

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 227.058 van 7 april 2014  
in de zaak A. 211.901/XII-7621**

In zake: de BV CVBA ARCHITECTEN GROEP III  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Hans Neiryck  
kantoor houdend te 8200 Brugge  
Zeepziederijstraat 8  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE SINT-GILLIS-WAAS  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Erika Rentmeesters  
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas  
Vijfstraten 57  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tussenkomende partij:

de BVBA ARCHITECTENBUREAU  
CEULEMANS-ENGELN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters  
kantoor houdend te 2018 Antwerpen  
Mechelsesteenweg 27  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 12 maart 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- De beslissing van de gemeente Sint-Gillis-Waas d.d. 17 februari 2014 en het bijhorende verslag van nazicht d.d. 10 februari 2014, waarbij de overheidsopdracht ‘ontwerper AGIO project GBS aanstellen’ wordt gegund

aan de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen, [...] en de inschrijving van de bv cvba Architecten Groep III niet geselecteerd werd.

- De beslissing van de gemeente Sint-Gillis-Waas d.d. 27 januari 2014 tot intrekking van de beslissing van de gemeente Sint-Gillis-Waas d.d. 23 december 2013, waarbij de voormelde overheidsopdracht werd gegund aan bv cvba Architecten Groep III”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 maart 2014 heeft de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 april 2014, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hans Neiryndck, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Erika Rentmeesters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Simon Verhoeven, die loco advocaten Chrisophe Lenders en Joris Wouters verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. De verwerende partij schrijft een open offerteaanvraag uit voor een opdracht van diensten, in de aankondiging genoemd: “Het aanstellen van een ontwerper voor het AGION project GBS”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 242.000 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt op 8 juli 2013 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en volgens de eerste bestreden beslissing op 11 juli 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Op deze opdracht is het bestek nr. 2013-56 van toepassing.

Artikel I.1 bevat de volgende beschrijving van de opdracht:

“Voorwerp van deze diensten: ontwerper AGION project GBS aanstellen Toelichting:

Het opmaken van een bouwkundig ontwerp inclusief stabiliteit en alle technieken, de aanbesteding, het uitvoeringsdossier, de controle op en coördinatie van de uitvoering, de veiligheidscoördinatie (ontwerp en realisatie) en de EPB-coördinatie voor het bouwen van een nieuwbouw en het verbouwen van de gemeentelijke basisschool ‘Het Kompas’, Kardinaal J. Cardijnstraat 1, 9170 Sint-Gillis-Waas.

Voor dit project wordt betoelaging bij AGION aangevraagd. De totale omvang van het project is afhankelijk van de subsidiëring door AGION en het definitieve besluit door de gemeenteraad aangaande de effectief uit te voeren (ver)bouwplannen.

Gemeentelijke basisschool ‘Het Kompas’ bevindt zich in het centrum van Sint-Gillis-Waas en omvat een kleuterschool en een lagere school. Bovendien grenst het gebouwencomplex aan de gemeentelijke sporthal ‘De Gavers’.

De werken betreffen een totale afbraak en nieuwbouw, evenals nieuwe integratie/bestemming van de beschikbare ruimten. Deze situeren zich hoofdzakelijk in de lagere school. Er zijn onvoldoende klaslokalen voor de lagere school om alle leerlingen te kunnen opvangen. Ook voldoet de huidige infrastructuur niet meer aan de hedendaagse onderwijs- en EPB-normen. Naast onderwijsgebonden functies moet ook rekening gehouden worden met de integratie van de nodige lokalen voor

buitenschoolse kinderopvang. Dubbel gebruik staat centraal. Aangezien het deels over een afbraakproject gaat zullen een aantal klassen gedurende de werken, op een andere locatie dienen gelokaliseerd te worden binnen de site. In het ontwerp dient hiermee rekening te worden gehouden, een voorstel van (voorlopige) huisvesting dient uitgewerkt en dit op basis van een duidelijke fasering/planning van de werken.”

Artikel I.6 “Toegangsrecht en kwalitatieve selectie” luidt onder meer:

“Het offerteformulier moet vergezeld zijn van volgende stukken:

[...]

Technische bekwaamheid van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (selectiecriteria)

Minimumeisen:

[...]

\* Opgave van minstens één referentieproject in de openbare sector (naleving wetgeving overheidsopdrachten, ervaring met scholenbouw en vergelijkbaar AGION-project). Alle voorgelegde projecten moeten hun aanbesteding gekend hebben in de afgelopen 5 jaar, en vergezeld zijn van een attest van goede uitvoering van de bouwheer.”

Deze voorwaarden zijn ook vermeld onder punt III.2), “Voorwaarden voor deelneming” van de aankondiging.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 20 september 2013. Er worden blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes tien offertes ingediend waaronder door de verzoekende partij en de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen.

3.4. Op 13 december 2013 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd. Een vergelijking van de regelmatige offertes leidt tot een eindrangschikking waarin de verzoekende partij de eerste is met 60 punten en de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen tweede met 55 punten.

Er wordt dan ook voorgesteld de opdracht te gunnen aan de

verzoekende partij.

3.5. Op 23 december 2013 keurt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Gillis-Waas dit voorstel goed en gunt het de opdracht aan de verzoekende partij.

3.6. De tweede gerangschikte inschrijver, de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen, vraagt hierop de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 23 december 2013 (zaak gekend onder rolnummer A. 211.439/XII-7565). In het eerste middel betoogt zij dat de huidige verzoekende partij niet mocht worden geselecteerd.

3.7. Met verwijzing naar deze vordering en het mondelinge advies van haar raadsman en met de overweging dat de Raad van State de gunningsbeslissing “vermoedelijk zal schorsen omwille van de foutieve beoordeling van het selectiecriterium”, beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Gillis-Waas op 27 januari 2014 tot het intrekken van de gunningsbeslissing van 23 december 2013.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekend verzonden brief van 31 januari 2014 deelt de verwerende partij deze intrekkingbeslissing mee aan de verzoekende partij. Tegelijk wordt haar meegedeeld dat het dossier opnieuw zal worden bekeken en wordt haar overeenkomstig artikel 104 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ gevraagd ten laatste 5 februari 2014 te bevestigen of zij haar offerte al dan niet handhaaft tot 31 maart 2014.

Met een e-mail, gewone brief en ook met een aangetekende brief van 5 februari 2014 behoudt de verzoekende partij zich het recht voor “om ons te voorzien tegen deze intrekking” en bevestigt zij, verwijzend naar voormeld artikel

104, dat “wij onze offerte handhaven mits opneming van de hierbij gevoegde 4 documenten inzake de selectiecriteria, aangezien wij vaststellen dat op de door ons neergelegde stukken bij de oorspronkelijke offerte kennelijk kritiek is gekomen door de klager”.

3.9. Bij arrest nr. 226.458 van 18 februari 2014 verwerpt de Raad van State de vordering tot schorsing aangezien ze door de intrekking zonder voorwerp is.

3.10. Op 10 februari 2014 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. Daarin worden vijf inschrijvers waaronder de verzoekende partij niet geselecteerd. Dit wordt als volgt gemotiveerd:

“Samenvatting van het nazicht van de inschrijvers

| Naam                                      | Tijdig | RSZ | Btw <sup>+</sup><br>bel.* | Jur. <sup>1</sup> | Fin. <sup>2</sup> | Techn. <sup>3</sup> |
|-------------------------------------------|--------|-----|---------------------------|-------------------|-------------------|---------------------|
| WE-S (Weysen & De Baere architecten bvba) | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | Niet OK             |
| Architectenbureau Van Severen bvba        | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | Niet OK             |
| Architectenbureau Ceulemans-Engelen bvba  | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | OK                  |
| Architecten Groep III bvba                | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | Niet OK             |
| Licence to Build                          | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | OK                  |
| L3M Architecten bv ovv bvba               | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | OK                  |
| Architectenvennootschap Atelierkyoto bvba | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | OK                  |
| Architectenbureau Chiapparo bvba          | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | OK                  |
| M*-1:1A-BB                                | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | Niet OK             |
| KROS thv                                  | Ja     | OK  | OK                        | OK                | OK                | Niet OK             |

\* Btw + belastingen

<sup>1</sup> Juridische situatie

<sup>2</sup> Economische en financiële draagkracht

<sup>3</sup> Technische bekwaamheid

#### Besluit van de kwalitatieve selectie

Volgende inschrijvers zijn uitgesloten of hun inschrijvingen bevatten essentiële tekortkomingen en worden dus niet geselecteerd:

| Naam                                      | Motivering                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| WE-S (Weysen & De Baere architecten bvba) | verzekering: geen recent document - niet essentiële onregelmatigheid (kan opgevraagd worden)<br><br>inschrijving Orde van Arch.: niet origineel of eensluidend verklaard, meer dan 1 jaar oud - essentiële onregelmatigheid<br><br>referenties: geen attest van goede uitvoering - essentiële onregelmatigheid                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Architectenbureau Van Severen bvba        | referenties: ofwel vergelijkbare opdracht, maar niet binnen de 5 jaar gerealiseerd en zonder attest; ofwel gerealiseerd in de afgelopen 5 jaar, met attest van goede uitvoering, maar geen vergelijkbare opdracht (dakenrenovatie, buitenschrijnwerk) - essentiële onregelmatigheid                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Architecten Groep III bvba                | referenties: enkel betreffende ontwerp, geen attest betreffende realisatie van de opdracht (werken) - essentiële onregelmatigheid<br><br>studie- en beroepskwalificaties: geen kopie van diploma, wel in geschreven tekst (Orde v Architecten OK) - niet-essentiële onregelmatigheid                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| M*-1:1A-BB                                | ter info: thv van Marc Macken Architecten, 1 to 1 Architecture, Bureau Bouwtechniek<br>bestek aangevraagd door 1 to 1 Architecture<br><br>referenties:<br>- M*2 ref. zonder attest; 1 ref. met attest, maar inhoud van het bouwproject onduidelijk, het betreft opmaak masterplan voor een school, waarvan de 1e bouwphase in uitvoering is in september 2013 en de 2e bouwphase start in voorjaar 2014<br>- 1:1A geen ref.<br>- BB referenties ter ondersteuning van andere architecten dan M* en 1:1A, geen project als architect van een opdracht, geen attesten van goede uitvoering, wel recent<br>- BAS (= onderaannemer) wel attesten voor studie |

