

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.624 van 28 januari 2021
in de zaak A. 232.609/XII-9023**

In zake: de BV ANTWERPS ARCHITECTEN ATELIER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem (Antwerpen)
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. HULPVERLENINGSZONE FLUVIA
2. de VLAAMSE BOUWMEESTER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans, Patrick Peeters en Stef Feyen
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpsessesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e selectiebeslissing van 10 december 2020 bij de aanvraag tot deelneming bij de open oproep editie 40/2020, de projectgebonden selectie voor het project 01: volledige studieopdracht voor de bouw van de nieuwe hoofdkazerne van de Hulpverleningszone Fluvia te Kortrijk, zoals ter kennis gebracht aan verzoekende partij op 17 december 2020, ter vervanging van de selectiebeslissing van 22 oktober 2020”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2021, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Joost Bosquet en Valerie De Bruyckere, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Jens Mosselmans, die verschijnen voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Auditeur-generaal 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. Op 8 mei 2020 ondertekenen de voorzitter van de Hulpverleningszone Fluvia en de zonecommandant een mandaat voor opname van de volledige studieopdracht voor de realisatie van de hoofdkazerne van Hulpverleningszone Fluvia (nieuwbouw) te Kortrijk, in de procedure van de “Open Oproep” die zal worden uitgeschreven door de Vlaamse Bouwmeester.

De Open Oproep is één van de instrumenten die de Vlaamse Bouwmeester aanbiedt aan Vlaamse en lokale overheden om ontwerpers te selecteren op het vlak van architectuur, stedenbouw, landschapsinrichting, publieke ruimten en infrastructuur. De overheidsprojecten waarvoor een ontwerper wordt gezocht via de Open Oproep, worden gegroepeerd en tweemaal per jaar

vindt een Europese publicatie plaats.

Het reglement van de Open Oproep, dat vrij online ter beschikking is, bepaalt onder meer dat de ontwerp opdrachten van de Open Oproep worden gegund aan de gekozen inschrijver via de mededingingsprocedure met onderhandeling, overeenkomstig artikel 38, § 1, 1°, b), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

Inzake de “Aanvraag tot deelneming”, de “Selectie : uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie” en “Selectie van de ontwerpers”, bepaalt dit reglement onder meer het volgende :

“3 Aanvraag tot deelneming

Architecten, stedenbouwkundigen en ontwerp teams uit binnen-en buitenland kunnen zich op een eenvoudige wijze kandidaat stellen voor één of meerdere projecten van de gepubliceerde lijst. De voertaal voor alle contacten (mondeling en schriftelijk) is het Nederlands. Indien bepaalde stukken in een andere taal (van een EU-lidstaat) ingediend worden, kan een vertaling in het Nederlands gevraagd worden.

De kandidaten geven via de website volgende informatie in:

- 1 de projecten waarvoor men kandideert
- 2 de partijen waarmee men zich kandidaat stelt
- 3 de motivatietekst (zie de kwalitatieve selectie in punt 4 van dit document)
- 4 de drie relevante referenties per project (zie de kwalitatieve selectie in punt 4 van dit document)

en dienen volgende documenten in:

- 1 een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) voor de opdrachten gelijk aan of hoger dan de Europese drempel
- 2 het portfolio (zie de kwalitatieve selectie in punt 4 van dit document)

[...]

4 Selectie: uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie

Uitsluitingsgronden

[...]

Geschiktheid om beroepsactiviteit uit te oefenen

[...]

Technische en beroepsbekwaamheid

Vervolgens wordt de technische en beroepsbekwaamheid aan de hand van onderstaande selectiecriteria getoetst:

1. de algemene ontwerpmatige deskundigheid met betrekking tot de projectopdracht;
2. de vakbekwaamheid;
3. de relevante ervaring.

Deze selectiecriteria worden aangetoond met behulp van de motivatietekst, de drie relevante referenties per project en het portfolio van de kandidaten. Het portfolio, dat minimaal drie projecten, al dan niet gelijkaardig, in eigen naam dient te omvatten, moet toelaten om het conceptuele vermogen te beoordelen. De projecten kunnen zowel realisaties als niet gerealiseerde ontwerpen betreffen.

De algemene ontwerpmatige deskundigheid met betrekking tot de projectopdracht (het eerste criterium) betreft de knowhow en de capaciteit van de ontwerper om door middel van zijn ontwerp doelstellingen te realiseren die niet louter verband houden met de specifieke opdracht an sich, maar met het publiek opdrachtgeverschap in brede zin. Kandidaten dienen aan te tonen dat ze, door rekening te houden met de context van de ruimtelijke opgave, de publieke functie van het ontwerp maximaal kunnen waarborgen. Er wordt aldus gepeild naar het inzicht in de maatschappelijke dimensie van de opdracht.

De vakbekwaamheid (het tweede criterium) betreft de deskundigheid en betrouwbaarheid van de ontwerper met betrekking tot alle aspecten van het proces: van het ontwerp tot het toezicht op de realisatie en de nazorg van ruimtelijke projecten. De vakbekwaamheid kan aangetoond worden met behulp van diploma's en getuigschriften, erkenningen door derden zoals architectuurprijzen, vermeldingen in nationale en internationale tijdschriften en vakliteratuur of academische prestaties.

De relevante ervaring (het derde criterium) betreft de specifieke referenties van de kandidaat. De ervaring kan worden aangetoond door te verwijzen naar eerdere ontwerpen of gerealiseerde projecten, en naar onderzoek, stages of samenwerkingen die in het verleden hebben plaatsgevonden. Een ontwerper kan alle ervaringen die mogelijk relevant zijn voor de opdracht vermelden. Bij de kandidaatstelling vermeldt de ontwerper per opdracht drie relevante referenties.

De Vlaamse Bouwmeester maakt na afloop van de periode van aanvraag tot deelneming per project de lijst bekend van de ontwerpers die een aanvraag tot deelneming ingediend hebben. Opgenomen zijn op de lijst betekent geen garantie voor een opdracht, maar een kans om uitgenodigd te worden om een offerte in te dienen voor het project. De Vlaamse Bouwmeester kan eveneens putten uit deze lijst van kandidaten voor projecten waarvoor, door de beperkte omvang, geen bekendmaking vereist is.

5 Selectie van de ontwerpers

In overleg met de publieke opdrachtgever bepaalt de Vlaamse Bouwmeester het aantal te selecteren kandidaten, met een minimum van drie. De grootte en complexiteit van de opdracht zijn hierin belangrijke parameters. De selectie gebeurt op basis van de toetsing van de motivatienota, de drie relevante referenties per project en het portfolio van de kandidaten aan de selectiecriteria.

De Vlaamse Bouwmeester bereidt de selectie voor door het opstellen van een ontwerp-shortlist die kan aangevuld worden door de publieke opdrachtgever uit de lijst met ontvankelijke kandidaten. De publieke opdrachtgever kiest vervolgens het vooraf bepaalde aantal (minimum drie) geselecteerden. De Vlaamse Bouwmeester adviseert de publieke

opdrachtgever bij de finale selectie.

Het selectieverslag, opgesteld door de publieke opdrachtgever, motiveert de keuze van de geselecteerden op basis van een onderlinge vergelijking van de kandidaten. Van dit selectieverslag wordt op transparante wijze kennisgegeven aan alle kandidaten (met vermelding van de beroepsmogelijkheden).”

3.2. Voorwerp van het geschil is de selectiefase van het project “004001 Kortrijk - Hulpverleningskazerne Fluvia - Volledige studieopdracht voor de realisatie van de hoofdkazerne van de Hulpverleningszone Fluvia (nieuwbouw) te Kortrijk” vervat in Open Oproep nr. 40.

3.3. De aankondiging wordt op 9 juli 2020 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 14 juli 2020 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie bekendgemaakt. In die aankondiging wordt sub II.2.9) “Inlichtingen over de beperkingen op het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd” bij “Beoogd aantal gegadigden” vermeld : “4” en “Objectieve criteria voor de beperking van het aantal gegadigden : Zie ‘selectiecriteria’”.

In de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen is bij “of Beoogd minimumaantal : /Maximumaantal” (voetnoot 2 : indien van toepassing)” niets ingevuld. Sub III.1) “Voorwaarden voor deelneming” wordt sub III.1.1) “Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister” vermeld : “Voor architectuuropdrachten moeten de kandidaten de inschrijving op de lijst van de beroepsorde van architecten (of een gelijkaardige beroepsvereniging in de Europese Unie) aantonen”. Sub III.1.2) “Economische en financiële draagkracht” en sub III.1.3) “Technische en beroepsbekwaamheid” wordt telkens vermeld “Selectiecriteria zoals vermeld in de aanbestedingsdocumenten”.

In de brochure Open Oproep 40, die vrij digitaal beschikbaar is, worden onder meer de opdracht, het project en de verwachtingen van de Hulpverleningszone Fluvia nader omschreven, wordt onder “Vergoeding” vermeld “20.000 (excl. btw) per kandidaat, 4 kandidaten” en worden de selectiecriteria als

volgt beschreven :

- “- algemene ontwerpmatige deskundigheid met betrekking tot de projectopdracht aan de hand van een motivatienota,
- vakbekwaamheid,
- relevante ervaring aan de hand van minimum drie eigen projecten.”

3.4. Volgens de eerste (ingetrokken) selectiebeslissing van 22 oktober 2020 worden 51 “ontvankelijke aanvragen tot deelneming” ingediend waaronder deze van de verzoekende partij en deze van de uiteindelijk geselecteerde kandidaten :

- de tijdelijke maatschap AIKO architecten en ingenieurs, Studiobont
- de tijdelijke maatschap Archilles architectenbureau, Compagnie O
- de tijdelijke maatschap Bulk Architecten cvba, Happel Cornelisse Verhoeven, en
- het Bureau Philippe Samyn & Partners.

Deze lijst wordt overeenkomstig het reglement van de Open Oproep bekendgemaakt.

3.5. Het Team Vlaamse Bouwmeester maakt een shortlist op met 8 kandidaten, waaronder de vier uiteindelijk geselecteerde kandidaten. De verzoekende partij haalt de shortlist niet.

3.6. Op 22 oktober 2020 worden de vier voormelde kandidaten geselecteerd.

3.7. Met een op 20 november 2020 ingediend verzoekschrift vraagt de verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing van 22 oktober 2020. Dit is de zaak met rolnummer A. 232.272/XII-8991.

Met een beslissing van 30 november 2020 wordt de voormelde

selectiebeslissing van 22 oktober 2020 ingetrokken, omdat “de aanbestedende overheid zijn selectiebeslissing uitdrukkelijk op meer omstandige wijze wenst te motiveren”.

De Raad stelt vervolgens in het arrest nr. 249.182 van 10 december 2020 vast dat de vordering bijgevolg zonder voorwerp is, minstens dat de verzoekende partij haar belang bij de vordering verloren en verwerpt de vordering.

3.8. In een – nieuwe – selectiebeslissing, van 10 december 2020, wordt opnieuw vastgesteld dat 51 “ontvankelijke aanvragen tot deelneming” werden ingediend waaronder deze van de verzoekende partij en deze van de uiteindelijk geselecteerde kandidaten.

Onder punt 4 “Projectgebonden selectie” is er de “Selectie van vier ontwerpers met het oog op uitnodiging tot het indienen van een offerte“. Daarbij worden “aan de hand van de ingediende documenten volgende selectiecriteria onderzocht en getoetst aan de ambities van de opdrachtgever.”

Aldus wordt opnieuw getoetst aan de voormelde drie selectiecriteria “de algemene ontwerpmatige deskundigheid met betrekking tot de projectopdracht”, “de vakbekwaamheid” en “de relevante ervaring”, nu met de toevoeging, in een voetnoot, dat dit selectie criterium “verder [wordt] aangewend om het aantal kandidaten te beperken in de zin van artikel 79 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten”. Opnieuw wordt vermeld dat de opdrachtgever, vertegenwoordigd door de voorzitter, de zonecommandant, een facility manager en een coördinator Ruimte & Omgeving Leiedal, op advies van de Vlaamse Bouwmeester, die tegelijk “[deelnam] aan de besluitvorming” via videoconferentie deze vier kandidaten selecteerde.

In de “motivering” wordt herhaald dat “[v]oor de geselecteerden geldt dat hun kwaliteiten conform de gehanteerde selectiecriteria

aansluiten bij de verwachtingen en uitgangspunten van de opdrachtgever vervat in de projectfiche” en dat de vier geselecteerden, omwille van de daaropvolgende motieven, “in het licht van de toepasselijke criteria het meest [beantwoorden] aan de verwachtingen en uitgangspunten van de opdrachtgever zoals uiteengezet in de aankondiging van de opdracht”.

