

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 245.299 van 13 augustus 2019
in de zaak A. 228.640/XII-8765**

In zake: 1. de BVBA ANPHI INTERIEURBURO
2. de BVBA ARCHITECTUURBURO MARC LAMMERANT,
samen vormend een tv
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Verhaeghe
kantoor houdend te 8940 Wervik
Nieuwstraat 38
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN DE GEMEENTE MEULEBEKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 juli 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “beslissing van 1 juli 2019 van het vast bureau van het OCMW Meulebeke [waarbij] de opdracht ‘Aanstellen ontwerper voor de omvorming gebouw woonzorgcentrum naar assistentiewoningen’ [wordt] gegund aan [de bvba] V2-Architecten”.

De verzoekende partijen vragen tevens “[een] dwangsom op te leggen van 250.000,00 EUR voor het geval [het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van de gemeente Meulebeke] zou overgaan tot het sluiten

van de opdracht’’ondanks een tussen te komen schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 augustus 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bert Verhaeghe, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 in april 2019 een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp het aanstellen van een ontwerper voor de architectuuropdracht tot omvorming van het bestaand woonzorgcentrum Ter Deeve naar assistentiewoningen. De plaatsingswijze is de openbare procedure.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 april 2019.

3.2. In het toepasselijk bestek met referentie 2019-ontwerper-asw wordt inzake de kwalitatieve selectiecriteria onder meer vermeld:

“De kandidaat voegt, op straffe van nietigheid van de aanvraag tot deelneming, volgende documenten teneinde zijn technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid aan te tonen voor de opdracht:

[...]

- Een lijst van minstens 2 referenties van gelijkaardige uitgevoerde en opgeleverde opdrachten van de afgelopen 5 jaar voorafgaand aan de aankondiging. Deze opdrachten dienen betrekking te hebben op ontwerp en controle van opdrachten voor de bouw van serviceflats, assistentiewoningen, flats waarbij elke opdracht een minimale bouwkost moet vertegenwoordigen van minstens 1.000.000 euro. De termijn waarbinnen de referenties moeten zijn uitgevoerd, is naar 5 jaar gebracht nu dit noodzakelijk is om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen.

Alleen referenties die voldoen aan de hierboven genoemde worden in aanmerking genomen. Het komt aan de kandidaat toe de relevantie van elk van de referenties voldoende aan te tonen. De kandidaat voegt bij elke referentie een nota (max. 1 A4) waarbij de kandidaat toelicht waarom de betrokken referentie de technische beroepsbekwaamheid van de kandidaat aantoonst in het kader van huidige opdracht. De kandidaat legt in de referentie concreet uit welke werken en taken de kandidaat in de opdracht, waarop de referentie betrekking heeft, heeft uitgevoerd. Met de referenties dient de kandidaat aan te tonen dat hij ervaring heeft met projecten met een gelijkaardige omvang en complexiteit. Per referentie dient bijkomend een attest van goede uitvoering [te worden] toegevoegd. Wanneer de opdrachtgever een overheid is, dienen de verplicht toe te voegen attesten van goede uitvoering te worden afgeleverd en ondertekend door de bevoegde overheid. Wanneer de opdrachtgever een privépersoon is, worden ze door de privépersoon afgeleverd en ondertekend. Verder vermelden deze attesten:

- een contactpersoon van de opdrachtgever
- de bouwkost van de betrokken referentie
- de plaats van de werken
- het tijdstip waarop de werken werd(en) uitgevoerd en opgeleverd.”

3.3. Er worden drie offertes ingediend waaronder die van de verzoekende partijen.

3.4. Op 27 juni 2019 wordt een juryverslag opgesteld.

Ten aanzien van de offerte van de verzoekende partijen wordt er vermeld dat deze offerte niet in orde is omdat er geen referenties van twee gelijkaardige opdrachten zijn toegevoegd.