|          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|          | <p>architectuur en stabiliteit<br/>essentiële onregelmatigheid</p> <p>studie- en beroepskwalificaties: geen kopie van diploma, wel in geschreven tekst (Orde v Architecten OK) - niet-essentiële onregelmatigheid</p>                                                                                      |
| KROS thv | <p>ter info: thv van OSQB en Kruijne Architectuur bestek aangevraagd door Architecten- en ingenieursburo OSQB bvba én door Kruijne Architectuur</p> <p>referenties: attesten van studie (dienst), de bouwprojecten moeten nog starten, dus geen attesten van realisaties - essentiële onregelmatigheid</p> |

Volgende inschrijvers worden geselecteerd omdat eventuele tekortkomingen niet essentieel zijn;

| Naam                                      | Motivering                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Architectenbureau Ceulemans-Engelen bvba  | studie- en beroepskwalificaties: geen kopie van diploma, wel in geschreven tekst (Orde v Architecten OK) - niet essentiële onregelmatigheid                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Licence to Build                          | <p>referenties: 1 van de vele referenties is voltooid en met attest van goede uitvoering; is een BKO-project (afbraak en nieuwbouw) t.w.v. 680.000 euro excl. btw, is vergelijkbaar als project in de openbare sector, geen AGION - niet essentiële onregelmatigheid</p> <p>studie- en beroepskwalificaties: geen kopie van diploma, wel in geschreven tekst (Orde v Architecten OK) - niet essentiële onregelmatigheid</p> |
| L3M Architecten bv ovv bvba               | In orde                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Architectenvennootschap Atelierkyoto bvba | referenties: 2 met attest van goede uitvoering, vergelijkbaar als project in de openbare sector (sportinfrastructuur t.w.v. 1.200.000 euro en 658.000 euro); 1 met attest betreffende school t.w.v. 1.500.000 euro is vergelijkbaar, attest staat op naam van architectenbureau Building Concepts, waarmee werd samengewerkt (men vermeldt AGI, is dit AGION?) - niet-essentiële onregelmatigheid                           |
| Architectenbureau Chiapparo bvba          | ter info: geen bestek aangevraagd                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |

|  |         |
|--|---------|
|  | In orde |
|--|---------|

[...].”

De offertes van de geselecteerde inschrijvers Licence to Build en Architectenbureau Chiapparo bvba worden onregelmatig bevonden. De drie overblijvende offertes waaronder deze van de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen worden regelmatig bevonden en vergeleken. Dit leidt tot de volgende eindrangschikking:

| Nr. | Naam                                      | Score |
|-----|-------------------------------------------|-------|
| 2   | Architectenbureau Ceulemans-Engelen bvba  | 90    |
| 10  | Architectenvennootschap Atelierkyoto bvba | 85    |
| 8   | L3M Architecten bv ovv bvba               | 80    |

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen.

3.11. Op 17 februari 2014 keurt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Gillis-Waas dit voorstel goed, hierbij het nazichtsverslag bijvallend, en gunt het de opdracht aan Architectenbureau Ceulemans-Engelen.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.12. Met een aangetekend en per e-mail verzonden brief van 26 februari 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen en dat haar inschrijving om de volgende redenen niet werd geselecteerd:

“uw firma voldoet niet aan de technische minimumvereisten.

>beoordeling referenties: enkel betreffende ontwerp, geen attest betreffende realisatie van de opdracht (werken) – essentiële onregelmatigheid

>studie- en beroepskwalificaties: geen kopie van diploma, wel in geschreven tekst (Orde van Architecten OK) – niet-essentiële

onregelmatigheid.”

Na een vraag daartoe van 4 maart 2014 deelt de verwerende partij bij e-mail en blijkbaar aangetekend verzonden brief van 6 maart 2014 de gemotiveerde gunningsbeslissing en het verslag van nazicht mee.

#### *IV. Tussenkoms*

4. De bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

#### *V. Ontvankelijkheid van de vordering*

5.1. De tussenkomende partij werpt op dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid gericht tegen de intrekkingbeslissing van 27 januari 2014 niet tijdig is, wat niet gedekt zou worden door een beroep te doen op de theorie van de complexe administratieve rechtshandeling, zoals de verzoekende partij aanvoert.

5.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

#### *VI. De schorsingsvoorwaarden*

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

## *VII. Onderzoek van de middelen*

### *A. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting*

7. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten van werken, leveringen en diensten’, van artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, van artikel 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van “[d]e algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het motiverings-, gelijkheids-, zorgvuldigheids-, redelijkheids- en transparantiebeginsel”.

Zij betoogt in de eerste plaats dat het selectiecriterium “technische bekwaamheid” in het bestek vereist dat bij de offerte minstens één referentie in de openbare sector gevoegd werd die werd aanbesteed in de afgelopen 5 jaar en vergezeld is van een attest van goede uitvoering. Nergens werd bepaald aan welke vormvereisten een “attest van goede uitvoering” zou moeten voldoen, laat staan dat per referentie een afzonderlijk “attest” diende te worden gevoegd. Evenmin wordt in het selectiecriterium gesteld dat enkel referenties die betrekking hadden op gerealiseerde projecten, in aanmerking zouden worden genomen. Er wordt daarenboven een attest van “goede uitvoering” gevraagd en geen attest van “goede voltooiing”, zodat onmiskenbaar ook voor lopende projecten een attest bijgebracht kon worden. Overigens is het in de architectuurwereld normaal om ook projecten in opbouw reeds als referentie te hanteren. Indien de verwerende partij het van essentieel belang achtte dat er referenties en attesten werden aangebracht met betrekking tot voltooide projecten, dan had zij dit ook in het bestek moeten opnemen.

De besteksbepaling met betrekking tot de gevraagde “referenties” is dan ook op zijn minst vaag te noemen, nu zij aanleiding heeft gegeven tot diverse interpretaties, hetgeen eveneens blijkt uit het gunningsverslag aangezien “in verschillende offertes over dit selectiecriterium en de a posteriori-vereiste dat het over ‘voltooide projecten’ diende te gaan, gestruikeld werd”.

Van een zorgvuldige overheid mag worden verwacht dat zij dit selectiecriterium voldoende duidelijk in het bestek omschrijft, minstens hiertoe verduidelijking verschaft of vraagt aan de inschrijvers. Door dit niet te doen, zijn het gelijkheids- en transparantiebeginsel en de ingeroepen bepalingen inzake motivering dan ook manifest geschonden. Minstens is het kennelijk onredelijk om de offerte van de verzoekende partij op grond van een onduidelijke besteksbepaling en zonder bijkomende vraag tot toelichting als onregelmatig te weren.

Voorts betoogt de verzoekende partij dat dit alles des te meer klemmt nu de verwerende partij ten onrechte het selectiecriterium inzake de

referenties als “essentiële besteksbe­paling” heeft beschouwd. Dit selectie­crite­rium werd in het bestek niet op straffe van nietigheid voorgeschreven en heeft evenmin betrekking op prijzen, termijnen of technische specificaties, zoals bepaald in artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. In het eerste gunningsverslag van 13 december 2013 werden ook alle inschrijvers op het vlak van technische bekwaamheid zonder meer “OK” bevonden, hetgeen bevestigt dat de verwerende partij klaarblijkelijk geen essentieel belang hecht aan het betrokken selectie­crite­rium. Het substantieel dan wel relatief karakter van de vermeende onregelmatigheid hangt ook niet samen met de ernst van de onregelmatigheid –zoals hier door de verwerende partij als maatstaf gehanteerd werd in het gunningsverslag– maar wel met de waarde die gehecht wordt aan de besteksbe­paling zelf.

De verwerende partij beschouwt in het gunningsverslag bij de kwalitatieve selectie bij bepaalde inschrijvers een vermeende onregelmatigheid als een essentieel kenmerk en bij andere inschrijvers dan weer als niet-essentieel en laat aldus uitschijnen dat zij over discretionaire beoordelingsvrijheid beschikt betreffende het selectie­crite­rium inzake referenties. Aldus, zo stelt de verzoekende partij, kan er in geen geval sprake zijn van een essentiële besteksbe­paling, minstens werd hiertoe geconcludeerd op basis van in rechte onaanvaardbare motieven en met miskennis van het gelijkheidsbeginsel.

Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat, zelfs indien aangenomen wordt dat het selectie­crite­rium inzake de referenties een niet-essentiële besteksbe­paling betreft waaromtrent de verwerende partij discretionaire beoordelingsbevoegdheid heeft om al dan niet tot het weren van de offerte over te gaan, dan nog geenszins te verantwoorden valt dat haar offerte zonder meer geweerd wordt, gelet op de hoger vermelde onduidelijkheid van de besteksbe­paling en het gegeven dat zij wel degelijk voldoet aan het selectie­crite­rium inzake de referenties:

“Zo stelt het gunningsverslag [...] niet dat er geen attest van goede uitvoering zou bijgebracht zijn, maar dat de offerte van verzoekster afwijkt van het bestek omdat de referentie, waarop het attest betrekking heeft, geen gerealiseerd project zou betreffen.

