

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.005 van 28 juni 2018
in de zaak A. 225.404/XII-8562**

In zake: de NV B-ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Peeters en Roeland Van Cleemput
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA 51N4E
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Matthias De Groot
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 juni 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Vlaamse Gemeenschap, Fonds Culturele Infrastructuur dd. 23 april 2018, zoals gevoegd bij het aangetekend schrijven van de Vlaamse Overheid, Agentschap Facilitair Bedrijf dd. 9 mei 2018 en overeenkomstig de verdere

motieven meegedeeld door de Vlaamse Overheid, Agentschap Facilitair Bedrijf met aangetekend schrijven dd. 22 mei 2018 waarbij wordt beslist om de opdracht ‘Overheidsopdracht voor aanneming van Diensten, Studieopdracht voor de transformatie en vernieuwing van het Kaaithheater, Bestek nr. 2018/HFB/OP/33769’ te gunnen aan de bvba 51N4E voor een bedrag van 1.640.164,68 Eur (incl. btw) en niet aan [de nv B-Architecten]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 juni 2018 heeft de bvba 51N4E gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 juni 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters en advocaat Matthias Verbruggen, *loco* advocaat Christophe Lenders, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Patrick Peeters en Roeland Van Cleemput, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Nathanaëlle Kiekens, die *loco* advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp “Studieopdracht voor de transformatie en vernieuwing van het Kaaitheater”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 16 januari 2018 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 18 januari 2018.

3.2. De gunningswijze is de openbare procedure. Het bestek “2018/HFB/OP/33769 - Studieopdracht voor de transformatie en vernieuwing van het Kaaitheater” is van toepassing.

Het Kaaitheater is gelegen op de hoek van de Saintelettesquare en de Akenkaai te Brussel.

De huidige overheidsopdracht omvat:

- de afbraak van de gebouwen aan de Akenkaai;
- de bouw van een nieuwe zaal, loges, creatieplekken en ondersteunende functies;
- de bouw van nieuwe kantoren voor het Kaaitheater;
- renovatie van volgende delen van de grote zaal: toneeltoren, balkon en zijtoegangen;
- de vervanging van de bestaande trekkenwand door een geautomatiseerd systeem.

In het bestek worden de volgende gunningscriteria opgenomen:

1. Prijs op 50 punten;
2. Methodologie en visie op 20 punten;
3. Duurzaamheid op 10 punten;
4. Ontwerpteam op 5 punten;
5. Referenties op 15 punten.

Het tweede criterium wordt als volgt weergegeven:

“2. Methodologie en visie 20 punten

Kwaliteit concept & visie - (weging 60%)

- Visie (weging 30%)

De aanbestedende overheid wil de visie op de opdracht en de ontwerpmethodiek van de inschrijver kunnen beoordelen, met name hoe een project van de inschrijver tot stand zal kunnen komen.

De inschrijver maakt hiervoor een conceptnota op die voldoende beschrijft welke de verschillende stappen zijn die zullen worden genomen en die de specifieke benadering van de opdracht in het voorliggend dossier toelicht. Elementen die in de visie aan bod komen zijn:

- o stedenbouwkundige visie of de verhouding tot een breder ruimtelijk kader;
- o architecturale visie zowel op conceptueel, functioneel als technisch vlak;
- o visie op de omgeving of hoe de dienstverlener denkt om te gaan met de specifieke stedelijke context, waarbinnen het Kaaitheater zich bevindt (de kanaalzone, het Saincteletteplein, de Citroëngarage)
- o visie op duurzaamheid;

- Uitwerking van een schetsontwerp ter verduidelijking van de architecturale visie. (weging 30%)

Documenten: conceptnota; max. 6 pagina's A4, of max 3 pagina's A3 schetsontwerp

Kwaliteit van het ontwerpproces, uitvoeringsproces en samenwerking - (weging 40%)

[...]

Document: plan van aanpak: max. 6 pagina's A4, of max. 3 pagina's A3

De beoordeling van de offertes zal gebeuren via volgend beoordelingssysteem:

+++ uitmuntend (100%)

++ Uitstekend (90%)

+ zeer goed (80%)

0+ Goed (65%)

0- Voldoende (50%)

- Onvoldoende (30%)

- Slecht (0%).”

In het bestek wordt voorts vermeld dat de opdracht betrekking heeft op een studieopdracht architectuur, bouwkunde en technieken, en wordt verwezen naar het behoeftenprogramma in bijlage 2 “programma van eisen, plannen en foto's” - projectdefinitie.

Bijlage 2.6.9 maakt ook deel uit van de bijlage 2. Deze bijlage 2.6.9 draagt als titel “Toekomstvisie voor de transformatie en vernieuwing van het Kaaithheater — Syntheseboek haalbaarheidsstudie (februari 2017)”. Dit syntheseboek is het eindrapport van een voorafgaande overheidsopdracht waarbij een haalbaarheidsstudie “Toekomstvisie voor de transformatie en vernieuwing van het Kaaithheater” werd uitgevoerd in het najaar van 2016 door de bvba 51N4E en twee andere ondernemingen.

3.3. Er worden vijf offertes ingediend.

3.4. Er wordt een juryverslag opgesteld op 19 maart 2018 en een gunningsverslag op 22 maart 2018. Hierin worden de vijf inschrijvers geselecteerd en worden de vijf offertes regelmatig bevonden. Vervolgens worden de offertes beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria.

De puntentoekenning is als volgt:

“

116 Samenvatting na beoordeling van de gunningscriteria

	Prijs	Methodologie en visie	Duurzaamheid	Ontwerpteam	Referenties	TOTAAL
<i>Totale punten</i>	<i>50,00</i>	<i>20,00</i>	<i>10,00</i>	<i>5,00</i>	<i>15,00</i>	<i>100</i>
51N4E	43,70	19,40	6,50	4,50	15,00	89,10
Antwerps Architecten Atelier	50,00	7,60	5,00	2,70	4,50	69,80
TV AAC- Hebbelinck	49,94	10,00	8,00	3,25	9,75	80,94
B-Architecten	49,89	15,10	8,00	4,00	12,00	88,99
TV Zampone – L'Escaut	49,92	13,30	6,50	3,25	12,00	84,97

Een gedetailleerde overzichtstabel met de punten van de kandidaten voor de verschillende gunningscriteria is terug te vinden in bijlage aan dit juryverslag

12 Besluit

Rangschikking na evaluatie

1 51N4E	89,10 punten
2 B-architecten nv	88,99 punten
3 TV Zampone Architectuur CVBA-L'Escaut Architectures SCRL	84,97 punten
4 TV AAC ARCHITECTURE –Atelier d'Architecture Pierre Hebbelinck	80,94 punten
5 Antwerps Architecten Atelier	69,80 punten

De opdracht zal worden toegewezen aan de regelmatige inschrijver die de hoogste score behaalt op het totaal van de gunningscriteria **51N4E**

.”

3.5. Op 23 april 2018 gunt de verwerende partij de opdracht aan de bvba 51N4E.

Bij brief van 9 mei 2018 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht niet aan haar werd gegund.

Bij brief van 22 mei 2018 maakt de verwerende partij aan de verzoekende partij een afschrift van het juryverslag over.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij heeft een “pleitnota” ingediend.

Het procedurereglement kort geding voorziet niet in de mogelijkheid tot het indienen van dergelijke nota. Te dezen heeft de verzoekende partij haar nota echter gesteund op gegevens die zij pas kon kennen bij inzage van de stukken van de tussenkommende partij. In die particuliere omstandigheden is de toelichting in deze nota ontvankelijk in het debat gebracht.

V. Tussenkoms

5. De bvba 51N4E blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. De verwerende partij werpt een exceptie van niet-tijdigheid van de vordering op waarvan zij echter ter terechtzitting afstand doet.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

8.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de “artikelen 81 en 83 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten”, van het “artikel 76 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren”, van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”, van “het gelijkheidsbeginsel en het beginsel patere legem

quam ipse fecisti” en van “het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

Zij betoogt:

“Doordat eerste onderdeel de opdracht is gegund aan de gekozen inschrijver; Dat het bestek stipuleert dat de inschrijvers wat betreft visie een conceptnota dienen op te maken die de specifieke benadering van de opdracht in het voorliggend dossier toelicht; Dat het schetsontwerp deze visie dient te verduidelijken; Dat het voorliggend dossier wordt omschreven in de technische specificaties waarbij wat betreft de gevraagde behoeften verwezen wordt naar het programma van eisen gevoegd als bijlage bij het bestek; Dat de gekozen inschrijver een conceptnota en een schetsontwerp heeft ingediend die afwijken van het programma van eisen wat betreft het voorschrift dat de publieksingang zich zal situeren aan het Saincteletteplein; Dat de verwerende partij de afwijking door de gekozen inschrijver van het programma van eisen meeneemt in de beoordeling van het gunningscriterium ‘methodologie en visie’; Dat de verwerende partij niet motiveert waarom deze afwijking niet substantieel is; Dat de verwerende partij haar eigen programma van eisen en behoefteomschrijving niet respecteert;

Doordat tweede onderdeel de verwerende partij bij [haar] beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver wat betreft het subgunningscriterium ‘Kwaliteit concept & visie’ een afwijking van het programma van eisen positief heeft beoordeeld; Dat deze beoordeling voor de gekozen inschrijver aanleiding heeft gegeven tot de maximale punttoekenning ‘uitmuntend’ (100%) wat betreft de kwaliteit van de visie, en ‘uitstekend’ (90%) wat betreft de kwaliteit van het concept; Dat indien verzoekende partij wist dat afwijken van het programma van eisen toegestaan was derwijze dat dit zou leiden tot maximaal positieve beoordelingsmogelijkheden, zij haar concept gans anders had ingevuld; Dat de gekozen inschrijver door onder meer af te wijken van het programma van eisen, voor het subgunningscriterium ‘Kwaliteit concept & visie’ 2,7 punten meer toebedeeld kreeg dan de verzoekende partij; Dat het totale puntenverschil tussen de offerte van verzoekende partij en de gekozen inschrijver slechts 0,11 punten bedraagt; Dat niet vaststaat dat de opdracht aan de economisch meest voordelige offerte werd gegund;

Terwijl eerste onderdeel de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is en derhalve moet worden nietig verklaard; Dat de functionele eisen opgenomen in het programma van eisen houdende omschrijving van de gevraagde behoeften, minimale eisen uitmaken; Dat een onregelmatige offerte die afwijkt van de minimale eisen in het bestek niet kan worden vergeleken met een regelmatige offerte ingediend overeenkomstig de minimale eisen in het bestek; Dat de niet-naleving van de minimale eisen een substantiële onregelmatigheid uitmaakt; Dat alleszins het toelaten door de verwerende partij van het afwijken van het

programma van eisen de betreffende inschrijver een discriminerend voordeel biedt; Dat dit discriminerend voordeel blijkt uit de positieve puntentoekenning in het kader van de beoordeling van de offertes; Dat de afwijking van het programma van eisen de vergelijking ervan met de andere offertes verhindert; Dat offertes van aard een discriminerend voordeel te bieden of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen substantieel onregelmatig zijn; Dat de verwerende partij dient te motiveren waarom afwijkingen van de vereisten in het bestek niet substantieel zijn;

Terwijl tweede onderdeel de verwerende partij verplicht is de gunnings-criteria in het bestek gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uit te leggen en op uniforme wijze toe te passen op alle inschrijvers; Dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes haar eigen programma van eisen en behoefteomschrijving dient na te leven; Dat de verwerende partij – mocht zij de afwijking al kunnen aanvaarden als niet substantieel onregelmatig – alleszins deze afwijking van het programma van eisen niet positief mag beoordelen; Dat de verwerende partij minstens het voldoen aan de behoefte opgenomen in het programma van eisen beter dient te beoordelen dan een afwijking van de gevraagde behoefte;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

In de toelichting bij het eerste middelonderdeel wijst de verzoekende partij erop dat het programma van eisen “minimale eisen” zijn “waarmee de conceptnota en het schetsontwerp dienen rekening te houden”. Bij de projectdefinitie wordt *sub* 2.3 het “programma van eisen” opgenomen. Onder 2.3.2.3 “Ontsluiting van het gebouw”, wordt vermeld dat “[d]e publieksingang [...] zich [zal] situeren aan de Saintelettesquare”. De tussenkommende partij heeft echter, zo blijkt uit het juryverslag, de publieksingang verlegd naar de Akenkaai, waarbij in dit verslag wordt opgemerkt dat deze “keuze” kan worden gevolgd “in de logica van een spectaculaire ingang voor het nieuwe museum”. Dit is een afwijking van een duidelijke bestekseis. Volgens artikel 76, § 1, koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ is een offerte die afwijkt van de minimale eisen substantieel onregelmatig en dient ze te worden geweerd. In elk geval, zo vervolgt de verzoekende partij, heeft de tussenkommende partij hier een discriminerend voordeel genoten “door het kunnen indienen van een offerte die afwijkt van het programma van eisen” aangezien deze afwijking door de jury duidelijk positief werd beoordeeld; immers in dit verslag is er sprake van dat “[h]et verleggen van de publieksingang naar de Akenkaai [...] voor een heldere structuur en verhoging van de leesbaarheid van het gebouw

[zorgt]”. Hierbij moet worden bedacht dat de offerte van de gekozen inschrijver als enige, wat de beoordeling van de visie betreft, met “uitmuntend” en, wat de beoordeling van het concept betreft, met “uitstekend” werd gewaardeerd. Overigens, zo besluit de verzoekende partij, kunnen de offertes niet meer met elkaar worden vergeleken aangezien de ene wel en de andere niet beantwoordt aan de eisen.

In de toelichting bij het tweede middelonderdeel wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij tijdens de gunningsprocedure de inhoud van een gunningscriterium heeft gewijzigd. “De gekozen inschrijver heeft [immers] een visie kunnen ontwikkelen in afwijking van het programma van eisen en zodoende op andere wijze het project conceptueel, functioneel als technisch kunnen ontwikkelen” dan de andere inschrijvers in achtnemende dat “[d]e eis dat de publiekstoegang zich op een bepaalde plaats zal bevinden [...] evenwel manifest bepalend [is] voor de verdere uitwerking van het concept”. “Een onbepaald aandeel van de aan de gekozen inschrijver toebedeelde punten is daarbij het gevolg van de positieve beoordeling van de afwijking op het programma van eisen”. De verzoekende partij wijst er ook op dat zij niet de kans heeft gehad een totaal andere visie en concept te ontwikkelen “indien geweten [was] dat het programma van eisen geen na te leven eisen formuleerde”.

8.1.2. De verwerende partij wijst er in haar nota op dat er naast het programma van eisen ook een syntheseboek inzake de voorgaande haalbaarheidsstudie bij de opdrachtdocumenten, die weliswaar geen finaal ontwerp is, is opgenomen. Eén van scenario’s in deze studie voorziet in een publiekstoegang zowel langs de Saintelettesquare als langs de Akenkaai. Voorts wijst de verwerende partij erop dat haar behoeftes geen definitieve technische specificaties/minimale eisen/eisen zijn die als substantieel zijn aangemerkt in het bestek; het gaat hier overigens, zo merkt zij op, om een weinig belangrijk element. Ook wordt in het bestek vermeld dat de bestaande behoeftes van de verwerende partij in de projectdefinitie nog moeten worden uitgewerkt in overleg met de opdrachtnemer. “De behoefte dat ‘de publieksingang zich zal situeren aan de Saintelettesquare’ had dus een richtingaangevend doch voorlopig karakter, net zoals de andere behoeftes. De afwijking van deze behoefte in de conceptnota van 51N4E bvba kwalificeert niet als een substantiële onregelmatigheid doch als een

loutere innovatieve discordantie”. Ook wijst de verwerende partij erop dat aan de inschrijvers door het bestek veel autonomie is gelaten; het architecturaal onderzoek is een ontwerpend onderzoek. Hier is dus volgens de verwerende partij geen sprake van een substantiële onregelmatigheid.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, herhaalt de verwerende partij dat “de behoefte dat ‘de publieksingang zich zal situeren aan de Saintelettesquare’ niet al te strikt [moet] worden opgevat nu de projectdefinitie ook andere behoeftes vermeldt”.

8.1.3. De tussenkomende partij wijst erop dat zij in haar offerte een innoverend systeem van toegang voorstelt, “namelijk verschillende toegangen om de gebruiksmogelijkheden te vergroten”. “Deze toegangen bevinden zich op 3 verschillende locaties: kanaal, plein, binnenstraat aan de garage, en een mogelijke aantakking op het eerste niveau van Citro[ë]n”.

In de beschrijving van de toegankelijkheid in haar offerte maakt de tussenkomende partij volgens haar duidelijk gewag van een publieksingang aan het Sainteletteplein die wordt mogelijk gemaakt via het restaurant en het café. “Aldus wijkt verzoekende partij tot tussenkomst niet af van voornoemde bestekbepaling, maar biedt zij een voorstel aan waarbij een publiektoegang aan het Sainteletteplein wordt opgenomen”. Wanneer in het juryrapport sprake is dat “[h]et verleggen van de publieksingang naar de Akenkaai [afwijkt] van het programma van eisen” wordt ongetwijfeld bedoeld dat het voorstel innovatief is. Het bestek verbiedt niet dat meerdere publiekstoegangen worden aangeboden.

Beoordeling

8.2. In het bestek wordt, wat de inhoud van de opdracht betreft, in de technische voorschriften verwezen naar de bijlage “programma van eisen, plannen en foto’s”. In dat programma van eisen, en meer bepaald in punt 2.3.2.3.A, is inzake de ontsluiting van het gebouw vermeld:

“De publieksingang zal zich situeren aan de Saintelettesquare”.

De tussenkomende partij stelt in haar offerte het volgende, die passage herneemt zij in haar verzoekschrift tot tussenkomst, voor:

“Een gelaagdheid in gebruik en toegankelijkheid

De doorsteek takt onmiddellijk aan op de straat, en maakt het Kaaitheater zichtbaar en laagdrempelig toegankelijk. We zien de toegang aan de Akenkaai als de officiële toegang: als het gebouw open is, dan vindt men hier het hoofdadres. Inkomhal en foyer vormen van hieruit gezien dan ook één enkele ruimte: het Kaaitheater ligt aan de kaai. De White Box is een ware vitrine op de kaai, en kan zowel autonoom gebruikt worden als aantakken en deel worden van de foyer. De ingang aan Saintelette beelden we ons in via het restaurant en het café. We zien deze over de volledige breedte van de gevel: een duidelijk geheel met een sterke atmosfeer in lijn met de gevel, met het restaurant en café ook als ruimtes die mogelijk van elkaar kunnen afgesloten worden. Ontwikkeld als interieurs met een sterke identiteit werken ze in contrast met de openheid van het Saintelettesquare. Hier binnenkomen geeft onmiddellijk een sterk gevoel van ergens te zijn, en niet zomaar toe te komen in een onduidelijke passageruimte. Hier toekomen betekent warm onthaald worden, onmiddellijk in de sfeer van een avondje uit. De toegang tot de foyer vanuit restaurant en bar zou volgens ons ook afgesloten moeten kunnen worden, zodat deze vroeger kunnen openen en later kunnen sluiten”.

Wat de beoordeling van het subgunningscriterium “Kwaliteit van concept en visie” van het gunningscriterium “Methodologie en visie” betreft, wordt in het juryverslag over de offerte van de tussenkomende partij onder meer vermeld:

“Het verleggen van de publieksingang naar de Akenkaai wijkt af van het programma van eisen[.] In de logica van een spectaculaire ingang voor het nieuwe museum in de Citroëngarage kan de jury deze keuze volgen. De dwarsverbinding (Akenkaai – Citroën) geeft de mogelijkheid tot een heldere constellatie voor het publiek en tot een vrijblijvende maar logische synergie met Citroën.”

en

“Het verleggen van de publieksingang naar de Akenkaai zorgt voor een heldere structuur en verhoging van de leesbaarheid van het gebouw [...] De uitdrukkelijke keuze van de publieksingang langs de Akenkaai en het café/restaurant langs de Saintelettesquare creëert aan deze zijde mogelijkheden naar andere synergieën met Citroën.”

Globaal beoordeelt de jury de kwaliteit van de visie van de tussenkomende partij als uitmuntend en de kwaliteit van het concept als uitstekend.

Het programma van eisen omvat een veelheid en diversiteit aan voorwaarden waaraan de opdracht lijkt te moeten voldoen; zo wordt erin het minimum tot het maximum aantal toeschouwers per zaal bepaald tot het aantal stopcontacten per werkplaats in de kantoorruimte waarin dient te worden voorzien. Op het eerste gezicht, en de verwerende partij noch de tussenkomende partij geven het tegendeel aan, wijst er hier geen besteksbepaling naar de relevantie of de relativiteit van het programma of bepaalde eisen.