3.5. Op 1 juli 2019 keurt de verwerende partij het juryverslag goed en gunt de opdracht aan de bvba V2-Architecten. Dit is de bestreden beslissing.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid het formeel motiveringsbeginsel en -plicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, samen gelezen met o.a. artikel 4 van de Wet van 17 juni 2016” ‘inzake overheidsopdrachten’.

In de eerste plaats merken de verzoekende partijen op dat de bestreden beslissing “behept [is] met een formeel motiveringsgebrek”, “minstens wel heel mager [...] gemotiveerd” is. Er wordt volgens hen enkel verwezen naar een voorstel van de jury zonder eigen motivering en zonder “aan te duiden waarom zij dit voorstel van de jury volgt”. “Op basis van de beslissing van 1 juli 2019 kan verzoekende partij onmogelijk begrijpen waarom de opdracht niet aan haar werd of kon worden gegund”.

Voorts blijkt uit het juryverslag dat de offerte van de verzoekende partijen blijkbaar in de selectiefase wordt geweerd “zonder dat hier ook maar enige motivering wordt gegeven (behalve dan ‘NOK – niet in orde. Geen twee referenties van gelijkaardige opdrachten.’)”. Ook dit is niet afdoende formeel gemotiveerd. “Er wordt zelfs helemaal niet ingegaan op de vier referenties die in de offerte van verzoekende partij werden opgegeven. Er wordt geen enkele toets gedaan aan de selectiecriteria, zoals uitgewerkt in het bestek. Dit is geen zorgvuldige en gemotiveerde beoordeling”.

Ten slotte merken de verzoekende partijen op dat “[b]ij nazicht van de opgegeven offerte [...] trouwens overduidelijk [blijkt] dat verzoekende partij wel de nodige technische en beroepsbekwaamheid kan voorleggen, onderbouwd met relevante referenties”. “Verzoekende partij voldoet [volgens hen]

aan de vereiste technische en beroepsbekwaamheid en werd ten onrechte niet geselecteerd. Uit de referenties [zo vervolgen de verzoekende partijen] blijkt dat verzoekende partij relevante ervaring kan voorleggen m.b.t. het ontwerp en controle van belangrijke (ver)bouwwerken (voor publieke diensten) en dat zij de nodige technische en beroepsbekwaamheid heeft om een woonzorgcentrum om te vormen naar assistentiewoningen”.

Beoordeling

6. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, en die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Te dezen mag worden aangenomen dat de verwerende partij in de bestreden beslissing het juryverslag volledig bijvalt; dit lijkt zelfs uitdrukkelijk het geval te zijn aangezien in het dispositief van de bestreden beslissing wordt vermeld dat de verwerende partij goedkeuring verleent aan het gunningsvoorstel van de jury en dat het verslag van nazicht van de offertes in bijlage integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing. De verzoekende partijen werden in kennis gesteld van dit juryverslag en betrekken het bij hun kritiek.

Voorts wordt in het juryverslag vermeld dat de verzoekende partijen niet worden geselecteerd omdat zij geen twee referenties van gelijkaardige opdrachten hebben bijgebracht. In het licht van de besteksvereisten inzake kwalitatieve selectie, meer bepaald dat de inschrijver een lijst van minstens 2 referenties van gelijkaardige uitgevoerde en opgeleverde opdrachten van de afgelopen 5 jaar voorafgaand aan de aankondiging moet bijvoegen en dat deze opdrachten dienen betrekking te hebben op ontwerp en controle van opdrachten voor de bouw van serviceflats, assistentiewoningen of flats, lijken de verzoekende partijen niet terecht staande te kunnen houden dat zij onvoldoende ingelicht zijn omtrent de reden van hun niet-selectie, temeer omdat zoals hierna zal blijken, de door hen bijgebrachte referenties apert niet lijken te kunnen worden ingepast in de

kwestieuze selectie-eis. De kritiek van de verzoekende partijen dat, gelet op de beknoptheid in het juryverslag over het selectieonderzoek, niet zou zijn aangetoond dat er een onderzoek plaatsgreep of dat het in elk geval onzorgvuldig is gebeurd, lijkt dan ook niet te kunnen worden bijgevalen.

De vier door de verzoekende partijen in de offerte opgegeven referenties beantwoorden op het eerste gezicht helemaal niet aan de selectiecriteria in het bestek, hetzij omdat ze geen betrekking hebben op de bouw van serviceflats, assistentiewoningen of flats (de eerste en tweede referentie handelt over een politiegebouw), hetzij omdat ze geen betrekking hebben op het ontwerp en controle van de opdracht (bij de derde referentie inzake een woonzorgcentrum stonden de verzoekende partijen enkel in voor de EPB-verslaggeving), hetzij omdat ze niet zijn uitgevoerd (de vierde referentie inzake een woonzorgcentrum).

De omstandigheid dat de verzoekende partijen relevante ervaring kunnen voorleggen met betrekking tot het ontwerp en controle van (ver)bouwwerken voor publieke diensten, neemt niet weg dat de verwerende partij terecht heeft mogen beslissen dat de verzoekende partijen niet voldoen aan de selectievereisten volgens het bestek.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 71 van de voormelde wet van 17 juni 2016 en van artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ samen genomen met het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en “de vereisten van een eerlijke mededinging inzake overheidsopdrachten, zoals verankerd in artikel 4 van de Wet van 17 juni 2016”.

De verzoekende partijen lichten toe dat de door het bestek vereiste referenties om de technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen, en dit

zeker bij een strikte lezing ervan, te beperkend zijn geformuleerd, hetgeen afbreuk zou doen aan de eerlijke mededinging. Het zou volgens hen niet toegelaten zijn enkel “identieke” referenties in aanmerking te nemen, zo niet zou een onderneming met een nochtans pertinente ervaring, zoals zij, maar die nog geen identiek werk heeft uitgevoerd, nooit in aanmerking komen.

Zij besluiten dat de selectiecriteria en de toepassing ervan niet in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Beoordeling

8. Conform artikel 65, tweede lid, van het voormelde koninklijk besluit van 18 april 2017 is de aanbestedende overheid in beginsel verplicht om elk kwalitatief selectie criterium van economische, financiële of technische aard te verbinden aan een gepast niveau.

De omschrijving door het bestek van “gelijkaardige” opdrachten lijkt te dezen niet in te houden dat de referenties identiek moeten zijn aan de huidige opdracht. Het vereisen dat een referentie, opdat zij in aanmerking zou mogen worden genomen, betrekking moet hebben op het ontwerp en controle van opdrachten voor de bouw van serviceflats, assistentiewoningen of flats, komt evenmin voor als disproportioneel tegenover het voorwerp van de opdracht, minstens tonen de verzoekende partijen het tegendeel niet aan.

Het komt voorts in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de geschiktheid van een inschrijver om de opdracht zoals omschreven in het bestek te volbrengen, te beoordelen. Zij beschikt daarbij over een zekere beoordelingsruimte. Wel dient de aanbestedende overheid bij die beoordeling de regels die zijzelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten te respecteren. Door te oordelen dat de door de verzoekende partijen bijgebrachte referenties die, zoals *sub* 6 opgemerkt apert niet lijken te beantwoorden aan de selectiecriteria, heeft de verwerende partij de bestekseis niet onwettig ingevuld.

Uit het dossier blijkt overigens dat de twee andere inschrijvers er wel zijn in geslaagd de nodige referenties voor te leggen, hetgeen de grief van de

verzoekende partijen dat kennelijk afbreuk wordt gedaan aan een eerlijke mededinging, substantieel ondermijnt.

Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

9. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen alsook de vordering tot het opleggen van een dwangsom.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De Raad van State verwerpt de vordering tot het opleggen van een dwangsom.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, een bijdrage van 40 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 augustus 2019, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra