RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 223.033 van 27 maart 2013
in de zaak A. 201.909/XII-6714

In zake: de NV TRACTEBEL ENGINEERING, voorheen de NV TECHNUM TRACTEBEL ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Neven en Jens Debièvre
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LANDEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te 3001 Heverlee
Industrieweg 4 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 september 2011, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Landen van 26 juli 2011 om de offerte van de nv Tractebel Engineering voor de studieopdracht voor de aanleg van een noordelijke ontsluitingsweg voor een bedrijventerrein te Landen niet in aanmerking te nemen als voordeligste regelmatige offerte en haar bijgevolg de opdracht niet te gunnen, alsook om de offerte van de nv Arcadis Belgium in aanmerking te nemen als voordeligste offerte.

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.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 december 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Hans-Kristof Carême, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De stad Landen schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een studieopdracht voor de aanleg van een noordelijke ontsluitingsweg voor een bedrijventerrein te Landen.

Met een beslissing van 15 maart 2011 keurt het college van burgemeester en schepenen het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek

goed en beslist om de opdracht uit te schrijven. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 160.000 euro, btw inbegrepen.

Er zijn drie gunningscriteria, namelijk de prijs (40 punten), de infrastructurele, architecturale en stedenbouwkundige kwaliteit (aanpak en methodologie) (50 punten) en de profielen en deskundigheid van het personeel dat ingezet wordt voor het project (10 punten).

3.2. Inzake het project voor de aanleg van de voornoemde weg blijkt een preadvies te bestaan. Dit preadvies werd opgesteld door de nv Arcadis Belgium. Dit preadvies wordt vermeld in het bijzonder bestek in de opsomming van "toepasselijke documenten" doch wordt er niet als dusdanig bijgevoegd.

3.3. In het verzoekschrift stelt verzoekende partij dat zij telefonisch contact heeft opgenomen met verwerende partij en om inzage in het preadvies heeft verzocht, wat haar door verwerende partij werd geweigerd.

Verwerende partij ontkent dit verloop van de feiten.

3.4. Op 5 mei 2011 worden de inschrijvingen geopend. Drie ondernemingen hebben een offerte ingediend: de nv Technum Tractebel Engineering (de rechtsvoorganger van huidige verzoekende partij), de nv Arcadis Belgium en de nv Grontmij Belgium.

3.5. Op 22 juni 2011 wordt een gunningsverslag opgesteld door de dienst openbare werken van verwerende partij. Verzoekende partij wordt als eerste gerangschikt met 82 punten, de nv Arcadis Belgium krijgt 62 punten en de nv Grontmij Belgium 52 punten. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan verzoekende partij voor een bedrag van 130.085,73 euro, btw inbegrepen.

De punten zijn naargelang de gunningscriteria over de inschrijvers als volgt verdeeld:

Criterium/inschrijver	Technum-Tractebel	Arcadis	Grontmij
Prijs (40)	30	40	30
Aanpak en methodologie (50)	45	15	15
Profielen en deskundigheid (10)	7	7	7
Totaal (100)	82	62	52

3.6. Op 28 juni 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van Landen om "een beslissing omtrent [deze opdracht] voorlopig uit te stellen voor verdere bespreking", zonder dit uitstel nader toe te lichten.

3.7. In een e-mail van 15 juli 2011 merkt een schepen van de stad Landen het volgende op:

> "Enkele aandachtspunten:
> Arcadis en Grontmij vertrekken vanuit de principes van het pre-advies. Technum vertrekt van scratch. Dit vertaalt zich in de prijs (Technum het duurst).
> Dit is ook zichtbaar in de timing van de startnota (3 maanden bij Arcadis, bij Technum 6 maanden). De timing van Grontmij was niet terug te vinden in het dossier.
> Bij visie kan je niet zomaar iemand 0/25 geven (zulk gunningsverslag overleeft niet de simpelste klacht). Ik heb de visie uitgesplitst -zoals opgenomen in het bestek- in verschillende deelaspecten. Wat betreft verkeerskundige visie scoort Grontmij het best, ruimtelijk Technum en infrastructureel Arcadis (Technum heeft zelfs geen infrastructurele visie over de weg opgenomen!). Landschappelijk zit elk bureau op dezelfde golflengte, doch enkel Arcadis en Grontmij benadrukken de problematiek van de wateroverlast in Rumsdorp.
> Bij aanpak en methode is er weinig verschil tussen de bureaus te maken.
> Methodologisch komt Technum het sterkst over, het plan van aanpak van Arcadis is het best uitgewerkt op maat van […] onze noordelijke ontsluitingsweg.
> Conclusie: Technum heeft de mooiste offerte gemaakt, Arcadis de meest volledige. Bovendien is er ook een duidelijk prijsverschil en verschil in aanpak: verderbouwen op het pre-advies of beginnen van scratch."

3.8. Er wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld, ditmaal door het college van burgemeester en schepenen zelf. De nv Arcadis Belgium krijgt nu 88,5 punten en wordt eerste gerangschikt, verzoekende partij krijgt 72,8 punten en de nv Grontmij Belgium 66,3 punten.

Criterium/inschrijver	Technum-Tractebel	Arcadis	Grontmij
Prijs (40)	30,3	40	32,8
Aanpak en methodologie (50)	34,5	40,5	25,5
Profielen en deskundigheid (10)	8	8	8
Totaal (100)	72,8	88,5	66,3

In het nieuwe gunningsverslag wordt de hogere score van de nv Arcadis Belgium, in het bijzonder wat het tweede gunningscriterium betreft, verantwoord door het feit dat deze inschrijver "de resultaten en principes van het pre-advies als basis gebruikt om scenario's op te bouwen" en dat "Arcadis […] voor de opmaak van start- en projectnota [verwijst] naar de reeds uitgevoerde voorstudie (nota preadvies)", wat resulteert in een kortere uitvoeringstermijn.

3.9. Op 26 juli 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen overeenkomstig het nieuwe gunningsverslag om de opdracht toe te wijzen aan de nv Arcadis Belgium voor een bedrag van 118.686,90 euro, btw inbegrepen. Deze beslissing wordt als volgt gemotiveerd:

> "Gelet op het gunningsverslag opgesteld door de dienst Openbare Werken, Planning & Mobiliteit van 23 juni 2011;
> Overwegende dat uit dit verslag blijkt dat de firma Technum - Tractebel Engineering nv […] de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) inschrijver is, met de hoogste score (hoofdzakelijk voor het gunningscriterium 2: Infrastructurele, architecturale en stedenbouwkundige kwaliteit - aanpak en methodologie); dat het gunningsbedrag 130.085,73 EUR inclusief BTW bedraagt;
> Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen nu oordeelt dat de voornoemde opdracht echter moet toegewezen worden aan de firma Arcadis Belgium nv […]; dat het college zijn keuze als volgt motiveert:
> - ✓ de firma Arcadis voert de opdracht uit tegen de laagste prijs (118.686,90 EUR); een verschil van 11.398,83 EUR met de firma Technum;

- ✓ de firma's Arcadis en Grontmij hebben hun offerte gebaseerd op de principes van het bestaande pre-advies, wat zich vertaalt in een lagere prijs en een kortere timing van de startnota (3 maanden); de firma Technum heeft daarentegen het pre-advies niet in rekening genomen waardoor de prijs hoger ligt (130.085,73 EUR, incl. BTW) en de timing van de startnota oploopt tot 6 maanden; de timing van de firma Grontmij was niet terug te vinden in het dossier in de offerte;
- ✓ De visie wordt uitgesplitst –zoals opgenomen in het bestek- in verschillende deelaspecten:
  - Op 'verkeerskundig vlak' behaalt Grontmij de hoogste score.
  - Op 'ruimtelijk vlak' scoort Technum het best.
  - Op 'infrastructureel vlak' behaalt Arcadis de meeste punten. Opmerking: Technum heeft geen infrastructurle visie over de weg opgenomen in de offerte.
  - De inschrijvers delen dezelfde visie op 'landschappelijk vlak', doch enkel Arcadis en Grontpij benadrukken de problematiek van de wateroverlast in de deelgemeente Rumsdorp.
  - Bij het onderdeel 'aanpak en methode' is er weinig verschil te maken tussen de studiebureaus. Methodologisch komt Technum het sterkst over. Evenwel komt het plan van aanpak van Arcadis het meest overtuigend over. Het voorstel is ook het meest uitgewerkt op maat van het door het bestuur bepaalde tracé van de noordelijke ontsluitingsweg.

[…]
CONCLUSIE
Arcadis Belgium nv heeft de meest volledige offerte ingediend. Deze offerte is duidelijk voordeliger qua prijs en aanpak en methodologie. Het voornoemd studiebureau bouwt verder op het bestaande pre-advies en kan hierdoor de kostprijs drukken".

3.10. Met een aangetekend schrijven van 2 augustus 2011 wordt verzoekende partij ervan op de hoogte gebracht dat verwerende partij de opdracht aan de nv Arcadis Belgium heeft gegund.

3.11. Met een brief van 9 augustus 2011 vraagt verzoekende partij om een kopie van het gunningsverslag. Met een e-mail van 22 augustus 2011 herinnert zij verwerende partij aan dit verzoek.

Verwerende partij bezorgt verzoekende partij met een brief van 31 augustus 2011 een kopie van het gunningsverslag opgesteld door de dienst openbare werken en van het gunningsverslag opgesteld door het college van burgemeester en schepenen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep - voorwerp

4. Verwerende partij voert aan dat verzoekende partij enkel de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan haar te gunnen zou hebben aangevochten en niet de gunningsbeslissing zelf zodat het beroep onontvankelijk is.

Beoordeling

5. De Raad van State merkt op dat verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift de nietigverklaring vraagt onder meer van het in aanmerking nemen van de offerte van de nv Arcadis Belgium als de voordeligste offerte.

Dit laatste moet worden begrepen als de gunningsbeslissing zelf.

V. Het beroep tegen de gunningsbeslissing

Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

6. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken', van artikel 1, § 1, van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten', van het principe van de gelijke behandeling van de

inschrijvers, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van het gelijkheidsbeginsel.

Verzoekende partij wijst erop dat verwerende partij de bestreden beslissing steunt op het feit dat de nv Arcadis Belgium in haar offerte rekening heeft gehouden met het voormelde preadvies inzake de betrokken opdracht.

Verzoekende partij stelt dat zij verwerende partij telefonisch om inzage in het preadvies heeft gevraagd, doch dat dit haar werd geweigerd door verwerende partij omdat het preadvies niet ter beschikking werd gesteld. Verwerende partij was hier nochtans toe verplicht volgens verzoekende partij, overeenkomstig artikel 15 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat bepaalt dat binnen zes dagen na het verzoek daartoe, de aanbestedende overheid het bestek en de aanvullende documenten dient te bezorgen. De bestreden beslissing schendt dan ook deze bepaling nu verwerende partij dit heeft nagelaten en zij tegelijkertijd de gunning aan de nv Arcadis Belgium steunt op het feit dat deze inschrijver in zijn voorstel voortbouwt op het betrokken preadvies.

Verwerende partij heeft door aldus te handelen ook het beginsel van de gelijke behandeling tussen de inschrijvers geschonden, welk beginsel verzoekende partij afleidt uit artikel 1, § 1, van de wet van 24 december 1993. In deze zaak werden de inschrijvers verschillend behandeld door verwerende partij, zonder dat verwerende partij hiervoor een deugdelijke reden opgeeft. Het preadvies stond wél ter beschikking van de nv Arcadis Belgium, maar werd niet aan verzoekende partij bezorgd, zonder enige specifieke reden te vermelden.

7. In haar memorie van antwoord ontkent verwerende partij dat één van de inschrijvers het preadvies zou hebben opgevraagd. Zij heeft het preadvies aan geen enkele inschrijver bezorgd tijdens de gunningsprocedure. Verwerende partij vindt het alleszins “zeer vreemd” dat verzoekende partij enkel telefonisch om inzage heeft verzocht van “het zgn. koninginnenstuk van de gunningsprocedure”. Verzoekende partij baseert het middel dan ook op een loutere bewering en brengt geen enkel bewijs bij. Verzoekende partij kon het preadvies opvragen op grond van artikel 59 van het koninklijk besluit van 8 januari

1996, wat zij niet heeft gedaan. Voorts had verzoekende partij het preadvies kunnen opvragen op grond van de openbaarheid van bestuur, wat zij evenmin heeft gedaan.