Op het eerste gezicht stelt de Raad vast dat de offerte van de tussenkomende partij afwijkt van één van de eisen die het bestek oplegt, namelijk de ingang van het publiek die moet gelegen zijn aan de Saintelettesquare; de tussenkomende partij voorziet in de publieke ingang aan de Akenkaai. De omstandigheid dat in de offerte van de tussenkomende partij er ook een mogelijkheid is om zich via het café en restaurant, die in dit ontwerp gelegen zijn aan de Saintelettesquare, ook toegang te verschaffen tot de zalen, doet hier niets aan af; dé publieke ingang dient volgens het programma van eisen gelegen te zijn aan de Saintelettesquare.

Zonder dat een grondige beoordeling door de Raad thans nodig is, van onder meer de draagwijdte en de dwingendheid van het programma van eisen in het licht van onder meer artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, moet worden vastgesteld dat de bestreden beslissing en het er deel van uitmakende juryverslag zelf niet zomaar, zonder nadere appreciatie of uitleg van een en ander, dit programma lijken te mogen negeren. Immers, noch in de bestreden beslissing, noch in het juryverslag, wordt, zo lijkt, wat de publieke toegang betreft, afdoende aandacht besteed aan de inhoud van dit programma van eisen en zijn waarde; de eenvoudige vaststelling in het juryverslag dat het ontwerp van de tussenkomende partij afwijkt van het programma van eisen, lijkt niet meer dan het vaststellen van een feit, en is geen waardering die de waarde van dit deel van het bestek in de beoordeling betreft, wat nochtans volstrekt noodzakelijk lijkt. Meer, aangezien de afwijking van het ontwerp van de tussenkomende partij van het programma van

eisen in het juryverslag precies positief gewaardeerd wordt, lijkt deze afwijking van de eisen zelfs eerder als een meerwaarde dan minstens een minwaarde te worden beoordeeld.

Hierbij mag nog worden bedacht dat aangezien de waarde van het programma schijnbaar niet voor alle inschrijvers een zelfde betekenis had en, op het eerste gezicht, de verwerende partij geen apert evidente opvatting hierover lijkt te hebben gehanteerd ook niet naar de inschrijvers toe, lijkt de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang te zijn gekomen, te meer omdat de verzoekende partij niet helemaal onterecht betoogt dat de verwerende partij een niet verwaarloosbaar belang lijkt te hebben gehecht aan de verplaatsing van de uitgang bij de beoordeling van het ontwerp van de tussenkomen partij.

Het argument dat in het syntheserapport opvattingen zijn vermeld van meerdere publiekstoegangen lijkt hier evenmin tot een ander besluit te doen neigen. De verwerende partij noch de tussenkomen partij maken afdoende duidelijk waarom het syntheserapport van de haalbaarheidsstudie, die scenario's beschrijft die de verwerende partij uitdrukkelijk verwerpt, geen mindere waarde zou moeten worden toegedicht dan het programma van eisen. De verwerende partij stelt overigens uitdrukkelijk in haar nota dat dit rapport slechts "een basis [kan] vormen voor verdere ontwikkelingen terwijl nieuwe inzichten opduiken", vaststelling die zij onthoudt aan het programma van eisen.

Het middel, de twee middelonderdelen samen genomen, is in de aangegeven mate ernstig en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing. In de mate dat de verzoekende partij haar vordering zou richten tegen de bestreden beslissing in zoverre de opdracht niet aan haar is gegund, lijkt zij niet afdoende kenbaar te hebben gemaakt dat zij hier uitdrukkelijk de benaerstiging van de schorsing van de tenuitvoerlegging beoogt van de impliciete weigering de opdracht aan haar te gunnen.

IX. Besluit

9. Het tweede middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient

dan ook te worden toegewezen.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba 51N4E tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 23 april 2018 van de Vlaamse Gemeenschap waarbij de opdracht “Overheidsopdracht voor aanneming van Diensten, Studieopdracht voor de transformatie en vernieuwing van het Kaaithheater, Bestek nr. 2018/HFB/OP/33769” wordt gegund aan de bvba 51N4E.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 juni 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra