

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.522 van 16 mei 2019
in de zaak A. 227.947/XII-8727**

In zake: 1. de NV STADSBADER
2. de NV A.S.D.
3. de NV CERATEC ELECTROTECHNICS
4. de NV HEYER BENELUX
5. de NV COOPMAN ORONA
samen vormend een tijdelijke vennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem (Gent)
Kortrijksesteenweg 1144/G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de UNIVERSITEIT GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kathleen De hornois
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 april 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Universiteit Gent zonder gekende datum, waarbij wordt beslist om voor de overheidsopdracht van werken ‘Bouw van onderzoeksgebouw Veg-i-Tec te Kortrijk’ de verzoekende partijen niet te selecteren en waarbij is beslist om andere kandidaten, waarvan het aantal en welke kandidaten dat zijn aan de verzoekende partijen echter onbekend is, wel te selecteren.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 mei 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Wim Naudts en Jasmine Coppens, die *loco* advocaat Kathleen De hernois verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 uit voor het bouwen van een onderzoeksgebouw “Veg-i-Tec” op haar campus te Kortrijk. Het betreft een opdracht voor werken. De opdracht wordt geplaatst met een niet-openbare procedure.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 januari 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 21 januari 2019.

In de aankondiging wordt het voorwerp van de opdracht meer in detail als volgt omschreven:

“Op de campus HoWest te Kortrijk zal de Universiteit Gent voor haar faculteit Bio-Ingenieurswetenschappen (FBW) een nieuwbouw piloothal oprichten, verder genoemd het ‘basisprogramma’.

Functie :

- Piloothal Veg-i-Tec met 3 productielijnen 720 m²
- Piloothal H₂O 325 m²
- Kelder 300 m²
- Laboratoria 200 m²
- Ondersteunende functies (circulatie, onthaal, kleedruimtes, technische ruimtes, bergingen, vergaderzaal) 515 m²
- Buitenaanleg 6400 m²

Het onderzoekscentrum Veg-i-Tec heeft als doelstelling op de Campus Kortrijk een pilootinstallatie te realiseren die het mogelijk maakt om op onderzoeksniveau processen uit de groentenverwerking te simuleren en hun effect op zowel energie- en watermanagement als productkwaliteit objectief te onderzoeken.

[...]

Het betreft een opdracht met een zeer hoge technische complexiteit en aanzienlijke interactie tussen de diverse disciplines.

De opdracht omvat zowel de ruwbouwwerken, afwerking, omgevingsaanleg, HVAC, elektriciteit, sanitair, gassen en liften. In het project is ook labomeubilair voorzien.

De inschrijver is verantwoordelijk voor de volledige coördinatie binnen zijn opdracht en dient rekening te houden met de werken van deze afzonderlijke opdracht en eventuele andere opdrachten:

- PV installatie

- Inrichting en toestellen van de piloothallen. Alle technische voorzieningen van deze inrichting en toestellen maken wel deel uit van voorliggende opdracht.”

3.3. De selectiefase van de plaatsingsprocedure wordt geregeld door een selectieleidraad.

De selectieleidraad legt de volgende algemene vereiste op aan de kandidaten:

“Het inschrijvende team is verplicht de vorm aan te nemen van een tijdelijke vereniging, waarin minstens de disciplines ‘bouwwerken’, ‘HVAC en sanitair (incl. gassen)’ en ‘elektriciteit’ aanwezig zijn. Het is wel mogelijk dat eenzelfde aannemer meerdere disciplines op zich neemt, bv. de disciplines ‘HVAC’ en ‘elektriciteit’.

[...]

Er mag geen opsplitsing gebeuren van de disciplines tussen de THV-partners onderling. Zo dienen bijv. alle werken HVAC door de deelgenoot HVAC (en onderaannemers) te worden uitgevoerd.”

Wat de kwalitatieve selectie van de kandidaten betreft, vereist de selectieleidraad dat zij hun technische bekwaamheid aantonen onder meer aan de hand van:

“a) [Een] lijst van de voornaamste gelijkaardige werken die gedurende de afgelopen vijf jaar zijn verricht en minstens reeds 1 jaar in werking zijn, met vermelding van het bedrag, het tijdstip en de plaats van de uitvoering van de werken.

Met ‘gelijkaardige projecten’ worden projecten bedoeld met een gelijkaardige technische complexiteit en omvang/oppervlakte (ca. 2.500 m²) en waaruit volgende ervaring blijkt:

A. Bouwkundig gedeelte
[...]

B. Technieken

(1) ervaring met elektrische installatie
[...]

(2) ervaring met liftinstallaties
[...]

(3) ervaring met HVAC-installaties
- Ervaring met complexe HVAC-installaties, waaronder practica en (chemische) laboratoria tot niveau L2
- Ervaring met trekastregeling volgens variabel debiet
- Ervaring met complexe regeltechnische systemen t.b.v. ‘Gebouw Beheer Systeem’

(4) ervaring met sanitaire installaties: sanitaire installaties, toevoer- en afvoerleidingen, bluswaterinstallaties, drukverhogingsgroepen, inrichting van sanitaire lokalen

(5) ervaring met aanleg van volledige netwerken van technische en medische gasen (perslucht, vacuüm, O₂, H₂, N₂, ...)

De opgegeven referenties kunnen door de voorgestelde tijdelijke vereniging zelf zijn gerealiseerd. Referenties door de onderscheiden vennoten en onderaannemers afzonderlijk gerealiseerd, zijn eveneens toegelaten. Referenties gerealiseerd door (in hun vak) gespecialiseerde

onderaannemers zijn toegelaten, op voorwaarde dat de inschrijver zich ertoe verbindt onderhavige werken met deze onderaannemer uit te voeren.

Uit het geheel van de opgegeven referenties moet ervaring blijken met alle onderdelen (zowel op bouwkundig als technisch vlak).

b) Minimum 2 referenties per deelgenoot van de tijdelijke vereniging (dus mogelijks 6 in totaal) moeten worden gestaafd door getuigschriften die duidelijk weergeven dat de werken uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en dat ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. Op verzoek van de Universiteit Gent zullen bijkomende opgegeven referenties gestaafd moeten worden door de hierboven vermelde getuigschriften.”

3.4. Er worden vier aanvragen tot deelneming ingediend:

- Algemene Ondernemingen Himpe nv, Spie Belgium nv en Elektriciteit R. Vandemoortele bvba, samen vormend een tijdelijke vennootschap;
- Artes Depret nv, Axima nv en Fabricom nv, samen vormend een tijdelijke vennootschap;
- Six bvba;
- Stadsbader nv, A.S.D. nv, Ceratec Electrotechnics nv, Heyer Benelux nv En Coopman Orona nv, samen vormend een tijdelijke vennootschap ‘StadsTec’ (de huidige verzoekende partijen).

3.5. Uit de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen blijkt dat zij de volgende taakverdeling voorstellen:

- Bouwwerken: Stadsbader ;
- HVAC : ASD ;
- Sanitair en gassen: ASD (sanitair) en Heyer Benelux (gassen);
- Elektriciteit: Ceratec Electrotechnics .

Bij het onderzoek van de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen stelt de verwerende partij vast dat er onvoldoende informatie werd verstrekt over de referenties inzake HVAC en sanitair. De verwerende partij vraagt vervolgens een eerste maal om aanvullende informatie op 22 februari 2019 en een tweede maal op 18 maart 2019.

3.6. Op 2 april 2019 neemt de verwerende partij de thans bestreden selectiebeslissing. De volgende twee kandidaten worden geselecteerd:

- Algemene Ondernemingen Himpe nv, Spie Belgium nv en Elektriciteit R. Vandemoortele bvba, samen vormend een tijdelijke vennootschap;
- Artes Depret nv, Axima nv en Fabricom nv, samen vormend een tijdelijke vennootschap.

De bvba Six en de verzoekende partijen worden niet geselecteerd.

3.7. Wat de verzoekende partijen betreft, wordt er besloten tot hun niet-selectie omdat er niet is voldaan aan de selectievereisten inzake HVAC en sanitair: voor deze onderdelen van de opdracht werden geen referenties voorgelegd in hoofde van ASD die voldoen aan de dubbele vereiste van (1) minstens twee referenties gestaafd aan de hand van getuigschriften van goede uitvoering en (2) verricht in de afgelopen vijf jaar en minstens een jaar in werking.

3.8. Wat het onderdeel HVAC betreft, worden vier referenties in overweging genomen. Het besluit van het onderzoek van die referenties luidt als volgt:

“Overwegende dat de Universiteit Gent concludeert dat ASD nv, na vraag van de Universiteit Gent, geen twee geldige referenties heeft doorgestuurd; dat van de vier doorgestuurde referenties twee referenties geen betrekking hebben op HVAC-installaties; dat één referentie niet minstens één jaar in werking is; dat aldus slechts één referentie geldig is; dat de twee getuigschriften van goede uitvoering die ASD nv, na vraag van de Universiteit Gent, heeft doorgestuurd eveneens niet voldoen; dat één getuigschrift van goede uitvoering gaat over een referentie (‘FPC’) die geen betrekking heeft op HVAC-installaties; dat één getuigschrift van goede uitvoering betrekking heeft op een referentie (‘Ontmoetingscentrum Staden’) die nog geen jaar in werking is;
Overwegende dat ASD nv dus niet heeft voldaan aan de vraag van de Universiteit Gent;
Wordt de ervaring van ASD nv m.b.t. HVAC installaties onvoldoende aangetoond”.

3.9. Wat het onderdeel sanitair betreft, worden drie referenties in overweging genomen. Het besluit van het onderzoek van die referenties luidt als volgt:

“Overwegende dat ASD nv niet heeft voldaan aan de vraag van de Universiteit Gent; dat slechts één geldig getuigschrift van goede uitvoering aan de Universiteit Gent werd overgemaakt;
Wordt de ervaring van ASD nv m.b.t. de sanitaire installaties onvoldoende aangetoond”.

3.10. Met een e-mailbericht en een aangetekende brief van 5 april 2019 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat zij niet geselecteerd werden en geeft de motieven tot niet-selectie.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het inwilligen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partijen voeren in een enig middel de schending aan van de artikelen 66 en 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 65 en 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de materiële motiveringsplicht, het “mededingingsbeginsel” en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat de verwerende partij beslist om de verzoekende partijen niet te selecteren, omdat zij onvoldoende overtuigend hebben aangetoond te beschikken over de vereiste technische bekwaamheid wat HVAC en sanitair betreft, gesteund op het feit dat deelgenoot ASD nv voor HVAC geen geldige referenties gestaafd aan de hand van getuigschriften van goede uitvoering heeft voorgelegd van werken die verricht zijn gedurende de afgelopen vijf jaar en sedert minstens één jaar in werking zijn, en deelgenoot ASD nv voor sanitair slechts één geldige referentie gestaafd met een getuigschrift van goede uitvoering van werken die verricht zijn gedurende de afgelopen vijf jaar en wel sedert één jaar in werking zijn heeft voorgelegd, nl. de referentie ‘FPC’.

In een eerste onderdeel betoogt zij:

“terwijl artikel 68 KB Plaatsing 2017 op uitputtende wijze de bewijsmiddelen opsomt die de aanbestedende overheid kan vragen om de technische bekwaamheid van de kandidaten te beoordelen;

Dat overeenkomstig artikel 68 §4, 1°, a) KB Plaatsing 2017 één van die bewijsmiddelen is een lijst van de werken die gedurende de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht en vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, en waarbij indien noodzakelijk om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen, de aanbestedende overheid ook kan aangeven dat bewijs van relevante werken die langer dan vijf jaar geleden zijn verricht toch in aanmerking wordt genomen;

Dat de verplichting om zich te houden aan de limitatieve bewijsmiddelen opgesomd in artikel 68 §4 KB Plaatsing 2017 niet enkel betrekking heeft op het type van informatie welke door de aanbestedende overheid kan worden gevraagd, maar eveneens op de daarin bepaalde referentieperiode;

