

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

ARREST

**nr. 257.182 van 18 augustus 2023
in de zaak A. 239.657/XII-9394**

In zake: 1. de BV ABSCIS ARCHITECTEN
2. de NV VK ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen en Thomas Christiaens
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE DE PINTE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Rasschaert en Flora Wauters
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 juli 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente De Pinte van 7 juli 2023 waarbij KRAS Architecten als enige kandidaat wordt geselecteerd voor de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp “Studieopdracht voor masterplan school/sport/jeugd, architectuur, stabiliteit, technieken, EPB/ventilatieverslaggeving en omgevingsaanleg”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 augustus 2023 om 11.00 uur.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Christiaens, 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 advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp “Studieopdracht voor masterplan school/sport/jeugd, architectuur, stabiliteit, technieken, EPB/ventilatieverslaggeving en omgevingsaanleg”.

Op 29 maart 2023 wordt ze bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 3 april 2023 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

De opdracht wordt gegund volgens de mededingingsprocedure met onderhandeling. Daarbij wordt eerst een selectiefase doorlopen, waarna de geselecteerde kandidaten kunnen deelnemen aan de gunningsfase.

3.2. De selectieleidraad omschrijft de opdracht als volgt:

“Deze opdracht omvat de volgende studies:
A. Het Masterplan

B. De studies – architectuur – stabiliteit – technieken – EPB/ventilatieverslaggeving en omgevingsaanleg.

De opdracht is een opdracht voor diensten in de zin van artikel 2, 21° van de Wet.

De studieopdracht omvat 3 deelprojecten:

- De gemeentelijke basisschool (GBS) ‘De Blij School’ te De Pinte +/- 400 leerlingen.
- De bouw van een sportzaal
- De bouw van een jeugdhuis

Het bestuur kan beslissen welke projecten er effectief zullen gerealiseerd worden.

De opdracht bestaat uit 2 fase:

Fase 1: opmaak van een Masterplan over de site van de basisschool ‘De Blij School’ gelegen aan de Polderbos nr 1 te De Pinte, en het Ontmoetingscentrum Polderbos, Polderbos nr 20, tegenover de GBS.

Na het indienen van het Masterplan, beslist het bestuur over een uit te werken scenario.

Fase 2: De bouw en/of verbouwing van de gemeentelijke basisschool.

Fase 3:

- De bouw van een sportzaal
- De bouw van een jeugdhuis

Afhankelijk van het gekozen scenario, de ramingen en het beschikbare budget kan het bestuur beslissen om Fase 3 samen te voegen met Fase 2 om deze (al dan niet) gelijktijdig te realiseren.

Echter wordt gevraagd dat minstens het ontwerp uitgewerkt wordt voor de globale opdracht (de 3 bouwprojecten, dus Fase 2 en 3).”

Met betrekking tot de vereiste technische en beroepsbekwaamheid (referenties) van de kandidaatstellingen vermeldt de selectieleidraad:

“2.2.2 Referenties

De kandidatuurstelling dient volgende referenties en documenten te bevatten:

1 (één) referentieproject van een Masterplan van een gelijkwaardig project voor [e]n lokaal bestuur (Gemeente, OCMW, AGB, Politiezone...) of privaatrechtelijke persoon, waarbij onder andere de volgende elementen aan bod kwamen:

- Analyse van het programma van eisen van de bouwheer en eventueel het begeleiden om dit verder te verfijnen.
- Optimalisatie van ruimtelijke planning. Efficiënt ruimtegebruik en optimale organisatie binnen het projectgebied.
- Inpassing in een stedenbouwkundige context.
- Haalbaarheid van de uitvoering en voorstellen naar fasering.
- Opmaak ramingen.
- Mobiliteit in de brede zin.

- Milieu, groenvoorziening.
- Duurzaamheid in diverse aspecten.
- Duurzaamheid in organisatie, ruimtegebruik en toekomstige evoluties.
- Enz...

2 (twee) referentieprojecten van een gelijkwaardig schoolgebouw

Waarvan minstens één project door AGION gesubsidieerd werd, die door de inschrijver zelf werden ontworpen voor een lokaal bestuur (Gemeente, OCMW, AGB, ...) of privaatrechtelijke persoon met inbegrip van de opvolging en controle der werken en waarvan de voorlopige oplevering of ingebruikname dateert van na 01.05.2018. (maximaal 5 jaar oud).

Als gelijkwaardig project wordt beschouwd de bouw van schoolgebouw voor basisonderwijs, waarvan de totale netto-bouwkost (werken in onroerende staat van ruwbouw, afwerkingen en technische installaties, exclusief erelonen, BTW en algemene kosten) minstens 2.500.000 EUR bedraagt.

Dit zowel voor de vakgebieden architectuur, stabiliteit, technieken, EPB en omgevingsaanleg.

1 (één) referentieproject van de omgevingsaanleg in kader van de realisatie van een schoolgebouw.

Dat door de inschrijver zelf [werd] ontworpen voor een lokaal bestuur (Gemeente, OCMW, AGB, ...) of privaatrechtelijke persoon met inbegrip van de opvolging en controle der werken en waarvan de voorlopige oplevering of ingebruikname dateert van na 01.05.2018. (maximaal 5 jaar oud).

Het moet gaan over de volledige nieuw aan te leggen omgevingsaanleg met speelplaats, speeltoestellen, paden, verhardingen, wegenis, fietsenstallingen, parkeergelegenheid en groenaanleg ten behoeve van een schoolproject voor basisonderwijs en waarvan de totale netto bouwkost (exclusief erelonen, BTW en algemene kosten) minstens 150.000,00 EUR bedraagt.

1 (één) referentieproject van een sportzaal.

Dat door de inschrijver zelf [werd] ontworpen voor een lokaal bestuur (Gemeente, OCMW, AGB, Politiezone...) of privaatrechtelijke persoon met inbegrip van de opvolging en controle der werken en waarvan de voorlopige oplevering of ingebruikname dateert van na 01.05.2018. (maximaal 5 jaar oud). Met een totale netto bouwkost (exclusief erelonen, BTW en algemene kosten) van minstens 1.000.000,00 EUR.

De beoordeling of het project gelijkwaardig is[, gebeurt] uitsluitend door de opdrachtgever, op basis van de overgemaakte informatie van de referentie.

De kandidaten die niet het exacte aantal gevraagde referentieprojecten indienen, zullen niet weerhouden worden.

Voor deze referenties zal de inschrijver, op straffe van nietigheid, een attest van goede uitvoering toevoegen, ondertekend door de bouwheer (de initiatiefnemer van het project) of minstens zijn gevolmachtigde, hetwelke de volgende elementen omvat:

- Naam van het project;
- Gegevens van de aanbestedende overheid;
- Beknopte beschrijving waarin het concept, materiaalgebruik, functionaliteit, ... enzovoort worden beschreven;
- De netto bouwkost, de oppervlakte en de uitvoeringstermijn;

- Plannen, foto's, visualisaties, ... enzovoort die het de Aanbestedende Overheid mogelijk moeten maken om de referentie te kunnen beoordelen.
- Een attest vanwege de bouwheer dat volgende gegevens bevat:
 - 1) De totale netto kostprijs van de werken, exclusief erelonen en BTW;
 - 2) De datum van de voorlopige oplevering of van de ingebruikname;
 - 3) De vermelding dat de studieopdracht door de ontwerper tot algehele voldoening werd uitgevoerd.
- Tevens dienen grond- en gevelplannen (schaal minimum 1/250) én foto's van het project bijgevoegd te worden met name dus voldoende gegevens die de Aanbestedende Overheid in staat [moeten] stellen de referentie(s) te beoordelen.

Een referentie die betrekking heeft op een ander samenwerkingsverband [dan] hetgeen waar de kandidaat desgevallend mee inschrijft, kan enkel gebruikt worden op voorwaarde dat de inschrijver aantoont dat hij een wezenlijk deel van de betrokken opdracht op zich nam. De beoordeling van het feit dat het een wezenlijk deel betreft, zal gebeuren door de Aanbestedende Overheid.

In geval er geen kandidaturen beantwoorden aan de minimumeisen inzake referenties, behoudt de Aanbestedende Overheid zich het recht voor kandidaturen die niet voldoen aan de minimumeisen inzake referenties zoals hoger omschreven toch in overweging te nemen.”

3.3. De verzoekende partijen dienen gezamenlijk een aanvraag tot deelneming in.

3.4. Op 9 juni 2023 beslist de verwerende partij, op grond van een selectieverslag van 2 juni 2023, dat KRAS Architecten (in samenwerking met BRUT *architecture and urban design*, Studie10 Ingenieursbureau en landschapsarchitect Stefaan Thiers) als enige van de vier ontvangen kandidaatstellingen voldoet aan de selectievoorwaarden en zal worden uitgenodigd tot het indienen van een offerte.

3.5. In een eerste e-mailbericht van 20 juni 2023 vraagt de bv Architectuurbureau Dirk Martens, “in naam van alle niet-geselecteerde teams”, aan de opsteller van het selectieverslag om dat verslag in te trekken. Zij doet gelden dat “het geselecteerde team niet voldoet aan de selectiecriteria conform de bestekbepalingen” en, tevens, dat “bepaalde referenties worden geweerd terwijl deze wel degelijk voldoen”.

In een tweede e-mailbericht van dezelfde datum voegt de bv Architectuurbureau Dirk Martens daaraan nog toe dat “[u]it [de]

selectiebeoordeling van het geselecteerde team [...] duidelijk [blijkt] dat dit team drie (3) referenties heeft gebruikt voor het tweede criterium [‘2 (twee) referentieprojecten van een gelijkwaardig schoolgebouw’], wat niet is toegelaten, met als gevolg dat het geselecteerde team, niet mag worden weerhouden”.

3.6. Op 23 juni 2023 beslist de verwerende partij om haar oorspronkelijke selectiebeslissing van 9 juni 2023 in te trekken. Zij vermeldt in haar intrekkingbeslissing:

“De kandidaten werden blijkens het selectieverslag o.m. op basis van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument geselecteerd, zonder dat er blijk is gegeven van het nazicht van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden (art. 67-69 Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten). Het bestuur wenst dit recht te zetten en trekt om die reden haar selectiebeslissing dd. 9 juni 2023 in. Zij zal op korte termijn overgaan tot het nemen van een nieuwe selectiebeslissing.”

3.7. De verwerende partij voert vervolgens een onderzoek naar “de verplichte en de facultatieve uitsluitingsgronden (art. 67-69 wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten)”.

Dat onderzoek geeft op 5 juli 2023 aanleiding tot een nieuw selectieverslag.

Luidens dat verslag heeft één van de vier kandidaten “geen UEA ingediend voor de partijen op wiens draagkracht men beroep wenst te doen in het kader van deze opdracht”, zodat “deze kandidaat uitgesloten [dient] te worden van verdere deelname”.

Over de toetsing van de overige drie kandidaten aan de selectiecriteria wordt het volgende vermeld:

“3. Beoordeling per kandidaat, op basis van de uitsluitingsgronden (vroegere term ‘toegangsrecht’) en de kwalitatieve selectiecriteria:

[...]

3.1. Nazicht van de Verplichte uitsluitingsgronden.

[...]

Op geen der kandidaten is een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing.

[...]

3.2. De Facultatieve uitsluitingsgronden

[...]

De aanbestedende overheid kan niet aannemelijk maken dat één van de kandidaten dient te worden uitgesloten van deelname op basis van een andere facultatieve uitsluitingsgrond.

3.3. Samenvattende tabel na beoordeling kwalitatieve selectiecriteria:

We verwijzen voor de gedetailleerde beoordelingsfiche per kandidaat, in bijlage.

Elke kandidaat ontvangt zijn eigen beoordelingsfiche.