Welnu, zoals reeds aangehaald [...], wordt door de verwerende partij naderhand een interpretatie gegeven aan dit (onduidelijke) selectie criterium, welke geenszins als dusdanig in het bestek staat opgenomen. In dergelijke omstandigheden gaat de verwerende partij dan ook de grenzen van de redelijkheid te buiten om de offerte van verzoekster te weren zonder hieromtrent toelichting te verschaffen, minstens te vragen.”

### *Beoordeling*

8.1. Te dezen werd de offerte van de verzoekende partij in de bestreden beslissing niet onregelmatig verklaard maar werd de verzoekende partij niet geselecteerd. Haar grieven in dit middel betreffen dan ook de selectiefase. In dat licht blijkt niet *prima facie* hoe deze grieven een schending zouden inhouden van voormeld artikel 95 dat handelt over de regelmatigheid van de offertes. In de mate dat een grief gericht tegen haar niet-selectie ernstig wordt bevonden, staat wel niet vast dat haar offerte terecht niet verder werd beoordeeld en dus ook niet dat de opdracht gegund werd aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend, rekening houdende met de gunningscriteria, zoals vereist door artikel 25 van de wet van 15 juni 2006.

8.2. Relevant in dit kader zijn veeleer de niet ingeroepen artikelen 68 en 72 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Deze luiden als volgt:

“Art. 68. In geval van een opdracht voor werken, een opdracht voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerken nodig zijn of een opdracht voor diensten, kan de aanbestedende overheid:

1° de technische of beroepsbekwaamheid van de kandidaten of inschrijvers om de werken of de installatie uit te voeren of de diensten te verstrekken beoordelen aan de hand van met name hun knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid.

2° de rechtspersonen verplichten om in hun aanvraag tot deelneming of in hun offerte de namen en de beroepskwalificaties te vermelden van de personen die belast zijn met de uitvoering van de opdracht.”

“Art. 72. In geval van een opdracht voor diensten kan de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de kandidaat of de inschrijver op één of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of belangrijkheid en het doel van de diensten:

- 1° door het bewijs dat de kandidaat of de inschrijver voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen overeenkomstig artikel 77;
- 2° aan de hand van een opgave van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole;
- 3° aan de hand van de studie- of beroepskwalificaties van de dienstverlener of het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de dienstverlening kunnen worden belast;
- 4° enkel in passende gevallen, door de vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de dienstverlener kan toepassen in het kader van de uitvoering van de opdracht;
- 5° aan de hand van een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de dienstverlener en de omvang van het kaderpersoneel gedurende de laatste drie jaar;
- 6° aan de hand van een verklaring welke de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener voor het verlenen van de opdracht beschikt;
- 7° aan de hand van een lijst van de voornaamste diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De diensten worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit afgeeft of medeondertekent of in het geval van diensten voor een particuliere afnemer, door attesten van de afnemer of, bij ontstentenis, eenvoudigweg door een verklaring van de dienstverlener;
- 8° aan de hand van een beschrijving van de technische uitrusting van de dienstverlener, van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die zijn onderneming biedt op het vlak van studie en onderzoek;
- 9° in het geval van complexe diensten of wanneer deze bij wijze van uitzondering aan een bijzonder doel moeten beantwoorden, aan de hand van een controle door de aanbestedende overheid of, in diens naam, door een bevoegd officieel orgaan van het land waar de dienstverlener gevestigd is, onder voorbehoud van instemming door dit orgaan. Deze controle heeft betrekking op de technische capaciteit van de dienstverlener en, zo nodig, op diens mogelijkheden inzake studie en onderzoek en de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen;
- 10° aan de hand van de omschrijving van het gedeelte van de opdracht dat de dienstverlener eventueel in onderaanneming wil geven.”

In uitvoering van dit artikel 72 heeft de verwerende partij in het bestek en de aankondiging, inzake technische bekwaamheid en onder “minimumeisen”, bepaald dat bij de offerte moet worden gevoegd “de opgave van minstens één referentieproject in de openbare sector (naleving wetgeving overheidsopdrachten, ervaring met scholenbouw en vergelijkbaar AGION-project). Alle voorgelegde projecten moeten hun aanbesteding gekend hebben in de

afgelopen 5 jaar, en vergezeld zijn van een attest van goede uitvoering van de bouwheer”.

De verzoekende partij werd niet geselecteerd omdat niet aan die voorwaarde was voldaan.

9.1. In de mate dat in het middel de formele motivering van de niet-selectie van de verzoekende partij aan de orde is, toont de verzoekende partij niet op het eerste gezicht aan waarom de meegedeelde en geciteerde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen haar niet-selectie. Het tegendeel blijkt veeleer uit dit middel. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens de *ratio legis* ervan.

9.2.1. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel verder de beoordeling van dit selectie criterium betwist, dient te worden opgemerkt dat het in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt de voorgelegde referenties te beoordelen en dat zij terzake over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt.

Om de volgende redenen toont de verzoekende partij niet *prima facie* aan dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsvrijheid heeft geschonden door de verzoekende partij niet te selecteren.

9.2.2. Anders dan de verzoekende partij aanvoert, lijkt het dat het bestek in ieder geval voldoende duidelijk een referentie vereist van een project dat een “aanbesteding gekend [heeft] in de afgelopen 5 jaar”, waarmee verwezen lijkt naar het bouwproject zelf, en waarvoor een attest van goede uitvoering van de bouwheer wordt voorgelegd. Minstens lijkt dit te vereisen dat het project een voltooid en aanbesteed ontwerp betreft. Samengenomen met voormeld artikel 72, dat verwijst naar diensten die werden verricht, en met de omschrijving van de voorliggende opdracht in artikel I.1. van het bestek, mag *prima facie* worden aangenomen dat het referentieproject het ontwerp, maar ook de aanbesteding, het uitvoeringsdossier, de controle en coördinatie van de uitvoering, de veiligheidscoördinatie en EPB coördinatie moet betreffen, en dat dit ook moet worden bevestigd in het attest van goede uitvoering. Aanvoeren dat elk begonnen project volstaat nu geen ‘attest van voltooiing’ is vereist, lijkt ook voorbij te gaan

aan het doel van de referenties, namelijk de technische bekwaamheid aantonen om de opdracht naar behoren uit te voeren.

Aldus lijkt evenmin aangetoond dat deze vereiste vaag en voor meerdere interpretaties vatbaar was. Het feit dat verschillende inschrijvers niet werden geselecteerd toont niet *prima facie* het tegendeel aan.

9.2.3. De vertrouwelijk voorgelegde offerte van de verzoekende partij bevat een lijst van vijf referenties en een door haarzelf als niet vertrouwelijk stuk voorgelegde referentiebrief van de algemeen directeur van de betrokken Scholengroep die eveneens de vijf in de offerte vermelde referenties opsomt.

Voorts kan worden vastgesteld dat de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen, als de verzoekende partij in de zaak A. 211.439/XII-7565 waarin zij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging vorderde van de eerste –inmiddels ingetrokken– gunningsbeslissing, in een eerste middel betoogde dat de opgegeven referenties niet voldeden aan de in het bestek gestelde eisen.

De verzoekende partij, die in het kader van de voormelde zaak als derde-belanghebbende kennis kreeg van de inhoud van dit verzoekschrift, reageerde in een brief van 5 februari 2014 op de intrekkingbeslissing, maar ging inhoudelijk niet op dit eerste middel in. Aldus betwistte zij dan niet, en dit doet zij in haar verzoekschrift nog steeds niet, de argumentatie van de bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen, dat de betrokken referentieprojecten nog niet aanbesteed en uitgevoerd waren. Integendeel, zij voegde bij die brief stukken betreffende andere projecten die zij in de openbare sector met toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering uitgevoerd had en waarvan wel een attest van goede uitvoering bijgevoegd was.

Aldus mag op het eerste gezicht worden aangenomen dat te dezen niet voldaan was aan de vereiste dat één van de referentieprojecten initieel gevoegd bij de offerte, aanbesteed was in de afgelopen vijf jaar. Evenmin blijkt dan uiteraard dat deze brief de goede uitvoering van die aanbesteding attesteert, en lijkt

de bestreden beslissing terecht vast te stellen “referenties: enkel betreffende ontwerp, geen attest betreffende realisatie van de opdracht (werken)”.

9.2.4. De opmerkingen dat er geen formele eisen gelden voor de attesten van goede uitvoering of dat nergens werd bepaald dat een afzonderlijk attest per referentie diende te worden bijgevoegd, lijken in dit verband niet relevant nu werd vastgesteld dat er gewoonweg geen attest van goede uitvoering is opgenomen in de offerte van de verzoekende partij.

9.2.5. Het betoog dat de selectievereiste niet essentieel zou zijn, overtuigt evenmin aangezien deze referentie uitdrukkelijk als minimumeis wordt gesteld. Wanneer daaraan niet is voldaan, kon de verwerende partij, zo lijkt, niet zonder het bestek en de gelijke behandeling van de inschrijvers te schenden, een inschrijver toch selecteren. Het tegendeel blijkt niet uit het feit dat de verwerende partij in het besluit in het gunningsverslag bij de niet-selectie bepaalde tekortkomingen als niet-essentieel beschouwt alleen al nu deze niet deze eis betreffen. Evenmin blijkt het tegendeel uit het feit dat in het eerste gunningsverslag van 13 december 2013 die tekortkoming niet werd gesanctioneerd. De daarop steunende beslissing werd trouwens, zoals uit de beoordeling van het tweede middel zal blijken, *prima facie* terecht ingetrokken; het gunningsverslag werd vervangen door het gunningsverslag van 10 februari 2014.

Evenmin blijkt dat andere inschrijvers met eenzelfde tekortkoming wél werden geselecteerd.

9.2.6. In de mate dat de verzoekende partij ten slotte meent dat in ieder geval niet beslist mocht worden haar niet te selecteren zonder haar toelichting te vragen, lijkt zij die vereiste af te leiden uit de ingeroepen vaagheid van de voormelde bestekbepaling en de stelling dat deze vereiste niet essentieel is. Deze premissen werden zoals gezien niet aanvaard.

10. Aldus blijkt niet dat de beslissing de verzoekende partij niet te selecteren niet steunt op een afdoende motief noch dat hierdoor de ingeroepen rechtsregels, voor zover relevant, werden geschonden of dat onzorgvuldig, onredelijk of niet transparant werd gehandeld.

Evenmin wordt aangetoond dat de verzoekende partij hierdoor ongelijk werd behandeld.

Het middel is niet ernstig.

#### *B. Tweede middel*

##### *Uiteenzetting*

11. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006, van artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, van artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en van “[d]e algemeen beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het motiverings-, zorgvuldigheids-, redelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel”.

In wezen betoogt zij dat de verwerende partij tot intrekking is overgegaan louter omwille van een vermeende onregelmatigheid betreffende het selectie criterium inzake de referenties, terwijl onder het eerste middel reeds werd uiteengezet dat het selectie criterium inzake de referenties een niet-essentiële besteksbepalings betreft, waarbij de verwerende partij de discretionaire bevoegdheid heeft om de offertes al dan niet te weren.

Voorts merkt zij op dat het in de eerste plaats aan de verwerende partij en niet aan een inschrijver, zoals te dezen de tussenkomende partij, toekomt om te beoordelen of een offerte al dan niet beantwoordt aan besteksbepalingen, laat staan dat een inschrijver zijn interpretatie over hoe een selectie criterium ingevuld en beoordeeld zou moeten worden, zou opleggen aan de verwerende partij. Dit klemmt des te meer wanneer die zogenaamde interpretatie van de inschrijver niet eens tot een correcte invulling en beoordeling van het desbetreffende selectie criterium leidt.

Nergens in het bestek wordt immers bepaald “aan welke vormvereisten een ‘attest van goede uitvoering’ (en dus geen ‘attest van goede voltooiing’) zou moeten voldoen, laat staan dat per referentie een afzonderlijk

‘attest’ gevoegd diende te worden”. Zij voegde verder wel degelijk een geldig attest van goede uitvoering bij haar offerte zoals de verwerende partij overigens zelf stelt in het gunningsverslag dat deel uitmaakt van de eerste bestreden beslissing. Evenmin wordt in het selectiecriterium gesteld dat enkel referenties die betrekking hadden op gerealiseerde projecten, in aanmerking zouden worden genomen. Dat de verwerende partij op ingeven van een inschrijver naderhand van oordeel geworden is dat de referenties betrekking dienen te hebben op gerealiseerde projecten, doet geen afbreuk aan het feit dat deze voorwaarde geenszins in het bestek is opgenomen en aldus onmogelijk *a posteriori* als voorwaarde kan worden opgelegd, laat staan dat dit de regelmatigheid van de eerste gunningsbeslissing zou aantasten. Tot slot werd op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat bepaalde referenties niet aanvaard konden worden omdat deze niet 5 jaar voorafgaand aan de opening van de offertes aanbesteed zouden zijn, aspect dat ook geenszins werd vermeld in het gunningsverslag dat deel uitmaakt van de eerste bestreden beslissing.

De verzoekende partij besluit haar betoog:

“56. De ter zake opgeworpen kritiek van een inschrijver is dan ook kennelijk ongegrond en in dit opzicht heeft de verwerende partij dan ook al te voorbarig geconcludeerd dat de eerste gunningsbeslissing waarbij de opdracht aan de verzoekende partij werd gegund, onregelmatig zou zijn. Terecht kon de verwerende partij na zorgvuldig onderzoek van de offerte van de verzoekende partij en op grond van haar discretionaire bevoegdheid immers besluiten tot de regelmatigheid ervan.

57. Gelet op het voorgaande was er dan ook geen enkele draagkrachtige en rechtens verantwoorde reden voorhanden om de eerste gunningsbeslissing in te trekken, want de geformuleerde kritiek blijkt kennelijk ongegrond te zijn.