Dat aldus de in artikel 68 §4, 1°, a) KB Plaatsing 2017 vermelde referentieperiode van vijf jaar niet kan worden ingekort; dat een kortere duur van de referentieperiode de mededinging inperkt;

Dat op grond van de materiële motiveringsplicht de beslissing van de aanbestedende overheid moet steunen op rechtens aanvaardbare motieven die de beslissing wettig moeten kunnen verantwoorden;

Dat de bepalingen van de selectieleidraad toepasselijk in huidige zaak als bewijsmiddel van technische bekwaamheid referenties vraagt die gedurende de afgelopen vijf jaar zijn verricht maar minstens reeds één jaar in werking zijn en waarbij minimum twee referenties per deelgenoot gestaafd moeten worden door getuigschriften van goede uitvoering;

Dat aldus de termijn van vijf jaar voorafgaand aan de indieningsdatum van de aanvragen tot deelneming, gedurende dewelke de kwestieuze referenties/werken moeten zijn verricht, werd ingekort tot vier jaar, waarbij de meest recente, nl. gedurende het laatste jaar voorafgaand aan de indiening van de aanvragen tot deelneming, uitgevoerde werken niet in aanmerking komen;

Dat deze bepaling van de selectieleidraad aldus afwijkt van de dwingende bepalingen van artikel 68 §4, 1°, a) KB Plaatsing 2017, alsook de mededinging beperkt, en aldus onwettig is;

Dat bijgevolg ook de eindbeslissing, met name de beslissing tot niet-selectie van de verzoekende partijen, onwettig is gezien de voorbeslissing, samenstellend deel van de complexe administratieve rechtshandeling, onwettig is wegens schending van artikel 71 Overheidsopdrachtenwet en artikel 68 KB Plaatsing 2017, en van het mededingingsbeginsel;

Dat de bestreden beslissing, waarin de verwerende partij de verzoekende partijen niet selecteert en niet nader gekende kandidaten (zowel wat hun persoon als hun aantal betreft) wel selecteert aldus steunt op een onwettig selectie criterium en de materiële motiveringsplicht schendt; Dat een

dergelijk onwettig selectie criterium de hele procedure vitieert en ook de beslissing tot selectie van andere (on- bekende ook qua aantal) kandidaten; Dat het eerste middel onderdeel ernstig is”.

In een tweede onderdeel doet zij gelden:

“terwijl, overeenkomstig artikel 65 KB Plaatsing 2017 de aanbestedende overheid aan elk kwalitatief selectie criterium van economische, financiële en/of technische aard een gepast niveau moet verbinden, alsook elk selectie criterium op een voldoende duidelijke wijze moet formuleren teneinde de selectie van de kandidaten of de inschrijvers toe te laten;

Dat overeenkomstig het patere legem beginsel de aanbestedende overheid gehouden is de eigen opgelegde regels in de selectie leidraad, waaronder het door haar bepaalde minimum niveau voor bepaalde gevraagde referenties, na te leven;

Dat op grond van de materiële motiveringsplicht de beslissing van de aanbestedende overheid moet steunen op rechtens aanvaardbare motieven die de beslissing wettig moeten kunnen verantwoorden;

Dat de bepalingen van de selectie leidraad toepasselijk in huidige zaak als bewijsmiddel van technische bekwaamheid minimum twee referenties per deelgenoot gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering vraagt; Dat aldus ingeval een deelgenoot meerdere onderdelen van de werken zal uitvoeren, zoals in casu de nv ASD zowel de onderdelen HVAC als sanitair, slechts twee getuigschriften van goede uitvoering in het totaal voor HVAC en sanitair samen als minimum vereist; dat immers niet is bepaald dat minimum twee referenties per onderdeel gestaafd moeten worden door getuigschriften van goede uitvoering;

Dat waar de verwerende partij in haar beslissing tot niet selectie van de verzoekende partijen ook oordeelt dat per onderdeel, dus zowel voor het onderdeel HVAC als voor het onderdeel sanitair, en niet per deelgenoot (in casu voor de nv ASD) minimum twee referenties gestaafd moeten zijn door getuigschriften van goede uitvoering, de bestreden beslissing de voormelde bepaling van de selectie leidraad schendt en aldus het patere legem quam ipse fecisti beginsel, alsook de materiële motiveringsplicht; Dat het tweede middel onderdeel ernstig is”.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016, mag de opdracht enkel worden gegund nadat de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door haar vastgestelde selectie criteria.

Artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Art. 71. Het selectie criterium of de selectiecriteria kunnen betrekking hebben op :

- 1° geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen; en/of
- 2° de economische en financiële draagkracht; en/of
- 3° de technische en beroepsbekwaamheid.

De aanbestedende overheid mag alleen deze criteria als voorwaarde voor deelname opleggen aan de kandidaten en inschrijvers. Zij beperken deze voorwaarden tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de juridische en financiële middelen en de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. Alle voorwaarden houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

De Koning geeft nadere invulling aan de modaliteiten voor het vaststellen van deze voorwaarden.”

Artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Onverminderd artikel 42, § 3, eerste lid, 2°, van de wet, worden de selectiecriteria alsook de aanvaardbare bewijsmiddelen door de aanbestedende overheid vermeld in de aankondiging van de opdracht of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdrachtdocumenten.

De aanbestedende overheid is verplicht om elk kwalitatief selectie criterium van economische, financiële en/of technische aard, te verbinden aan een gepast niveau, behalve wanneer één van de gebruikte criteria zich daar niet toe leent.

Indien de aanbestedende overheid een economisch, financieel of technisch criterium gebruikt dat zich niet leent tot de vaststelling van een niveau, moet dit criterium gepaard gaan met een tweede criterium van dezelfde aard dat zich wel daartoe leent.

Elk criterium moet geformuleerd worden op een voldoende duidelijke wijze teneinde de selectie van de kandidaten of van de inschrijvers toe te laten.”

Artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“§ 1. Met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan de aanbestedende overheid voorwaarden opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren.

De aanbestedende overheid kan met name eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.

§ 2. In geval van een opdracht voor werken, een opdracht voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden 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.

§ 3. De technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemer kan worden aangetoond op één of meer van de wijzen bedoeld in paragraaf 4, naargelang de aard, de hoeveelheid of het belang en het gebruik van de werken, leveringen of diensten.

§ 4. Bewijsmiddelen van de technische bekwaamheid van de ondernemer zijn :

1° de volgende lijsten :

a) een lijst van de werken die gedurende de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht en vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat; indien noodzakelijk om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen, kunnen de aanbestedende overheden aangeven dat bewijs van relevante werken die langer dan vijf jaar geleden zijn verricht toch in aanmerking wordt genomen;

b) [...]”.

Eerste middelonderdeel

8. In het eerste middelonderdeel bekritiseren de verzoekende partijen in essentie de vereiste van de selectieleidraad die oplegt dat de gevraagde referenties betrekking moeten hebben op gelijkaardige werken die gedurende de afgelopen vijf jaar zijn verricht en minstens reeds één jaar in werking zijn. Die laatste vereiste is volgens hen onwettig, omdat deze een afwijking met zich zou meebrengen van de in het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalde referentieperiode van vijf jaar.

9. Er dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat de hypothese van een simpele inkorting van de referentieperiode in de betrokken bepaling van de selectieleidraad zich op het eerste gezicht niet voordoet. Immers

wordt de referentieperiode wel degelijk behouden op vijf jaar. De rechtspraak en rechtsleer waar de verzoekende partijen naar verwijzen, die op die hypothese betrekking hebben – bijvoorbeeld 3 jaar in plaats van 5 jaar, zodat referenties ouder dan drie jaar niet in aanmerking worden genomen – lijkt dan ook op het eerste gezicht niet relevant.

De aanbestedende overheid legt te dezen wél als bijkomende eis dat de referenties “minstens reeds 1 jaar in werking zijn”. Dat leidt *prima facie* tot een wezenlijk andere casus dan bij het louter inkorten van de referentieperiode.