Nr.	Naam	Selectie
1	ABSCIS Architecten bv, [...]	Voldoet niet
2	Architectenbureau Dirk Martens bvba, ABDM,* [...]	Voldoet niet
4	KRAS Architecten, [...]	Voldoet

*: deze kandidaat heeft n.a.v. de bijkomende bevraging in het kader van de uitsluitingsgronden, uit eigen beweging de ontbrekende stukken uit diens selectiedossier toegevoegd. Zelfs wanneer een bestek of selectieleidraad niet uitdrukkelijk bepaalt dat de welbepaalde stukken op straffe van onregelmatigheid, nietigheid of niet-selectie moeten worden bijgevoegd, kan een aanbesteder tot de niet-selectie besluiten op grond van de loutere vaststelling dat een, in het kader van de kwalitatieve selectie uitdrukkelijk gevraagd en verplicht bij de offerte te voegen, stuk door de inschrijver niet werd bijgevoegd. Weliswaar biedt de reglementering de aanbesteder de mogelijkheid van de kandidaten of inschrijvers te verlangen dat zij de overgelegde getuigschriften en documenten aanvullen, verduidelijken of vervolledigen, maar in hoofdte van het bestuur bestaat geen verplichting om te voorzien in de mogelijkheid tot regularisatie van een onvolledig selectiedossier. De nalatige kandidaten of inschrijvers kunnen in dit verband geen rechten doen gelden. Bovendien is het indienen van volledige en ondertekende attesten van goede uitvoering op straffe van nietigheid van de aanvraag tot deelneming in de selectieleidraad ingeschreven. Het bestuur kan niet anders dan haar eigen regels volgen (beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’) en handelt daardoor niet onredelijk, noch onzorgvuldig.

4. Besluit in verband met selectie

Na analyse van de kandidatuurstellingen in deze selectiefase en de strikte naleving van de selectiecriteria, stelt de opdrachtgever vast dat er maar 1 kandidaat volledig voldoet aan de selectiecriteria en kan worden geselecteerd.”

In de bijgevoegde beoordelingsfiche met betrekking tot de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen, wordt na onderzoek van de door hen aangebrachte referenties besloten dat deze kandidaat niet voldoet, om de volgende redenen:

“Geen ondertekend attest van goede uitvoering van de referentie masterplan. Zie de selectieleidraad 2.2.2. Referenties. ‘Voor deze referenties zal de inschrijver, op straffe van nietigheid, een attest van goede uitvoering toevoegen, ondertekend door de bouwheer (de initiatiefnemer van het project) of minstens zijn gevolmachtigde’.

Eerste referentie schoolgebouw komt enkel in aanmerking voor de studies architectuur en omgeving, niet voor technieken, stabiliteit en EPB. 2.2.2. Referenties [vermeldt] uitdrukkelijk dat ‘Dit zowel voor de vakgebieden architectuur, stabiliteit, technieken, EPB en omgevingsaanleg’. En zoals verder vermeld, ‘Voor deze referenties zal de inschrijver, op straffe van nietigheid, een attest van goede uitvoering toevoegen, ondertekend door de bouwheer (de initiatiefnemer van het project) of minstens zijn gevolmachtigde, hetwelke de volgende elementen omvat:’

Bij de referentie Europese School is totaal niet duidelijk en niet te controleren wat deze sportzaal juist inhoudt, hoe groot ze is en wat de kostprijs is. Deze info is ook niet terug te vinden op het attest van goede uitvoering. Conform de selectieleidraad 2.2.2. Referenties ‘De beoordeling of het project gelijkwaardig is[, gebeurt] uitsluitend door de opdrachtgever, op basis van de overgemaakte informatie van de referentie’.”

In de bijgevoegde beoordelingsfiche met betrekking tot de aanvraag tot deelneming van “KRAS - BRUT - Studie10 - Stefaan Thiers”, wordt na onderzoek van de aangegeven referenties zonder meer besloten dat deze kandidaat voldoet. Uit die fiche blijkt dat deze kandidaat voor de twee gevraagde referenties van een gelijkwaardig schoolgebouw, drie referenties voorlegt, waarvan de eerste geacht wordt te voldoen voor de vakgebieden ‘architectuur’, ‘stabiliteit’, ‘technieken’ en ‘EPB’, de tweede enkel voor het vakgebied ‘architectuur’ en de derde voor de vakgebieden ‘stabiliteit’, ‘technieken’ en ‘EPB’.

3.8. Op 7 juli 2023 beslist de verwerende partij, steunend op het selectieverslag van 5 juli 2023, opnieuw om alleen KRAS Architecten te selecteren.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. De bestreden beslissing maakt tevens het voorwerp uit van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid die bij de Raad van State is ingesteld door een andere kandidaat in de kwestieuze selectieprocedure. Het betreft de zaak met rolnummer A. 239.655/XII-9393.

De Raad van State doet bij arrest nr. 257.181 van heden uitspraak over de voormelde vordering en beveelt daarbij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’ (hierna: wet rechtsbescherming), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partijen voeren in een eerste middel de schending aan van artikel 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en van artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), alsook van het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de formelemotiveringsplicht zoals die voortvloeit uit de artikelen 4 en 5 van de wet rechtsbescherming en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Zij betwisten in dit middel dat de enige geselecteerde kandidaat voldoet aan de selectiecriteria en meer bepaald aan de vereisten inzake de referenties.

Zij argumenteren onder meer dat de geselecteerde kandidaat niet de gevraagde twee referenties aanbrengt die voldoende vergelijkbaar zijn met het

voorwerp van de huidige opdracht en betrekking hebben op het ontwerpen van een schoolgebouw.

Zij lichten toe dat er twee redenen zijn waarom de referenties van KRAS Architecten niet aan punt 2.2.2 ‘Referenties’ van de selectieleidraad voldoen:

“Eerste reden: KRAS Architecten brengt niet de gevraagde twee referenties bij die betrekking hebben op een gelijkwaardige totaalopdracht die alle vereiste disciplines omvat.

[...]

Tweede reden: KRAS Architecten brengt geen enkele referentie bij die betrekking heeft op de discipline ‘omgevingsaanleg’, zodat de referenties niet gelijkwaardig zijn met het voorwerp van de opdracht.”

Wat de eerste reden betreft, doen de verzoekende partijen gelden dat uit de beoordelingsfiche blijkt dat noch de tweede referentie, noch de derde referentie op zichzelf voldoet aan alle toepasselijke vereisten opdat de referentie als “gelijkwaardig” kan worden beschouwd zoals omschreven in de selectieleidraad:

“Meer bepaald staat het vast dat de tweede referentie ‘Gemeenschapscentrum met basisschool te Wezembeek-Oppem’ uitsluitend betrekking heeft op de discipline ‘architectuur’, en dus met andere woorden niet op de disciplines stabiliteit, technieken, [EPB] of omgeving.

M.b.t. de derde referentie ‘School Vlinderdreef te Moerbeke’ staat het omgekeerd vast dat deze wel betrekking heeft op de disciplines stabiliteit, technieken en EPB, maar niet op de discipline ‘architectuur’.”

Zij zijn dan ook van oordeel dat de verwerende partij beide referenties elk op zich had moeten afwijzen als onvoldoende vergelijkbaar met de *in casu* beoogde opdracht, aangezien deze referenties geen betrekking hebben op alle opgegeven vakgebieden, maar slechts op een deel ervan. Het gaat volgens hen niet op om de disciplines van deze twee referenties “als het ware ‘op te tellen’ om op die manier te oordelen dat de geselecteerde kandidaat ‘samengeteld’ over de gevraagde bekwaamheid blijkt te beschikken”. Zij benadrukken hierbij dat in de selectieleidraad niet in deze mogelijkheid is voorzien en, meer nog, dat deze mogelijkheid zelfs uitdrukkelijk wordt uitgesloten, nu de leidraad stelt dat de kandidaat het “exact” aantal referenties moet bijbrengen.

Zij besluiten dat de verwerende partij “[d]oor toe te laten dat de geselecteerde kandidaat verschillende referenties mag voordragen voor verschillende disciplines die overeenkomstig de selectieleidraad steeds samen in één referentie voorhanden moeten zijn, [...] de eigen opdrachtvoorwaarden [miskent]”.