8. In haar memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij dat zij het preadvies had moeten opvragen in het kader van de openbaarheid van bestuur. De overheidsopdrachtenreglementering bevat immers een bijzondere bepaling die hier van toepassing is: artikel 59 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Deze bepaling stelt geen bijzondere formaliteiten zodat een telefonisch verzoek volstond. Voorts erkent verwerende partij in de memorie van antwoord dat het preadvies werd opgesteld door de nv Arcadis Belgium. Het staat dan ook vast dat verzoekende partij niet op voet van gelijkheid werd behandeld met deze inschrijver.

9. In haar laatste memorie betwist verwerende partij dat zij het preadvies als een belangrijk stuk zou hebben bestempeld. In het verzoekschrift wordt bovendien nergens gesteld dat verwerende partij het preadvies bij het bestek aan verzoekende partij had moeten bezorgen. Verwerende partij heeft het gelijkheidsbeginsel niet geschonden: alle inschrijvers hebben dezelfde documenten ontvangen. In het bestek werd verwezen naar het preadvies, verzoekende partij wist dat het stuk bestond en kon er inzage van krijgen.

Beoordeling

10. Uit de bestreden beslissing om de opdracht toe te wijzen aan de nv Arcadis Belgium, alsook uit het gunningsverslag opgesteld door het college van burgemeester en schepenen van de stad Landen, blijkt dat verwerende partij een doorslaggevend belang hecht aan het feit dat deze inschrijver zijn voorstel heeft gesteund op het preadvies inzake het betrokken project voor het aanleggen van een ontsluitingsweg, waardoor deze inschrijver een goedkoper en sneller te realiseren aanbod kon doen. Volgens verwerende partij verdiende de offerte van de nv Arcadis Belgium aldus de voorkeur boven de offerte van verzoekende partij, die niet voortbouwde op het preadvies.

11. Het betrokken preadvies werd niet voorgelegd aan de Raad van State als onderdeel van het administratief dossier. In de memorie van antwoord erkent verwerende partij alleszins dat dit document werd opgesteld door de nv Arcadis Belgium in het kader van een eerdere studieopdracht. De nv Arcadis Belgium is ook de uiteindelijk gekozen inschrijver voor de huidige opdracht.

12. Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat de gunningsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden. De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt voorts dat degenen die voor toewijzing van de opdracht in aanmerking willen komen van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes.

Gelet op het voorgaande mag niet worden aanvaard dat het betrokken preadvies, dat verwerende partij zelf zowel tijdens de gunnings-procedure als in haar betoog voor de Raad van State als een uitermate belangrijk stuk heeft aangemerkt, doch evenwel niet voorlegt, niet van bij de aanvang samen met het bestek ter beschikking werd gesteld van alle inschrijvers. Zoals verwerende partij immers zelf stelt laat het gebruik van de conclusies en bevindingen van het preadvies de inschrijvers toe om een minder duur en minder tijdrovend aanbod te doen.

De kwestie of verzoekende partij het preadvies al dan niet telefonisch heeft opgevraagd en of dit telefonisch verzoek al dan niet volstond, is niet ter zake dienend. Het betrokken stuk moest immers reeds *ab initio* als aanvullend document samen met het bestek ter beschikking worden gesteld van alle inschrijvers, zonder onderscheid.

Door het preadvies niet meteen ter beschikking te stellen van alle inschrijvers en vervolgens de gunning van de opdracht in doorslaggevende mate te steunen op het gebruik van dit preadvies heeft verwerende partij de inschrijvers niet op gelijke wijze behandeld en hun bij de aanvang van de gunningsprocedure geen gelijke kans gegund om de opdracht te krijgen. Deze vaststelling geldt in deze zaak *a fortiori* nu de gekozen inschrijver ook degene is die het preadvies heeft opgesteld.

13. Het middel is gegrond. De bestreden gunningsbeslissing dient dan ook te worden vernietigd.

VI. Het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing

A. Excepties

14. In de eerste plaats merkt verwerende partij op dat het beroep in zoverre dit is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partij te gunnen onontvankelijk is bij gebreke aan rechtsplicht om de opdracht te gunnen aan verzoekende partij.