Vervolgens volgt betreffende de kandidatuur van elk van de vier voormelde geselecteerde ontwerpers voor elk van de drie selectiecriteria een uitvoerige over zes bladzijden uitgewerkte beoordeling, in woorden.

Voorts bevat de selectiebeslissing een korte beoordeling van de andere kandidaturen in het licht van deze selectiecriteria. Deze luidt voor de verzoekende partij als volgt :

“Volgende kandidaten werden niet geselecteerd om redenen dat ze minder beantwoorden aan de verwachtingen en uitgangspunten van de opdrachtgever, weergegeven volgens rangschikking (gelijk gescoorde kandidaten in alfabetische orde) :

[...]

Bureau	Antwerps Architecten Atelier bvba
--------	-----------------------------------

SC1: Architectuur is functioneel en gericht op duurzaamheid, maar toont minder aandacht voor de gebruiker en de inpassing in de omgeving.

SC2: Bureau dat sterk is in technische aspecten qua duurzaamheid en projectorganisatie, maar met minder weerklank in de vakliteratuur. Ze stellen een degelijk team voor.

SC3: Sterke referenties van brandweerkazernes van kleine en grote omvang.”

Daarnaast bestaat er voor elk van deze andere kandidaten ook een omstandigere beoordeling. Voor de verzoekende partij, die deze heeft medegedeeld gekregen en ze als stuk 9 bij haar inleidend verzoekschrift voegde, luidt deze als volgt :

“Bureau Antwerps Architecten Atelier bvba

Selectie criterium 1: De algemene ontwerpmatige deskundigheid met betrekking tot de projectopdracht. Ruim voldoende

Het Antwerps Architecten Atelier is een multidisciplinair ontwerp bureau dat een goed portfolio heeft opgebouwd op technisch en bouwkundig

vlak door publieke opdrachten in stedelijke omgeving en gericht op nieuwbouw maar ook op renovatie, restauratie, afbraak en wederopbouw, invulbouw en interieur. Ze willen zich niet beperken tot een niche en zoeken om elk project uniek te benaderen, om op maat te ontwerpen, om kwaliteit boven kwantiteit te verkiezen en zo kritisch en dynamisch te blijven. Antwerps Architecten Atelier motiveert zijn kandidatuur met een functionele analyse, waarbij ze stellen dat een brandweerkazerne 3 entiteiten (werkplaatsen en opslag, verblijfsruimten en administratie en tenslotte de stelplaats) omvat die in een driehoeksverhouding met elkaar in verbinding staan met het oogmerk op 'een zeer snelle uitruk' vanuit elke positie in het gebouw. Ze wijzen ook op de noodzaak om afhankelijk van grootte en programma elk van de drie entiteiten onafhankelijk te kunnen uitbreiden. Ze stellen dat het bij de planontwikkeling cruciaal is dat er korte uitruktijden zijn en ontwerpen de flow van voertuigen om en door het gebouw zo dat deze nooit moeten achteruit manoeuvreren. De grondplannen houden dan ook rekening met de eenrichting circulatiestroom van de voertuigen doorheen en rond het gebouw. Ze illustreren ook hun kostenbewustzijn door te stellen dat bouwkosten kunnen gedrukt worden door de uitvoeringstermijn van de werf door en langere voorbereidingsperiode ervan in te korten en door in te zetten om maximale prefabricatie zowel van bouwkundige elementen als technieken, deze laatste door luchtgroepen/warmtepompen te monteren in een frame. De reeds gerealiseerde brandweerkazernes in het portfolio getuigen allen van die professionele, functionele aanpak. Deze visie en aanpak illustreert een grote bekommernis voor de technische en functionele kwaliteit van een brandweerkazerne evenals voor een kostenbewuste aanpak, die gewaardeerd wordt, maar laat daarbij het menselijke aspect van deze opgave, de architecturale uitdaging op deze zichtlocatie en de inpassing van het project in de omgeving wat onderbelicht.

Selectiecriteria 2: De vakbekwaamheid. Goed

Het Antwerps Architecten Atelier is een multidisciplinair ontwerp bureau dat werd opgericht in 1989 met Bruno Dekoning als medestichter en het staat sinds 2002 geheel onder zijn leiding als enige zaakvoerder. Het bureau telt vandaag 10 medewerkers, multidisciplinair samengesteld met architecten, ingenieurs, een interieurarchitect en twee productontwikkelaars, waardoor men aspecten als technieken, stabiliteit, ecologie en interieur in huis heeft en van meet af aan in een ontwerpproces kan integreren. Het portfolio toont een uitgebreide lijst van realisaties in de publieke sector, waarbij naast de nieuwbouw van meerdere brandweerkazernes vooral de renovaties, verbouwing en uitbreiding, o.m. van podiumzalen maar ook scholen en een veiligheidsinstituut. Het portfolio spreekt voor een zakelijke en gedegen aanpak met aandacht voor ontwerpmethodiek, transparante communicatie, een degelijk organigram van taakverdeling en een vaste projectarchitect. Er is aandacht voor duurzaamheidsmeten als de Totem-tool en de Ovam-richtlijnen. Er wordt gewerkt met BIM en

er is een interne werkgroep die onderzoek doet naar de koppelingen ervan met Revit en Totem evenals specifiek onderzoek naar een materialenpaspoort aan het BIM-model. Het portfolio spreekt van een logische structuur van onderbouwde keuzes die kwaliteit en duurzaamheid garanderen. Het is een professionele aanpak met een vast stappenplan, een logische opbouw, maar ook een zeer functionele benadering van architectuur waarbij het uittekenen van organisatie- en circulatiepatronen aan de basis liggen van de uitwerking van de projecten en hun architectuur en de finale beeldvorming. Het portfolio maakt geen melding van publicaties of lezingen in het vakgebied, noch van ervaring in de vakopleiding. Met deze aanpak, hoewel zeer degelijk en door de getoonde realisaties bevestigd, blijft de vraag naar een meer integrale of culturele visie op architectuur die ook op de menselijke beleving en de omgevingskwaliteit inzet.

AAA bvba stelt een samenwerking voor met studiebureaus in onderaanneming waarmee men al 20 jaar ervaring heeft: Studiebureau Tecnobel nv voor technieken, Bureau Van Den Broeck bv voor EPB en veiligheid, Concreet bv voor stabiliteit en Daidalos Peutz voor akoestiek.

Selectiecriterium 3: de relevante ervaring. Zeer goed

Met de centrale brandweerkazerne te Noorderlaan, Antwerpen, de brandweerkazerne te Duffel en brandweerkazernes van Brussels Airport in Diegem en Machelen, maar ook met het nog lopende project voor de nieuwe kazerne van Lokeren, heeft dit team relevante referenties opgegeven qua programma; complexiteit en techniciteit”.

3.9. Het administratief dossier bevat nog een “Interne scoretabel”. Daaruit blijkt dat de vier geselecteerde ontwerpers voor elk criterium 9 scoorden - wat lijkt overeen te komen met “zeer goed” of een gemiddelde van 9 terwijl de verzoekende partij 7, 7 en 9 scoort of een gemiddelde van 7,67.

3.10. Met een e-mailbericht van 17 december 2020, bevestigd bij aangetekend schrijven wordt aan alle kandidaten deze nieuwe selectiebeslissing meegedeeld, met daarbij, volgens de nota, voor elke niet geselecteerde kandidaat, de bijkomende uitgebreide motivering. De verzoekende partij blijkt deze alvast te hebben ontvangen.

3.11. De voormelde selectiebeslissing van 10 december 2020 is de thans bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid

4.1.1. Onder “2.1 Ontvankelijkheid van het beroep” betogen de verwerende partijen op de eerste plaats dat nergens uit blijkt dat de Vlaamse Bouwmeester een rechtens aanvechtbare beslissing heeft genomen zodat hij buiten de zaak moet worden gesteld.

4.1.2. Op die vraag wordt in de huidige stand van de procedure niet ingegaan.

De betrokkenheid van de Vlaamse Bouwmeester bij de in het geding zijnde selectieprocedure en aldus bij de bestreden beslissing blijkt alleen al uit de volgende taken die hem in het toepasselijke reglement Open Oproep worden toebedeeld:

“De Vlaamse Bouwmeester maakt na afloop van de periode van aanvraag tot deelneming per project de lijst bekend van de ontwerpers die een aanvraag tot deelneming ingediend hebben. Opgenomen zijn op de lijst betekent geen garantie voor een opdracht, maar een kans om uitgenodigd te worden om een offerte in te dienen voor het project. [...]

In overleg met de publieke opdrachtgever bepaalt de Vlaamse Bouwmeester het aantal te selecteren kandidaten, met een minimum van drie. De grootte en complexiteit van de opdracht zijn hierin belangrijke parameters. De selectie gebeurt op basis van de toetsing van de motivatienota, de drie relevante referenties per project en het portfolio van de kandidaten aan de selectiecriteria.

De Vlaamse Bouwmeester bereidt de selectie voor door het opstellen van een ontwerp-shortlist die kan aangevuld worden door de publieke opdrachtgever uit de lijst van ontvankelijke kandidaten.[...]

De Vlaamse Bouwmeester adviseert de publieke opdrachtgever bij de finale selectie.”

4.2.1. Vervolgens betwisten de verwerende partijen als volgt het belang van de verzoekende partij bij de vordering :

“De selectiecriteria werden nooit ter discussie gesteld. De verwerende partijen stellen zich evenwel ernstige vragen nopens de zorgvuldigheid

waarmee het schorsingsberoep werd ingesteld, inzonderheid nu het gericht is tegen reeds voorafgaandelijk duidelijk vastgestelde selectiecriteria, waarin de verzoekende partij zich pour les besoins de la cause pas op het ogenblik van de selectiebeslissing niet meer kan vinden.

Indien men geloof mag hechten aan de zienswijze van de verzoekende partijen, diende het echter onmiddellijk en vanaf de aankondiging duidelijk te zijn dat de selectiecriteria aangetast waren door een meteen zichtbaar wettigheidsgebrek.

Volgens vaste rechtspraak van Uw Raad dient een kandidaat de nodige zorgvuldigheid en diligentie aan de dag te leggen, inzonderheid wanneer opdrachtdocumenten blijken te geven van (vermeende) onmiddellijk zichtbare onwettigheden.”

Vooralsnog bestaat er 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.

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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in het eerste middel de schending aan van artikel 79, § 1 en § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 65 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna : koninklijk besluit plaatsing 2017), van de artikelen 4 en 5 van 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’, motivering en rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en concessies (hierna : rechtsbeschermingswet 2013), en de daarin begrepen formelemotiveringsplicht, van de materiëlemotiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en van het transparantiebeginsel inzake overheidsopdrachten zoals neergelegd in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, alsook de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag :

“Doordat, de bestreden beslissing de selectie en doorselectie van de kandidaten uitvoert aan de hand van een schijnbaar maximum aantal

kandidaten dat niet werd vermeld in de aankondiging van de opdracht en aan de hand van selectiecriteria waarvoor het passend prestatieniveau niet werd vastgesteld.

Terwijl, artikel 79, §1 [wet overheidsopdrachten 2016] bepaalt dat de aanbestedende dienst in het geval van een mededingingsprocedure met onderhandelingen het aantal aan de selectiecriteria beantwoordende kandidaten die zij tot indiening van een offerte zal uitnodigen, kan beperken op voorwaarde dat het overeenkomstig paragraaf 2 van voormelde bepaling bepaalde minimumaantal (i.e. drie) gekwalificeerde kandidaten voorhanden is.

Dat opdat de aanbestedende overheid kan oordelen dat zij tot het verder beperken van het aantal kandidaten kan overgaan zij voorafgaandelijk dient vast te stellen dat er meer kandidaten dan het beoogde maximum voldoen aan het vereiste (minimale) prestatieniveau.

Dat de aanbestedende dienst in het geval zij het aantal kandidaten wenst te beperken overeenkomstig artikel 79, §2 [wet overheidsopdrachten 2016] in de aankondiging van een opdracht de objectieve en niet-discriminerende criteria of regels vermeldt die zij voornemens is te hanteren, alsmede het minimum- en in voorkomend geval het maximum aantal kandidaten dat zij voornemens is uit te nodigen.

Dat krachtens artikel 79, §3 [wet overheidsopdrachten 2016] de verplichting om het minimum- en in voorkomend geval het maximum aantal kandidaten te vermelden, niet van toepassing is op niet Europese opdrachten en dus a contrario als verplichte vormvereiste geldt in geval van een overheidsopdracht die zoals hier de Europese drempels overschrijdt.

Dat krachtens artikel 65 [koninklijk besluit plaatsing 2017] de selectiecriteria alsook de aanvaardbare bewijsmiddelen in de selectiefase door de aanbestedende overheid worden vermeld in de aankondiging van de opdracht of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdrachtdocumenten, waarbij de aanbestedende overheid verplicht is 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.

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

Dat overeenkomstig de artikelen 4 en 5 van de [rechtsbeschermingwet 2013] een selectiebeslissing in een niet-openbare procedure de juridische en feitelijke motieven dient te bevatten die de selectie of niet-selectie van de kandidaten rechtvaardigen.

Dat de materiële motiveringsplicht vereist dat de gehanteerde motieven draagkrachtig zijn en derhalve in redelijkheid tot de bestreden beslissing konden leiden.

Dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat de kandidaturen aan een feitelijke en vergelijkende analyse werden onderworpen in het licht van de selectiecriteria en de concrete omstandigheden van het te realiseren project.

Dat het transparantiebeginsel vereist dat de overheidsopdracht door de passende bekendmaking wordt geopend voor de mededinging en de procedure door haar objectief verloop achteraf op haar onafhankelijkheid kan worden getoetst.

Zodat, de bestreden beslissing die de selectiecriteria zonder transparant vastgesteld prestatieniveau toepast voor selectie en doorselectie en het aantal geselecteerde kandidaten beperkt zonder dat dergelijk maximum aantal in de aankondiging werd opgenomen of andere objectieve redenen voorliggen om het aantal geselecteerde kandidaten tot vier te beperken, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

Zij licht onder meer nader toe:

“Er wordt dus een kwalitatieve selectie doorlopen waarbij i) wordt vastgesteld dat er 51 kandidaten zijn zonder te bepalen of zij voldoen aan minimeisen of een prestatieniveau dat voorafgaand aan de beslissing en kennisname van de aanvragen tot inschrijving werd vastgesteld waardoor een doorselectie noodzakelijk is; ii) aan doorselectie wordt gedaan aan de hand van de oorspronkelijke selectiecriteria zonder dat een objectief en transparant prestatieniveau van aard is een differentiatie tussen de verschillende aanvragen tot deelneming mogelijk te maken; iii) een ordinale schaal wordt gehanteerd bij de beoordeling van de aanvragen tot deelneming die op geen enkele wijze een ijkpunt hanteert ten aanzien waarvan een aanvraag tot deelneming ‘goed’, ‘zeer goed’ of ‘ruim voldoende’ kan worden beschouwd.”

7. Vervolgens betoogt de verzoekende partij dat de in de bestreden beslissing opgenomen motivering haar niet in staat stelt “om de redenen te begrijpen waarom zij niet werd weerhouden, waarbij zij wel degelijk een aanvraag tot deelneming indiende waaruit bleek dat zij aan de selectiecriteria voldeed (cfr. scores als ruim voldoende, goed en zeer goed)”. Zij kan aan de hand van de in de bestreden beslissing geëxpliciteerde motieven op geen enkele wijze nagaan hoe de andere inschrijvers op deze ordinale schaal scoorden en op welke wijze een objectieve en transparante vergelijking tussen de diverse aanvragen tot deelneming mogelijk werd gemaakt en of deze überhaupt heeft plaatsgevonden. Zij kan op dat punt dan ook niet met kennis van zaken de inhoudelijke betwisting voeren aangaande de redelijkheid en objectiviteit waarmee haar aanvraag tot deelneming in vergelijking met de andere kandidaten werd doorgevoerd, en of zij ter zake de haar door de wet voorgeschreven rechtsmiddelen diende uit te putten. Zij betoogt verder dat een louter descriptieve analyse in het

geval van een doorselectie niet langer volstaat. In dat geval is een loutere per inschrijver geformuleerde beschrijving van de inhoud van de aanvraag tot deelneming zonder vergelijkend waardeoordeel niet langer draagkrachtig (materiële motiveringsplicht). Hierdoor wordt evenmin de Raad van State in de mogelijkheid gesteld om de juistheid van de bestreden beslissing en de opgenomen motivering aan een wettigheidstoets te onderwerpen.

“Daarenboven blijkt niet dat bepaalde opmerkingen bij de beoordeling van de aanvraag tot deelneming, zoals het vermeend gebrek aan bekommernis om het menselijke aspect van deze opgave, steun vinden in de ingediende kandidatuur of het administratief dossier. Dergelijke vaststellingen worden formeel betwist nu er ook geen referentienorm is die als prestatieniveau bij voorbaat kenbaar was, zodat een aan willekeur grenzende beoordelingsmarge geldt die niet toelaat de procedure nadien op haar objectiviteit en onafhankelijkheid na te gaan zoals nochtans vereist door het transparantiebeginsel en art. 4 [wet overheidsopdrachten 2016]”.

8. Volgens de verzoekende partij is er *in casu* sprake van een verstrengde motiveringsplicht, omwille van de vaststelling dat zij niet werd “weerhouden”, net als 46 andere inschrijvers die mogelijks eveneens aan de selectiecriteria voldeden. De bestreden beslissing omvat hieromtrent geen enkele motivering of duiding.

Beoordeling

9. Artikel 79, §§ en 2 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt :

“§1. Bij niet-openbare procedures, mededingingsprocedures met onderhandeling, concurrentie-gerichte dialogen en innovatie-partnerschappen kan de aanbestedende overheid het aantal aan de selectiecriteria beantwoordende kandidaten die zij tot indiening van een offerte of tot een dialoog zal uitnodigen, beperken op voorwaarde dat het overeenkomstig paragraaf 2 bepaalde minimumaantal gekwalificeerde kandidaten voorhanden is.

§2. De aanbestedende overheid vermeldt in de aankondiging van een opdracht de objectieve en niet-discriminerende criteria of regels die zij voornemens is te hanteren, alsmede het minimum- en in voorkomend geval het maximumaantal kandidaten dat zij voornemens is uit te nodigen.

Bij niet-openbare procedures bedraagt het minimumaantal kandidaten vijf. Bij mededingingsprocedures met onderhandeling, concurrentie-gerichte

dialogen en innovatiepartnerschappen bedraagt het minimumaantal kandidaten drie. Het aantal uitgenodigde kandidaten moet in elk geval volstaan om daadwerkelijke mededinging te waarborgen.
[...]"

10. 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 daarniet 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.”

11. In een eerste grief voert de verzoekende partij in essentie aan dat de bestreden beslissing ten onrechte uitgaat van een maximum aantal te selecteren kandidaten – vier – terwijl dit niet, zoals door artikel 79 van de wet overheidsopdrachten 2016 zou zijn vereist, werd vermeld in de aankondiging.

12. Te dezen moet worden vastgesteld dat in de aankondiging zoals bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen, sub II.2.9) “Inlichtingen over de beperkingen op het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd” bij “Beoogd aantal gegadigden” wordt vermeld : “4” en dat in de voorgedrukte passage “of Beoogd minimum: /; Maximumaantal (voetnoot 2 : indien van toepassing)” niets is ingevuld. Ook in de aankondiging zoals bekendgemaakt in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie” wordt enkel vermeld “Beoogd aantal gegadigden : 4”. Tegelijk wordt telkens, bij “Objectieve criteria voor de beperking van het aantal gegadigden” vermeld: “ Zie ‘selectiecriteria’”.

Alhoewel taalkundig “een beoogd aantal” veeleer lijkt te verwijzen naar een nagestreefd aantal of een objectief, lijkt te dezen *prima facie*,

en in het licht van geheel van de voor het indienen van de aanvragen tot deelneming beschikbare opdrachtdocumenten toch te mogen worden aangenomen dat hiermee in werkelijkheid een doorselectie tot een vast aantal van 4 kandidaten is bedoeld. Het reglement van de Open Oproep vermeldt immers in punt 1 dat de aankondiging “het aantal te selecteren ontwerpers” omvat, en de Open Oproep 40, vermeldt bij “Vergoeding” “4 kandidaten”.

Het lijkt niet dat de verzoekende partij op grond van de aankondiging en de vrij consulteerbare documenten van de Open Oproep dit maximum van vier niet kon hebben gekend. De betrokken grief wordt bijgevolg niet aanvaard.

13. Evenmin wordt de tweede grief *prima facie* aangenomen, namelijk dat de doorselectie tot vier kandidaten onrechtmatig was omdat in de daarvoor toegepaste criteria, geen gepast minimum – of prestatieniveau zou zijn bepaald.

Er lijkt immers te mogen worden aangenomen dat deze vereiste, uitdrukkelijk opgenomen in het hierboven aangehaalde artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, niet van toepassing is voor de criteria gebruikt voor een doorselectie. Dit lijkt niet alleen logisch aangezien de doorselectie kandidaten betreft die reeds in een eerste selectiefase geschikt werden bevonden, maar ook voort te vloeien uit het eveneens hierboven geciteerde artikel 79 van de wet overheidsopdrachten 2016 zelf, dat bepaalt dat de aanbestedende overheid in de aankondiging de “objectieve en niet-discriminerende criteria of regels die zij voornemens is te hanteren” vermeldt en, anders dan artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet bepaalt dat de aanbestedende overheid “verplicht [is] om elk kwalitatief selectie criterium van economische, financiële en/of technische aard, te verbinden aan een gepast niveau”.

14. In zoverre het in de bedoeling lag van de verzoekende partij ook betreffende de eerste selectie aan te voeren dat daar ook niet is voldaan aan de

niveaureviste in artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt het niet dat niet aan dit vereiste is voldaan. Er is immers minstens een kwantitatief criterium voorhanden voor de “technische en beroepsbekwaamheid” via het criterium “drie relevante referenties”.

15. In de mate dat de verzoekende partij in een volgende grief aanstoot neemt aan het gebruik van een ordinale schaal die op geen enkele wijze een ijkpunt zou hanteren ten aanzien waarvan een aanvraag tot deelneming, zoals de hare, respectievelijk “ruim voldoende”, “goed” en “zeer goed” scoort, lijkt het voldoende duidelijk dat er een ijkpunt was : namelijk de mate waaraan “de kwaliteiten van de kandidaten conform de voor de doorselectie gehanteerde selectiecriteria aansluiten bij de verwachtingen en uitgangspunten van de opdrachtgever”. Mocht deze kritiek ook de eerste selectie betreffen, dan volstaat vast te stellen dat het niet lijkt dat daarbij een ordinale schaal werd gehanteerd.

16. Aldus kunnen de ingeroepen grieven gesteund op de artikelen 79 van de overheidsopdrachtenwet 2016 en artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet tot schorsing leiden.

17. In de mate dat de ingeroepen schending van het transparantiebeginsel zoals afgeleid uit artikel 4 van de voornoemde wet op dezelfde grieven steunt, geldt dezelfde conclusie.

In zoverre dat de verzoekende partij hiermee in wezen de bekendmaking van de beoordelingsmethode vereist, en deze grief al voldoende duidelijk zou zijn via de kritiek inzake het hanteren van een ordinale schaal zonder ijkpunt, toont zij niet, minstens niet met de vereiste *prima facie* ernst, concreet aan hoe die vereiste voortvloeit uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In het arrest TNS Dimarso van 14 juli 2016 (C-16/15) stelt het Hof in elk geval dat een dergelijke bekendmaking in het algemeen niet vereist is voor de beoordelingsmethode gebruikt bij de toetsing aan de gunningscriteria. Daarnaast wordt vastgesteld dat in punt 9 “Beoordeling van de offertes en

onderhandelingen” van het reglement van de Open Oproep, de ordinale schaal van “uitstekend” (10/10), “zeer goed (9/10), “goed ” (8/10), “ruim voldoende” (7/10), “voldoende” (6/10), “bijna voldoende” (5/10), “onvoldoende” (4/10), “zeer onvoldoende (3/10), “slecht” (2/10), “zeer slecht” (1/10) en “ onaanvaardbaar” (0/10) is vermeld. Aldus lijkt het niet dat het niet voldoende voorzienbaar was dat deze methode bij een doorselectie zou worden gebruikt.

18. Blijft dan de grief gesteund op de schending van de formele- en materiële motiveringsplicht.

In de huidige stand van het geding lijkt te mogen worden aangenomen dat in de motieven van de bestreden beslissing afdoende formeel werd gemotiveerd waarom de verzoekende partij niet werd doorgeselecteerd en de vier uiteindelijk geselecteerde ontwerpers wel. De verzoekende partij kent deze uitvoerig uiteengezette motieven die de toetsing ondersteunen van de offertes aan de voormelde drie criteria algemeen ontwerpmatige deskundigheid, vakbekwaamheid en relevante ervaring.

Inzake het eerste selectie criterium wordt zij slechts “ruim voldoende” en niet zoals die ontwerpers “zeer goed” beoordeeld omdat blijkt dat haar architectuur functioneel is en gericht op duurzaamheid, maar dat “minder aandacht [getoond wordt] voor de gebruikers en de inpassing in de omgeving”. Inzake het tweede selectie criterium wordt in de bestreden beslissing onder meer geoordeeld dat zij “minder weerklank [heeft] in de vakliteratuur”. Aldus kon de verzoekende partij, zo lijkt, perfect begrijpen waarom zij voor deze criteria niet bij de beste vier kandidaten werd gerangschikt en kon zij deze beoordelingen desgewenst inhoudelijk betwisten. Voor het derde criterium scoort zij, net zoals de vier geselecteerde inschrijvers, zeer goed en kon zij desgewenst aanvoeren dat zij nog beter dan die kandidaten had moeten scoren.

In de mate dat ook de schending wordt ingeroepen van de materiële motiveringsplicht toont zij in dit middel niet concreet en onderbouwd aan

waarom de verwerende partijen niet tot deze beoordeling mochten komen. Zo betwist zij de vaststelling niet, dat zij minder aandacht toonde voor de gebruiker en omgeving - elke verwijzing naar passages in aanvraag tot deelneming waaruit het tegendeel zou blijken ontbreekt. Dit geldt ook voor de vaststelling inzake de weerklink in de vakliteratuur.

19. Het middel steunt ook op “de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”. Deze stereotiepe niet nader toegelichte zinsnede voegt niets toe aan de reeds in het middel aangevoerde schending van de formele- en materiële motiveringsverplichting.

20. Het eerste middel is in geen van zijn grieven ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21.1. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 64, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van het “*patere legem* beginsel” als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, van de materiële motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, van het gelijkheids-, niet-discriminatie- en transparantiebeginsel inzake overheidsopdrachten “zoals neergelegd in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, en het eruit voortvloeiende verbod op willekeur, en uit de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

“Doordat, de selectiebeslissing selectiecriteria toepast waarbij de kandidaat zijn “algemene ontwerpmatige deskundigheid met betrekking tot de projectopdracht” dient uiteen te zetten in een motivatienota, zonder bij de toepassing van deze criteria de concrete invulling te bepalen welke elementen in de motivatienota of aanvraag tot deelneming dergelijke deskundigheid kunnen aantonen, zodat de aanbestedende overheid zichzelf een aan willekeur grenzende ongebreidelde beoordelingsvrijheid verschaft bij de beoordeling van de kandidaten.

Terwijl, het artikel 71 [wet overheidsopdrachten 2016] voorschrijft dat vooropgestelde selectiecriteria betrekking kunnen hebben op onder meer de technische en beroepsbekwaamheid (3°), doch dat deze moeten worden beperkt om te garanderen dat een kandidaat over de technische- en beroepsbekwaamheid beschikt om de bewuste opdracht te kunnen uitvoeren.

Dat er derhalve geen voorafname kan gebeuren op het inhoudelijk voorstel van invulling van de opdracht dat in een eventuele offerte zal worden opgenomen en beoordeeld.

Dat overeenkomstig artikel 65, vierde lid van het [koninklijk besluit plaatsing 2017] de aanbestedende overheid de selectiecriteria op voldoende duidelijke wijze dient te formuleren om een selectie van de kandidaten toe te laten, zodat de toepassing ervan ook de bekwaamheid en deskundigheid van de ontwerper dient te betreffen op grond van zijn motivatienota en aanvraag tot deelneming.

Dat de selectiecriteria uit de selectieleidraad van toepassing op de huidige procedure vragen dat de kandidaat zijn algemene ontwerpmatige deskundigheid met betrekking tot de projectopdracht aantoon aan de hand van een motivatienota en zijn vakbekwaamheid staat.

Dat wanneer een selectie criterium niet nader wordt toegelicht of gespecificeerd, geldt dat dit criterium moet worden uitgelegd in zijn spraakgebruikelijke betekenis.

Dat het eerste selectie criterium van een kandidaat vereist dat zij aantoon dat zij over de kennis van zaken en ontwerpcapaciteiten beschikt om de vooropgestelde opdracht uit te voeren, waarbij de aard van de opdracht in rekening dient te worden gebracht (brandweerkazerne of utiliteitsbouw), en een daadwerkelijk evaluatie mogelijk wordt gemaakt en geen parafrase van de prospectus van de bewuste kandidaat.

Dat een selectie criterium het vermogen moet bevatten om een bepaalde vaardigheid of deskundigheid te meten als maatstaf van beoordeling, en geen pretext mag vormen om een ongebreidelde beoordelingsvrijheid te creëren in hoofde van de aanbestedende dienst aangaande de te weerhouden kandidaten.

Zodat de bestreden beslissing bij de beoordeling van de kandidaten en de gekozen kandidaten in het bijzonder, die een dusdanige invulling geeft aan het selectie criterium van de algemene ontwerpmatige deskundigheid dat meta-filosofische overwegingen worden betrokken en het criterium zich niet leent tot een differentiatie op objectieve grondslag tussen de kandidaten en kan worden afgebakend ten aanzien van de andere selectiecriteria (en dus aanleiding geven tot willekeur), de in het middel opgenomen wettelijke

bepalingen en algemene beginselen schendt.”

De verzoekende partij betoogt nog nader dat het selectie criterium van “de algemene ontwerpmatige deskundigheid” niet op de vereiste duidelijke wijze geformuleerd om een deugdelijke en gedifferentieerde selectie tussen kandidaten door te voeren in overeenstemming met artikel 65, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Minstens diende de selectiebeslissing de invulling van dit criterium aan de hand van objectieve parameters te realiseren, zodat deze eenduidig aan de inhoud van de aanvragen tot deelneming kan worden gelinkt.

De verwerende partijen schenden aldus volgens de verzoekende partij het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*. Van een behoorlijke aanbestedende overheid wordt immers vereist dat zij niet alleen de selectiecriteria formuleert in overeenstemming met de wetgeving overheidsopdrachten en dat deze haar concrete verwachtingen, eisen en uitgangspunten weerspiegelen, maar ook dat zij de geformuleerde selectiecriteria zelf op een deugdelijke wijze toepast bij de beoordeling van de tijdige en ontvankelijke kandidaturen.

De bestreden selectiebeslissing is volgens de verzoekende partij ook niet in overeenstemming met de vereisten inzake transparantie, gelijkheid en niet-discriminatie zoals voorgeschreven door artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016. Uit de bestreden beslissing blijkt immers dat “de verwerende partijen een projectspecifiek kader vooropstellen dat zij niet hebben opgenomen in de selectieleidraad. Zij laat zich verleiden door holle slogans en beloftes voor een huis voor onze helden”, “de diepmenselijke kracht van hulp aanbieden”, “een programma dat meer is dan goed voor nu” en “[een] functionele machine met plaats voor gemeenschapsvorming”.

De bestreden beslissing steunt op willekeurige aspecten die ervoor zorgen dat de gelijke behandeling van de kandidaten in het gedrang worden gebracht. De beslissing tot selectie van vererende partijen steunt op toevalligheden en inhoudsloze slagzinnen. De overige kandidaten worden ongelijk behandeld en

uitgesloten in strijd met de geformuleerde selectiecriteria.

De aangewende wollige beoordelingen brengen de transparantie die primordiaal is binnen het overheidsopdrachtencontentieux in het gedrang.

Minstens en ondergeschikt dient volgens de verzoekende partij te worden vastgesteld dat de gehanteerde motivering voor het selectie criterium van de ontwerpmatige deskundigheid voor de vier geselecteerde kandidaten niet bij machte is om de selectie van deze kandidaten met uitsluiting van de andere te dragen. In dat geval ligt minstens de schending van de materiële motiveringsplicht voor ten aanzien van de beoordeling van de aanvragen tot deelneming in het licht van het eerste selectie criterium.

Beoordeling

22. Het in dit middel geschonden geachte artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt als volgt :

“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, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waarvan eveneens de schending werd ingeroepen, reeds geciteerd bij de bespreking van het eerste middel, preciseert dat elk selectie criterium “moet geformuleerd worden op een voldoende duidelijke wijze teneinde de selectie van de kandidaten of inschrijvers toe te laten”.

23. Het komt 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 beoordelingsruimte. Wel dient de aanbestedende overheid bij die beoordeling de regels die zijzelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten na te leven bij de concrete toepassing ervan, verplichting die voortvloeit uit het in dit middel ingeroepen *patere legem quam ipse fecisti* -beginsel. Daaruit vloeit voort dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van een aanvraag tot deelneming gebonden is door de regels die hieromtrent in de opdrachtdocumenten zijn vastgesteld.

24. Het reglement van de Open Oproep bepaalt in het reeds in randnummer 3.1 geciteerde punt 3 dat de kandidaten via de website volgende informatie geven :

- “1 de projecten waarvoor men kandideert
- 2 de partijen waarmee men zich kandidaat stelt
- 3 de motivatietekst (zie de kwalitatieve selectie in punt 4 van dit document)
- 4 de drie relevante referenties per project (zie de kwalitatieve selectie in punt 4 van dit document)”

en de volgende documenten indienen:

- “1 een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) voor de opdrachten gelijk aan of hoger dan de Europese drempel
- 2 het portfolio (zie de kwalitatieve selectie in punt 4 van dit document)”.

Het punt 4 van dit reglement bepaalt dat de technische en beroepsbekwaamheid aan de hand van de volgende drie selectiecriteria wordt getoetst :

- “1. de algemene ontwerpmatige deskundigheid met betrekking tot de projectopdracht;
- 2. de vakbekwaamheid;
- 3. de relevante ervaring.

Deze selectiecriteria worden aangetoond met behulp van de motivatietekst,

de drie relevante referenties per project en het portfolio van de kandidaten”.

In het reglement, hierboven nog geciteerd onder randnummer 3.1., wordt meer concreet toegelicht op welke wijze zulks gebeurt.

Er wordt niet *prima facie* aangetoond waarom deze criteria niet objectief en transparant zouden zijn.

Ook de beoordeling zelf van de offerte van de verzoekende partij aan de hand van het eerste selectiecriterium toont dit niet aan. Er wordt vastgesteld: “Architectuur is functioneel en gericht op duurzaamheid, maar toont minder aandacht voor de gebruiker en de inpassing in de omgeving”. Zulks is nader uitgewerkt in de hierboven aangehaalde bijzondere motivering met onder meer de verwijzing naar de onderbelichting van het “menselijke aspect van de opgave, de architecturale uitdaging op deze zichtlocatie en de inpassing van het project in de omgeving”. Aldus wordt de persoon van de kandidaat beoordeeld en de geschiktheid om een ontwerp op te stellen dat beantwoordt aan de behoeften en verzuchtingen van de opdrachtgever.

Tevens lijkt het voldoende uit de omschrijving van dit selectiecriterium te kunnen worden afgeleid, minstens was het voldoende voorzienbaar, dat dit een maatstaf voor de beoordeling zou zijn.

Daargelaten de vaststelling dat de verzoekende partij bezwaarlijk *prima facie* de schending van de ingeroepen regels en beginselen kan aantonen door, zoals zij in in dit middel doet, enkele woorden en zinnen uit een veel omstandigere formele motivering te isoleren, te bekritisieren en te kwalificeren als “meta-filosofische overwegingen” of “wollige beoordelingen”. Aldus gaat zij voorbij aan het geheel van de motivering en zij toont in ieder geval hiermee ook niet aan dat deze elementen niet vervat zijn in het selectiecriterium.

Aldus is *prima facie* niet de schending aangetoond van artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 of van artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, noch de schending van het transparantie- of het *patere legem quam ipse fecisti* - beginsel. Evenmin blijkt dan op het eerste gezicht op welke wijze de verzoekende partij ongelijk werd behandeld, grief die in wezen ook niet concreet en uitdrukkelijk wordt toegelicht

25. De verzoekende partij lijkt ook bezwaarlijk *prima facie* de schending van de materiële motiveringsplicht te kunnen aantonen door enkele woorden en zinnen uit een veel omstandigere formele motivering te isoleren en te bekritisieren, zoals zij in in dit middel doet. Deze kritiek, die bovendien om de voormelde redenen niet kan worden bijgevalen is al evenmin ernstig om de redenen hierboven en bij de beoordeling van het eerste middel uiteengezet.

26. Aldus wordt ook niet voldoende concreet aangetoond dat de bestreden beslissing niet objectief zou zijn of van willekeur zou getuigen, en evenmin dat er geen objectieve analyse van de diverse kandidaturen zou kunnen en worden uitgevoerd.

27. In de mate dat ook dit middel steunt op “de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag” wordt hier opnieuw zoals hierboven bij het eerste middel, op het tautologisch karakter van die vermeende onrechtmatigheid gewezen.

28. Het tweede middel is evenmin ernstig.

VIII. Besluit

29. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient bijgevolg te worden verworpen zonder dat nog nader moet worden ingegaan op de opgeworpen excepties van gebrek aan belang bij de middelen of op de gevraagde

belangenafweging.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partijen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig januari tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Dierk Verbiest