari 1998 wordt gegund aan : architect Peter Van Den Broeck;
2. het besluit van het college van burgemeester en schepenen van 6 augustus 1998 waarbij de verschillende inschrijvers worden geselecteerd;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partijen de nietigverklaring vorderen van dezelfde beslissingen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 18 februari 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 maart 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat X. TROCH, die verschijnt voor verzoekers, en van advocaat B. VAN TONGELEN, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het, wat het beschikkende gedeelte van het arrest betreft, eensluidend advies van auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt:

1.1. De gemeenteraad van Aarschot beslist op 26 februari 1998 de opdracht betreffende de studie en ontwerp voor de externe restauratie van het voormalig burgerlijk Gasthuis en de interne verbouwing ervan tot polyvalente theaterzaal te gunnen bij onderhandelings-procedure, met de motivering dat "de opdracht op dat ogenblik nog zo vaag is en waarvan de mogelijke oplossingen zo gevarieerd kunnen zijn dat het objectief onmogelijk is om de contractvoorwaarden zo gedetailleerd te bepalen dat uit de inschrijvingen de beste offerte zou kunnen geselecteerd worden."

De opdracht wordt geraamd op 7.200.000 frank (exclusief BTW).

Het terzelfdertijd goedgekeurde bestek bepaalt dat vijf gegadigden uitgenodigd worden om een offerte in te dienen.

1.2. Eenentwintig gegadigden bieden zich aan. Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 6 augustus 1998 worden vijf ervan geselecteerd, waaronder verzoekers.

Die vijf dienen ook een offerte in.

1.3. De gunningscriteria, vastgesteld in artikel 10 van het bestek, zijn :

- "a. de schriftelijke instemming van de inschrijver over de voorwaarden, bepaald in dit bestek, tenzij er bij de verdere onderhandelingen afwijkingen worden overeengekomen in het belang van de stad Aarschot;
- b. de uitvoeringstermijnen (tijdschema), op te geven door de ontwerper, voor de verschillende onderdelen van de opdracht, met name :
 - het voorstel van bouwprogramma
 - de samenstelling van het restauratiedossier
 - de opmaak van het ontwerp en de samenstelling van het ontwerp-dossier
 - de samenstelling van het bouwaanvraagdossier
 - het begeleiden van de procedure tot het bekomen van de restauratiepremie en dit in

- de verschillende stappen vanaf de overlegfase tot het einde van het werk;
- c. schriftelijke toelichtingen van de inschrijver over de wijze waarop hij de opdracht vorm zal geven. Deze toelichtingen kunnen betrekking hebben op het bouwprogramma, meer bepaald (...)
 - d. toepassing van een coëfficiënt op het te hanteren ereloonpercentage".

1.4. Het diensthoofd van de technische dienst stelt een verslag op waarin de gunningscriteria getoetst worden in een tabel en die gegevens worden besproken. Hij stelt voor de opdracht te gunnen aan architect Peter Van Den Broeck, inschrijver nr. 3.

1.5. Het college van burgemeester en schepenen sluit zich op 17 september 1998 bij dit verslag en zijn motivering aan en beslist de opdracht toe te wijzen aan architect Peter Van Den Broeck.

Bevel tot aanvang voor het opmaken van het voorstel van bouwprogramma wordt gegeven met ingang van 5 oktober 1998.

1.6. Met een brief van 23 oktober 1998 deelt de verwerende partij aan verzoekers mede de opdracht aan hen niet te kunnen toewijzen.

Met een brief van 2 december 1998 verzoeken deze laatsten de verwerende partij om de mededeling van de beslissing en de vergelijkende beoordeling.