Voorts merkt verwerende partij op dat de beslissing van verzoekende partij om in rechte te treden enkel betrekking heeft op de gunningsbeslissing en niet op de impliciete weigeringsbeslissing.

Beoordeling

15. De algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State overwoog in haar arresten nv Vanassche Firefighting Engineering, nr. 222.357 en bvba Algemene Bouwonderneming Dillen, nr. 222.358, van 1 februari 2013 dat, wanneer een welbepaald voordeel, zoals te dezen de gunning van een overheidsopdracht, in mededinging wordt gesteld en dit voordeel uiteindelijk, expliciet, aan één van de gegadigden wordt toegewezen, die toewijzingsbeslissing er dan – in de regel – *ipso facto* en noodzakelijk van doet blijken dat het kwestieuze voordeel niet aan de andere gegadigden wordt verleend. Wordt, op beroep van een gedupeerde kandidaat, de expliciete

toewijzingsbeslissing vernietigd, dan verdwijnt daardoor meteen ook de weigering om het voordeel aan de andere gegadigden te verschaffen, in zoverre ze alleen uit het bestaan van de toewijzingsbeslissing kon worden afgeleid. Niettemin, zo vervolgen deze arresten, heeft de rechtspraak in dergelijke gevallen aangenomen dat een verzoekende partij naast de vernietiging van de toewijzing aan de concurrent, supplementair ook de vernietiging kan vragen én kan verkrijgen van de uit de toewijzing gebleken impliciete weigering om het bewuste voordeel aan haarzelf toe te kennen. De jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van de impliciete weigering strekt ertoe de verzoekende partij ruimere waarborgen te verschaffen wat het rechtsherstel betreft dat na een nietigverklaring door de overheid moet worden verstrekt. Alsdan wijst de algemene vergadering erop dat de vernietiging van de impliciete weigering aan uitzonderlijke gevallen voorbehouden wordt; bij uitstek is zo'n geval datgene waarin de verzoekende partij specifiek aannemelijk maakt, in haar middelen, dat het aan de derde verstrekte voordeel integendeel aan haarzelf moest zijn toegekend.

De exceptie wordt verworpen. Verzoekende partij is gerechtigd aan te tonen dat haar zaak dergelijk uitzonderlijk geval is.

16. Het bevoegde vennootschapsrechtelijke orgaan van verzoekende partij heeft beslist tot het aanvechten van de gunningsbeslissing. Het natuurlijk belang van een verzoekende partij bij het aanvechten van een gunningsbeslissing bestaat erin de opdracht zelf uit te voeren. De Raad van State neemt dan ook aan dat verzoekende partij tevens beslist heeft tot het aanvechten van de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht aan haar te gunnen.

De exceptie wordt verworpen.

B. Onderzoek van de middelen – Heropening van het debat

17. Het auditoraatsverslag is beperkt tot het onderzoek van het tweede middel en concludeert dat het gegrond is en de gunningsbeslissing dient te worden vernietigd. Het stelt voor het beroep ten aanzien van de impliciete weigeringsbeslissing te verwerpen.

In het licht van de voormelde arresten van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is het gepast dat het debat wordt heropend wat betreft de gegrondheid van het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing, namelijk de vraag of verzoekende partij te dezen in één of meer middelen aannemelijk maakt in een zodanig uitzonderlijk geval te verkeren dat er reden toe is op die grond de vernietiging uit te spreken van de impliciete weigering om de opdracht aan haar te gunnen. De partijen kunnen hierover onder de hierna vastgestelde voorwaarden hun zienswijze laten kennen waarna het auditoraat een aanvullend verslag dient op te stellen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Landen van 26 juli 2011 om de studieopdracht voor de aanleg van een noordelijke ontsluitingsweg voor een bedrijventerrein te Landen te gunnen aan de nv Arcadis Belgium.

2. De Raad van State heropent het debat wat het beroep betreft tegen de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht te gunnen aan de nv Tractebel Engineering.

3. Vanaf de betekening van dit arrest hebben de partijen 30 dagen om een memorie in te dienen teneinde hun zienswijze te geven over de gegrondheid van het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

4. De Raad van State belast het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat met een aanvullend onderzoek.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 maart 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Bram Van Thillo **Dierk Verbiest**