Wat de tweede door hen aangevoerde reden betreft waarom de door KRAS Architecten aangegeven referenties met betrekking tot een schoolgebouw niet voldoen, stellen de verzoekende partijen dat geen enkele van die referenties betrekking heeft op de discipline ‘omgevingsaanleg’, die nochtans voorhanden moet zijn opdat de referentie voldoende relevant kan zijn. De verwerende partij geeft in de beoordelingsfiche van KRAS Architecten uitdrukkelijk aan dat het aspect ‘omgevingsaanleg’ in de voormelde referenties niet kan worden aangevinkt, maar zij verbindt er geen gevolg aan.

6. De verwerende partij heeft geen nota ingediend en verklaart ter terechtzitting zich te gedragen naar “de wijsheid van de Raad van State”.

Beoordeling

7. In arrest nr. 257.181 van heden over de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid die werd ingesteld in de zaak A. 239.655/XII-9393 heeft de Raad van State dezelfde grief ernstig bevonden op grond van de volgende overwegingen:

“7. Onder punt 2.2.2 van de selectieleidraad is vermeld dat de kandidaatstelling voor de beoogde opdracht onder meer de volgende referenties dient te bevatten:

‘2 (twee) referentieprojecten van een gelijkwaardig schoolgebouw
Waarvan minstens één project door AGION gesubsidieerd werd, die door de inschrijver zelf werden ontworpen voor een lokaal bestuur (Gemeente, OCMW, AGB, ...) of privaatrechtelijke persoon met inbegrip van de opvolging en controle der werken en waarvan de voorlopige oplevering of ingebruikname dateert van na 01.05.2018. (maximaal 5 jaar oud).

Als gelijkwaardig project wordt beschouwd de bouw van schoolgebouw voor basisonderwijs, waarvan de totale netto-bouwkost (werken in onroerende staat van ruwbouw, afwerkingen en technische installaties, exclusief erelonen, BTW en algemene kosten) minstens 2.500.000 EUR bedraagt.

Dit zowel voor de vakgebieden architectuur, stabiliteit, technieken, EPB en omgevingsaanleg.’

Een lezing van dit selectie criterium lijkt slechts tot het besluit te kunnen leiden dat de twee door de kandidaat aan te brengen referentieprojecten van een gelijkwaardig schoolgebouw elk betrekking moeten hebben ‘zowel’ op het vakgebied ‘architectuur’, als op het vakgebied ‘stabiliteit’, het vakgebied ‘technieken’, het vakgebied ‘EPB’ en het vakgebied ‘omgevingsaanleg’. Op het eerste gezicht kan immers alleen in dat geval worden aangenomen dat het overeenkomstig de selectie leidraad gaat om een ‘gelijkwaardig’ project.

Te dezen lijkt de door de bestreden beslissing geselecteerde kandidaat géén twee dergelijke referenties te hebben aangebracht. Van de drie door KRAS Architecten aangebrachte referenties van een gelijkwaardig schoolgebouw heeft immers – zo blijkt uit de beoordelingsfiche van deze kandidaat – geen enkele betrekking op alle voormelde vakgebieden.

Door de voormelde referenties te aanvaarden als beantwoordend aan de vereisten van de selectie leidraad miskent de verwerende partij de voorschriften van de selectieregels die zij zelf heeft opgesteld.

Het [...] onderdeel van het [...] middel is dan ook alvast ernstig voor zover het de schending aanvoert van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.”

8. De Raad van State bevestigt in de huidige stand van de rechtspleging deze overwegingen voor de voorliggende zaak.

9. Het eerste middel is dan voorshands in de aangegeven mate ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partijen voeren in een tweede middel de schending aan van artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, “artikel 68, § 4, lid 1, 1°, b),” (lees: artikel 68, § 4, 1°, b,) van het koninklijk besluit plaatsing 2017 *juncto* artikel 72, § 1, van datzelfde koninklijk besluit, samen met het evenredigheidsbeginsel zoals bedoeld in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, doordat de verwerende partij oordeelt dat de referenties van de verzoekende partijen niet voldoen aan de vereisten van de selectie leidraad, zodat zij niet voor selectie in aanmerking komen.

Zij betogen dat uit het selectieverslag en de beoordelingsfiche blijkt dat zij niet werden geselecteerd omwille van drie opmerkingen met betrekking tot twee van de aangebrachte referentieprojecten: met betrekking tot het referentieproject van een masterplan ('VTI Kortrijk') zou geen ondertekend attest van goede uitvoering zijn neergelegd; het eerste referentieproject van een schoolgebouw ('Europese school te Brussel') zou enkel de studies 'architectuur' en 'omgeving' betreffen, niet de studies 'stabiliteit', 'technieken' en 'EPB'; wat het referentieproject van een sportzaal betreft (eveneens 'Europese School te Brussel') zou niet duidelijk en te controleren zijn wat die sportzaal juist inhoudt.

Volgens de verzoekende partijen is de beoordeling van de voormelde referenties feitelijk onjuist, spreekt ze de stukken van de aanvraag tot deelneming tegen en is ze alleszins op een onwettige wijze tot stand gekomen.

Wat de referentie 'VTI Kortrijk' betreft, betwisten de verzoekende partijen dat het attest van goede uitvoering bij deze referentie niet zou zijn ondertekend. Zij verwijzen naar hun aanvraag tot deelneming waaruit het tegendeel blijkt.

Zij doen hierbij tevens gelden dat enige beoordeling van een attest van goede uitvoering hoe dan ook geen wettig motief kan zijn voor het niet-selecteren van een kandidaat in het kader van een overheidsopdracht voor diensten, aangezien er in de huidige wetgeving geen rechtsgrond bestaat om attesten van goede uitvoering op te vragen bij overheidsopdrachten voor diensten.

Met betrekking tot de referentie 'Europese school te Brussel' als referentieproject van een gelijkwaardig schoolgebouw wijzen zij erop dat zij in hun aanvraag tot deelneming hebben bevestigd dat deze referentie betrekking heeft op de disciplines 'architectuur', 'stabiliteit', 'technieken', 'EPB' en 'omgevingsaanleg'. Zij wijzen tevens op "de verdere omschrijving van de referentie [in hun aanvraag tot deelneming], onder meer door verwijzing naar aspecten van technieken zoals het voorzien van watertanks en zonnepanelen".

De verzoekende partijen merken ten slotte nog op dat de verwerende partij minstens hun uitdrukkelijke bevestiging van de verschillende

disciplines in hun aanvraag tot deelneming had moeten beoordelen en desgevallend had moeten motiveren waarom zij deze referentie niet in aanmerking kon nemen. De stelling dat de referentie geen betrekking zou hebben op de disciplines ‘stabiliteit’, ‘technieken’ en ‘EPB’ is alleszins feitelijk onjuist en gaat in tegen de informatie in de aanvraag tot deelneming.

Met betrekking tot de referentie ‘Europese school te Brussel’ als referentieproject van een sportzaal benadrukken de verzoekende partijen dat zij in de aanvraag tot deelneming hebben vermeld dat deze referentie betrekking heeft op de bouw van een sportzaal voor een minimumbedrag van minstens 1.000.000 euro.

Door deze referentie niettemin toch af te wijzen, is de verwerende partij volgens de verzoekende partijen niet zorgvuldig en alleszins op een onredelijke en onevenredige wijze te werk gegaan. Voor zover de verwerende partij zou hebben geoordeeld dat deze informatie ook uit andere stukken moet blijken, had zij de verzoekende partijen redelijkerwijze hierover aanvullend kunnen informeren. De waarde van de referentie kan hoe dan ook alleen maar eenzijdig door de verzoekende partijen worden meegedeeld in de omschrijving van de referentie. Aan enige andere omschrijving van de kostprijs van de sportzaal kan dan ook geen andere geloofwaardigheid worden toegekend dan aan de bevestiging hiervan in de aanvraag tot deelneming. Voor zover de verwerende partij meent dat de waarde van de referentie ook op andere manieren moest worden vermeld in de aanvraag tot deelneming, hanteert zij volgens de verzoekende partijen een overdreven formalisme bij de beoordeling van hun aanvraag tot deelneming.

Beoordeling

11. Blijkens het selectieverslag van de verwerende partij van 5 juli 2023, waarop de bestreden beslissing steunt, gelezen in samenhang met de bijgevoegde beoordelingsfiche met betrekking tot de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen, voldoen de verzoekende partijen om drie redenen niet aan de selectievoorwaarden en wordt hun aanvraag daarom afgewezen.

Eén van die redenen stelt vast dat het eerste aangebrachte referentieproject van een gelijkwaardig schoolgebouw (‘Europese school te

Brussel') enkel de studies 'architectuur' en 'omgeving' betreft, niet de studies 'stabiliteit', 'technieken' en 'EPB'.

12. Met betrekking tot het voormelde referentieproject verwijzen de verzoekende partijen naar hun aanvraag tot deelneming waarin zij vermelden dat de referentie betrekking heeft op elk van de vereiste disciplines en naar “de verdere omschrijving van de referentie [...], onder meer door verwijzing naar aspecten van technieken zoals het voorzien van watertanks en zonnepanelen”.

Het komt evenwel aan de verzoekende partijen toe om aan de aanbestedende overheid aan te tonen dat hun referenties voldoen aan de selectiecriteria en dit desgevallend te staven. Een loutere bevestiging in de omschrijving van het referentieproject in de aanvraag tot deelneming lijkt daartoe niet te volstaan.

Daarenboven betreft dat project een andere opdrachtnemer dan het samenwerkingsverband tussen de huidige verzoekende partijen, namelijk “Tijdelijke Maatschap Abscis – TM Denys – Jan Snel – Denys Support”, zodat de vraag rijst of een “wezenlijk deel” van alle in de aanvraag “bevestigde” disciplines de huidige verzoekende partijen mogen worden toegedicht.

Het bijgevoegde attest van de bouwheer maakt ten slotte slechts gewag van “stedenbouwkundige voorstudie”, “architectuurstudie”, “studie interieurinrichting” en “studie omgevingsaanleg”, zodat daaruit ten overvloede ook al niet blijkt dat de disciplines 'stabiliteit', 'technieken' en 'EPB' aan bod kwamen.

13. De verzoekende partijen tonen aldus op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij niet op deugdelijke grond heeft geoordeeld dat het voormelde referentieproject van een gelijkwaardig schoolgebouw niet voldoet aan de selectievoorwaarden die daarover zijn vermeld in de selectieleidraad.

Aangezien derhalve lijkt te moeten worden aangenomen – althans voorlopig – dat de aanvraag van de verzoekende partijen alvast om die reden terecht niet is geselecteerd, hebben de verzoekende partijen op het eerste

gezicht geen belang bij hun overige in het middel aangevoerde grieven, die immers aan de voorgaande vaststelling geen afbreuk kunnen doen.

14. Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Heropening van het debat

15. Het eerste middel is in de huidige stand van de rechtspleging voorshands ernstig gebleken en zou in beginsel de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

Er moet evenwel worden vastgesteld dat de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing reeds heeft bevolen bij arrest nr. 257.181 van heden in de zaak met rolnummer A. 239.655/XII-9393.

Het belang van de verzoekende partijen om op grond van dat eerste middel een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te verkrijgen, is vooralsnog afdoende behartigd door de bij het voormelde arrest bevolen schorsing. Om dat belang van de verzoekende partijen te vrijwaren, is het passend uitspraak te doen over de vordering van de verzoekende partijen hetzij, indien in de zaak A. 239.655/XII-9393 een annulatieberoep wordt ingesteld, nadat over dat beroep is beslist, hetzij nadat de in die zaak bevolen schorsing vroeger heeft opgehouden te bestaan. Daartoe dient het debat in de voorliggende zaak in zoverre te worden heropend.

BESLISSING

Het debat wordt heropend.

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

Bert Thys,
bijgestaan door

Joris Casneuf,

De griffier

Joris Casneuf

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Bert Thys