Met een brief van 7 december 1998 zendt de verwerende partij het gevraagde;

2. Over de gegrondheid van de vordering.

Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten

rechtshandeling kunnen verantwoord worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.1.1. Overwegende dat verzoekers in een eerste middel de schending aanvoeren van artikel 17, § 3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van de artikelen 66 en 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, alsmede van de motiveeringsplicht; dat zij ter staving van dit middel aanvoeren dat de ontwerper aan wie de opdracht werd toegewezen, architect Peter Van den Broeck, niet over de vereiste referenties beschikte zoals vereist door de aankondiging, namelijk "uitsluitend referenties betreffende opdrachten, uitgevoerd tijdens de laatste drie jaren van dezelfde aard en omvang als deze die het voorwerp uitmaken van de toe te kennen opdracht"; dat volgens hen meer bepaald Peter Van Den Broeck geen referenties kon voorleggen van enige architectuuropdracht inzake theaterbouw en derhalve niet voldeed aan de door artikel 66, § 1, 4°, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 gestelde minimum-eisen;

2.1.2. Overwegende dat de betrokken opdracht bestond in de studie en ontwerp voor de externe restauratie van een geklasseerd gebouw en de interne verbouwing ervan tot een polyvalente theaterzaal en niet uitsluitend in de verbouwing tot een polyvalente theaterzaal, zoals verzoekers ten onrechte steeds herhalen; dat waar de betrokken aankondiging het heeft over referenties inzake opdrachten "van dezelfde aard en omvang" - termen die overigens voor interpretatie vatbaar zijn - het de opdrachtgevende overheid dan ook

niet verboden was acht te slaan op de door architect Peter Van den Broeck voorgelegde referenties inzake de restauratie van geclasseerde gebouwen alsook op diens verbouwing van de Gasthuiskapel tot polyvalente zaal, zelfs al zou met dat laatste niet de verbouwing tot een polyvalente "theaterzaal" zijn bedoeld; dat overigens, zo architect Peter Van den Broeck niet dezelfde referenties als verzoekers kon voorleggen wat theaterbouw betreft, verzoekers van hun kant blijkbaar ook weinig of geen referenties konden voorleggen inzake restauratie van geklasseerde gebouwen; dat het middel niet ernstig is;

2.2.1. Overwegende dat verzoekers in een tweede middel de schending aanvoeren van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; dat zij wat dat betreft betogen dat de motieven waarop de beslissing van het college van burgemeester en schepenen is gesteund om de opdracht toe te kennen aan architect Peter Van den Broeck niet omstandig in die beslissing zelf zijn verwoord doch deze laatste zich ertoe beperkt te verwijzen naar het proces-verbaal van opening der inschrijvingen en het verslag over die inschrijvingen; dat zij in dit middel ook een gebrek aan materiële motivering aanvoeren, doordat de offerte van verzoekers de voordeligste was: zij stonden de meeste reductie toe;

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij terecht antwoordt dat motivering door verwijzing niet strijdig is met de wet van 29 juli 1991, op voorwaarde dat de belanghebbende kennis heeft van de documenten waarnaar in de beslissing wordt verwezen; dat ter zake verzoekers die kennis hadden en deze hen was medegedeeld overeenkomstig artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; dat wat het argument betreft als zouden verzoekers de voordeligste offerte hebben ingediend, de verwerende partij even terecht opwerpt dat

artikel 10, d, van het bestek, namelijk "toepassing van een coëfficiënt op het te hanteren ereloonpercentage" slechts één van de vier criteria uitmaakte;

2.3.1. Overwegende dat verzoekers in een derde middel de schending aanvoeren van het zorgvuldigheids- en het vertrouwensbeginnsel; dat, na te hebben aangestipt dat het bestek niet bepaalt welk gewicht moet worden gehecht aan de vier vrij vage criteria opgesomd in artikel 10 van het bestek, op basis waarvan verdere onderhandelingen zouden worden gevoerd, zij betogen dat blijkens het gunningsverslag de opdrachtgevende overheid zich niet heeft gehouden aan die criteria en, meer bepaald, dat aan die criteria andere werden toegevoegd, dat rekening werd gehouden met gegevens welke die overheid kende doch die aan de inschrijvers niet werden medegedeeld en dat de beoordeling op sommige punten zelfs tegenstrijdig was met de impliciete indicaties van het bestek; dat verzoekers in dat verband de volgende concrete grieven aanvoeren :

- 1) blijkens het verslag over de gunning wordt aan de uitvoeringstermijn groot belang gehecht, daarentegen zijn de boeten bij niet-naleving van de termijnen zo laag en wordt zo weinig spoed gezet achter de uitvoering dat hieruit moet worden afgeleid dat in werkelijkheid de uitvoeringstermijn voor de overheid geen doorslaggevend criterium was;
- 2) volgens bedoeld verslag wordt op doorslaggevende wijze belang gehecht aan de integratie van de theaterzaal met de rest van het gebouwencomplex, hoewel het bestek niet spreekt over het betrekken van andere gebouwen bij het project;
- 3) het verslag vermeldt ook bepaalde eisen van het bestuur van monumenten en landschappen waarvan evenmin sprake is in het bestek;
- 4) het verslag houdt rekening met een gedetailleerde beschrijving van het bouwgebeuren, wat ook niet vereist was door het bestek;

- 5) hetzelfde geldt i.v.m. het opmaken van een schetsontwerp - wat reeds tot het uitvoeren van de opdracht zelf behoort - door inschrijver 3 (Van den Broeck), welke reeds bedrijvig was op de site en over veel meer gegevens beschikte die niet medegedeeld werden aan de andere inschrijvers;
- 6) ook uit de overweging in het verslag dat inschrijver 3 mogelijke oplossingen tegen elkaar afweegt blijkt dat deze eigenlijk al bezig was met de uitvoering van de opdracht, waarbij ook de vraag rijst waarom dat al het geval was;
- 7) evenmin was gevraagd, zoals dezelfde inschrijver deed, de haalbaarheid van het schetsontwerp te laten toetsen bij de Dienst monumenten en landschappen;
- 8) er was in het bestek ook niet gevraagd aansluitingen te maken met aanpalende gebouwen;

2.3.2. Overwegende dat, wijl het bestek geen hiërarchie verbindt aan de vier criteria van artikel 10, moet worden aangenomen dat zij gelijkwaardig zijn; dat verzoekers met hun kritiek betreffende de uitvoeringstermijn blijkbaar insinueren dat dit criterium als belangrijk werd voorgesteld om de opdracht aan Peter Van den Broeck te kunnen gunnen doch het niet werkelijk de bedoeling was om die ontwerper dan ook te dwingen de door hem voorgestelde termijnen te doen eerbiedigen; dat verzoekers echter niets meer aanbrengen dan louter veronderstellingen en bijkomstigheden; dat dezelfde insinuaties ook naar voren komen uit hun andere punten van kritiek; dat het derde criterium van artikel 10 van het bestek luidt: "schriftelijke toelichtingen van de inschrijver over de wijze waarop hij de opdracht vorm zal geven", welke toelichtingen betrekking kunnen - doch niet moeten - hebben op bepaalde punten van het bouwprogramma die dan specifiek worden opgesomd; dat dit criterium, meer dan de andere drie, een beoordeling door de opdrachtgever nuttig en zelfs noodzakelijk maakt, zodat het dan ook geen verwondering wekt dat het gun-

ningsverslag er de meeste aandacht aan besteedt; dat alle hiervoren onder de punten 2 tot 8 van verzoekers middel opgesomde kritiek met dat criterium in verband kunnen worden gebracht, meestal zelfs met de uitdrukkelijk opgesomde punten zoals de buitenrestauratie, de afbouw- inrichtings- en decoratiewerken en de omgevingswerken; dat de verwerende partij dan ook niet kan worden verweten de voorkeur te hebben gegeven aan een inschrijver wiens ontwerp meer gedetailleerde voorstellen bevatte; dat het middel niet ernstig is;

2.4.1. Overwegende dat verzoekers in een vierde middel de schending van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel aanvoeren, doordat de uitvoeringstermijn opgegeven door de winnende inschrijver niet als realistisch kan worden beschouwd; dat zij wat dat betreft diverse concrete opmerkingen maken : in zeven kalenderdagen kan men geen bouwprogramma hebben opgesteld, honderd dagen voorgesteld door een groot architectenbureau wordt al niet realistisch beoordeeld terwijl het eenmanskantoor van de winnende inschrijver, die geen referenties kan voorleggen inzake theaterbouw, 121 dagen voorstelt;

2.4.2. Overwegende dat volgens bepaalde passages van het gunningsverslag, die ook door verzoekers worden geciteerd, eerst wordt vastgesteld dat de deeltermijn van zeven kalenderdagen voor voorstel van het bouwprogramma, voorgesteld door inschrijver 3 (Van den Broeck), schril afsteekt tegen door andere inschrijvers voorgestelde termijnen, doch daarna wordt verklaard dat die deeltermijn toch realistisch is op basis van een relatief uitgebreide toelichting van het ontwerp; dat op dat laatste niet nader wordt ingegaan door verzoekers; dat de bedoelde toelichting - criterium 3 - inderdaad gedetailleerde gegevens bevat betreffende de concrete realisatie van het voorstel; dat overigens niet uitgesloten lijkt dat architect Van den Broeck, doordat hij

reeds werkzaam was op de site, in staat was sneller een bouwprogramma voor te stellen en het hem niet verboden was van dat comparatief voordeel gebruik te maken; dat het middel niet ernstig is;

2.5.1. Overwegende dat verzoekers in een vijfde middel de schending van het zorgvuldigheids- en onpartijdigheidsbeginsel aanvoeren; dat zij dat middel steunen op de feiten en gegevens welke zij reeds ter adstructie van hun andere middelen hebben aangevoerd : architect Peter Van den Broeck beschikt niet over de vereiste referenties, de beoordeling geschiedde aan de hand van niet opgelegde criteria, betrokkene kan de opdracht niet aan; dat wat dat laatste betreft meer bepaald nog aangevoerd wordt dat de technische studies thans uitgevoerd worden door het studiebureau Rimanque; dat de partijdigheid volgens verzoekers ook nog blijkt uit de omstandigheid dat opmerkingen werden geformuleerd omtrent hun schriftelijke instemming met de voorwaarden, hoewel die instemming volgt uit de ondertekening van de ontwerp-overeenkomst;

2.5.2. Overwegende dat wat de reeds bij de vorige middelen ter sprake gekomen argumenten betreft, kan worden volstaan met een verwijzing naar die middelen; dat, immers, wat prima facie niet strijdig kan worden geacht met wet, verordening of redelijkheid, bezwaarlijk geacht kan worden op partijdigheid te berusten, als geen concrete aanwijzingen van machtsafwending worden aange-reikt; dat de omstandigheid dat de winnende ontwerper banden heeft met een ander studiebureau en daarop een beroep doet voor zijn technische studies, niet aantoonst dat hij de opdracht, met eventuele steun, niet aankan en evenmin dat verwerende partij daarom partijdig zou zijn geweest; dat verzoekers zelf spijkers op laag water lijken te zoeken door in een passage in het verslag waarin vastgesteld wordt dat een door het bestek vereis-te formele verklaring niet werd gedaan, doch deze

vervangen kan worden door een ander stuk, weerom een uiting te zien van de partijdigheid van de verwerende partij; dat het middel niet ernstig is;

2.3. Overwegende dat uit het bovenstaande blijkt dat geen der middelen als ernstig kan worden beschouwd; dat aangezien aldus aan een der voorwaarden van artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet is voldaan, de vordering tot schorsing moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op zevenentwintig) april 1900 negenen-
negentig, door :

de H. J. DE BRABANDERE,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.