Door hiermee geenszins rekening te houden is de tweede bestreden beslissing dan ook met miskenning van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel tot stand gekomen.

Minstens is de tweede bestreden beslissing ter zake niet afdoende gemotiveerd, nu geenszins gemotiveerd is waarin de ‘foutieve beoordeling van het selectiecriterium’ dan wel gelegen is.

In het licht van het voorgaande werd door de bestreden beslissing bijgevolgodeloos rechtsonzekerheid gecreëerd, nu blijkt dat de opdracht overeenkomstig artikel 25 van de Wet Overheidsopdrachten en artikel 95 van het KB Plaatsing wel degelijk aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte werd gegund.”

### *Beoordeling*

12.1. Dit middel betreft de beslissing van 27 januari 2014 tot intrekking van de eerste gunningsbeslissing. Die intrekking wordt onder meer als volgt gemotiveerd:

“Gelet op de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, op 22 januari 2014 ingediend bij de Raad van State door bvba Architectenbureau Ceulemans-Engelen en door de griffier van de Raad van State per fax aan het gemeentebestuur meegedeeld op 24 januari 2014 (dossier G/A.211439/XII-7565);

Overwegende dat de klacht betrekking heeft op de wijze van puntentoekenning voor het gunningscriterium ‘architecturale voorstellen en visie op het project’ en de foutieve beoordeling van het selectiecriterium ‘opgave van minstens één referentieproject in de openbare sector...’;

Gelet op het mondelinge advies van Meester Erika Rentmeesters, Truyens Advocaten;

Overwegende dat de Raad van State de gunningsbeslissing voor de opdracht ‘ontwerper AGIO project GBS aanstellen’ vermoedelijk zal schorsen omwille van de foutieve beoordeling van het selectiecriterium;

Overwegende dat, rekening houdende met het voorgaande, de gunningsbeslissing van 23 december 2013 dient te worden ingetrokken;”

12.2. Volgens de klassieke intrekkingenleer die door de Raad van State wordt toegepast, mag een administratieve rechtshandeling die geen rechten heeft doen ontstaan, steeds, en ongeacht het regelmatig of onregelmatig karakter ervan, worden ingetrokken, wanneer de overheid oordeelt dat het algemeen belang zulks vereist. Een regelmatige administratieve rechtshandeling die rechten heeft verleend, kan niet worden ingetrokken. Er anders over beslissen zou strijdig zijn met de rechtszekerheid.

Wat de gunning van overheidsopdrachten betreft lijkt er, zoals de Raad reeds overwoog in het arrest Aralco, nr. 83.788 van 2 december 1999, slechts sprake te zijn van een administratieve rechtshandeling die rechten toekent, nadat de

overeenkomst tussen de aanbestedende overheid en de gekozen inschrijver is gesloten.

De verzoekende partij beweert niet en er blijkt ook niet uit het dossier dat de eerste, ingetrokken beslissing tot gunning aan haar geleid heeft tot de sluiting van de overeenkomst tussen haar en de verwerende partij.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht dan ook niet aan om welke reden de eerste gunningsbeslissing van 23 december 2013, die haar nog geen rechten verschaft, niet zou mogen worden ingetrokken, gesteld dat de intrekingsbeslissing aan de motiveringsverplichtingen voldoet, wat voorts in het middel ter sprake komt.

In zoverre is dan ook niet aangetoond dat het rechtszekerheidsbeginsel zou zijn miskend.

12.3. In wezen herhaalt de verzoekende partij in dit middel de grief dat er geen reden was om haar niet te selecteren om de redenen uiteengezet in het eerste middel en dus ook niet om de eerste beslissing in te trekken. Nu het eerste middel niet ernstig werd bevonden en zij dus terecht niet-geselecteerd lijkt, lijkt de eerste gunningsbeslissing ook terecht ingetrokken en lijkt dit middel bijgevolg niet ernstig in de mate dat het op dezelfde grieven steunt.

12.4. Het middel is niet ernstig.

### *VIII. Besluit*

13. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

### *IX. Rechtsplegingsvergoeding*

14.1. De verzoekende partij en de verwerende partij verklaren ter zitting niet langer aan te dringen op de door hen gevraagde

rechtsplegingsvergoeding. Dit dient te worden opgevat als een afstand van deze vorderingen.

14.2. In zoverre ook de tussenkomende partij een rechtsplegingsvergoeding vordert, wordt erop gewezen dat zij, overeenkomstig het uitdrukkelijk bepaalde in artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, niet voor deze vergoeding in aanmerking komt.

### **BESLISSING**

**1. Het verzoek van de bvba architectenbureau Ceulemans-Engelen tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vordering.**

**3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 april 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,

griffier.

**De griffier**

**De voorzitter**

**Frank Bontinck**

**Pierre Barra**