Hoewel de aanbestedende overheid zich inzake kwalitatieve selectie inderdaad dient te houden aan de limitatief in het hiervoor aangehaalde artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 opgesomde bewijsmiddelen, lijkt die beperking niet in te houden dat de aanbestedende overheid daar geen enkele nadere voorwaarde aan zou mogen verbinden. Zo bepaalt artikel 65, tweede lid, van hetzelfde besluit immers dat de aanbestedende overheid verplicht is om elk kwalitatief selectie criterium van economische, financiële of technische aard te verbinden aan een gepast niveau.

Het vereisen dat een referentie, opdat zij in aanmerking zou kunnen worden genomen, reeds een jaar in werking dient te zijn lijkt *prima facie* als oogmerk het bepalen van een gepast niveau van kwaliteit te hebben. Een referentie van werken die langer dan een jaar probleemloos in dienst blijken te zijn geweest geeft immers het beeld van een inschrijver die kan instaan voor een meer kwalitatieve uitvoering dan een inschrijver die geen dergelijke referentie kan voorleggen.

Overigens dient er te worden bedacht dat de “één jaar in werking”-vereiste die hier wordt opgelegd niet zonder meer tot gevolg heeft dat elke referentie die zomaar ouder is dan een jaar daardoor ook meteen zou moeten worden aanvaard. Immers lijkt het perfect denkbaar dat bijvoorbeeld een referentie die al twee jaar geleden werd uitgevoerd, maar die door allerlei problemen op die tijdsspanne uiteindelijk nog maar 9 maanden naar behoren heeft gefunctioneerd evenzeer dient te worden verworpen aan de hand van het betrokken criterium.

Deze vereiste legt alleszins, anders dan de verzoekende partijen het lijken te zien, niet aan de kandidaten op dat zij een ander bewijsmiddel van hun technische en beroepsbekwaamheid zouden moeten voorleggen dan die waarin het koninklijk besluit plaatsing 2017 voorziet. Aldus doet deze vereiste *prima facie* geen afbreuk aan het limitatief en dwingend karakter van het betrokken artikel 68 zoals dat door de verzoekende partijen wordt ingeroepen.

10. Wel rijst nog de vraag of de “één jaar in werking”-vereiste die aan referentieprojecten wordt opgelegd, in overeenstemming met artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, verband houdt met de opdracht en in verhouding staat tot het voorwerp ervan.

Er dient in dit verband te worden opgemerkt dat uit de aankondiging van de opdracht blijkt dat deze betrekking heeft op het bouwen van een wetenschappelijk onderzoekscentrum voor de Universiteit Gent, dat bovendien volgens de beschrijving van het voorwerp van de opdracht zal dienen als “pilootinstallatie” in het betrokken onderzoeksveld. In de selectieleidraad wordt ook nog uitdrukkelijk meegedeeld aan de kandidaten dat het “een opdracht met een zeer hoge technische complexiteit en aanzienlijke interactie tussen de diverse disciplines [betreft]”, die “zowel de ruwbouwwerken, afwerking, omgevingsaanleg, HVAC, elektriciteit, sanitair, gassen en liften [omvat]”, alsook het labomeubilair.

In het licht van dat voorwerp, waarbij de aanbestedende overheid zelf reeds op voorhand onder de aandacht brengt dat het een zeer complexe opdracht betreft, wat door de verzoekende partijen niet lijkt te worden betwist, lijkt het niet onrechtmatig dat de verwerende partij de “één jaar in werking”-vereiste heeft opgenomen ten aanzien van referentieprojecten om zich te verzekeren van een bepaald voldoende hoog kwaliteitsniveau in het functioneren van de zeer complexe technische installaties waarvoor er referenties worden gevraagd. Die vereiste lijkt te dezen, gelet op het uitzonderlijk karakter van het bouwproject, op het eerste gezicht wel degelijk verband te houden met de opdracht en in redelijke verhouding te zijn met het voorwerp ervan.

11. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede middelonderdeel

12. In het tweede middelonderdeel doen de verzoekende partijen in essentie gelden dat in tegenstelling tot hetgeen in de selectieleidraad wordt voorgeschreven, namelijk minimum twee referenties als bewijsmiddel van technische bekwaamheid per deelgenoot, gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering, de verwerende partij minimum twee geattesteerde referenties per onderdeel van de opdracht vraagt.

De betrokken bepaling van de selectieleidraad luidt:

“Minimum 2 referenties per deelgenoot van de tijdelijke vereniging (dus mogelijks 6 in totaal) moeten worden gestaafd door getuigschriften die duidelijk weergeven dat de werken uitgevoerd werden volgens de regels van de kunst en dat ze op regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht. Op verzoek van de Universiteit Gent zullen bijkomende opgegeven referenties gestaafd moeten worden door de hierboven vermelde getuigschriften.”

13. Die bepaling lijkt er daarbij – gelet op de verwijzing naar mogelijks zes vennoten in totaal – van uit te gaan dat de taakverdeling binnen de tijdelijke vereniging waarvan de inschrijvers zich moeten bedienen zal verlopen in de zin dat één vennoot instaat voor telkens een gedeelte van de opdracht: het bouwkundig gedeelte en de vijf technische gedeelten.

Indien daarentegen, zoals te dezen in de kandidaatstelling van de verzoekende partijen, één vennoot zal instaan voor meerdere gedeelten van de opdracht – ASD zal HVAC én sanitair uitvoeren – lijkt het dat de vereiste van twee geattesteerde referenties moet gelden per gedeelte van de opdracht dat de deelgenoot voor zijn rekening zal nemen. De betrokken bepaling uit de selectieleidraad lijkt immers te moeten worden uitgelegd in het licht van het doel om de bekwaamheid en de vakkennis voor het uitvoeren van de betrokken gedeelten van de opdracht in hoofde van de vennoten na te gaan.

Het lijkt aldus niet dat de verwerende partij te dezen onrechtmatig zou hebben gehandeld door aan de betrokken bepaling van de selectieleidraad de voorgaande uitleg te geven, waarbij de vereiste van twee

geattesteerde referenties wordt betrokken op de gedeelten van de opdracht en niet op de vennoten wanneer er sprake is van vennoten die meerdere gedeelten van de opdracht zullen uitvoeren.

De interpretatie van de verzoekende partijen, dat ook wanneer één vennoot meerdere gedeelten van de opdracht zou uitvoeren, het nog steeds genoeg is dat er door hem twee geattesteerde referenties worden voorgelegd, lijkt daarentegen juist weinig zinvol. Die visie lijkt de betrokken vereiste uit te hollen.

14. In elk geval moet er worden opgemerkt dat de verzoekende partijen in hoofde van vennoot ASD voor het technische gedeelte HVAC van de opdracht geen enkele geattesteerde referentie lijken te hebben voorgelegd. De enige referentie van ASD die werd aanvaard voor het gedeelte HVAC betreft immers het project “Ineos” en daarvan werd blijkbaar geen attest van goede uitvoering aan de aanbestedende overheid bezorgd. Voor het gedeelte sanitair werd enkel de referentie “FPC” aanvaard. Daarvoor werd wel een attest van goede uitvoering aan de aanbestedende overheid bezorgd. De overige referenties voor HVAC en sanitair werden afgewezen door de verwerende partij omdat zij niet voldeden aan de “één jaar in goede werking”-vereiste. Deze vereiste was het voorwerp van het eerste middelonderdeel en werd *prima facie* niet onrechtmatig bevonden.

Aldus dient er te worden vastgesteld, weze het *prima facie*, dat de verzoekende partijen in hoofde van ASD slechts één geldige geattesteerde referentie hebben voorgelegd, deze van “FPC” voor het gedeelte sanitair. Aldus blijken zij in hoofde van ASD hoe dan ook niet te voldoen aan de betrokken selectievereiste van twee geattesteerde referenties, zelfs wanneer deze vereiste zou worden geïnterpreteerd in de door hen voorgestane betekenis.

In die zin hebben de verzoekende partijen reeds op het eerste gezicht geen belang bij het tweede middelonderdeel.

15. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

16. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 1000 euro, ieder voor een vijfde, een bijdrage van 100 euro, ieder voor een vijfde, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 mei 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest