RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 259.225 van 22 maart 2024
in de zaak A. 241.374/XII-9471

In zake: de BV ORGELBAU SCHUMACHER - MANUFACTURE D'ORGUES SCHUMACHER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dominique Lagasse, Kris Wauters en Jorien Van Belle
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD AALST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Jade Leenaert
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE
2. de NV ALTRITEMPI,
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Séverine Vermeire en Aurora Hoet
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Spinnerijstraat 99/22
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 februari 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst van 5 februari 2024, om de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp 'Thema

ruimte – Dienst gebouwen en technieken restauratie orgel Sint Martinuskerk' te gunnen aan TM Monument Vandekerckhove – Altritempi en Joris Potvlieghe en de erin vervatte beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 maart 2024 hebben de nv Monument Vandekerckhove en de nv Altritempi, samen vormend een tijdelijke maatschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 maart 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Wauters en Jorien Van Belle, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Aurora Hoet, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp 'Thema ruimte – Dienst gebouwen en technieken restauratie orgel Sint Martinuskerk'.

Er wordt gekozen voor de plaatsing van de opdracht met een openbare procedure.

De opdracht wordt Europees en nationaal bekendgemaakt.

3.2. In het op de opdracht toepasselijke bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt toegelicht:

> "restauratie van het orgel (kast + instrument) van de Sint-Martinuskerk
> - demontage van het orgel
> - restauratie van [de] kast, binnenwerk, pijpen, etc.
> - terug bespeelbaar maken van het orgel, inclusief enkele toevoegingen
> - hermontage in de kerk en intonatie"

Het bestek voorziet in de volgende selectiecriteria om de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver te beoordelen:

> "A. Opgave van technici
> A1. Een verklaring waarin behoudens de bepaling vermeld in artikel 30, § 2, de technici of de technische diensten vermeld worden die, al dan niet deel uitmakend van de onderneming, ter beschikking zullen staan van de uitvoerder voor de uitvoering van de restauratiewerkzaamheden en diensten
> A2. Projectleider: dient minimaal 5 jaar beroepservaring met gelijkaardig werk te hebben.
> Hij toont zijn bekwaamheid en ervaring door middel van een curriculum vitae en door het voorleggen van 2 referenties van technisch voldoende gelijkaardige projecten waarvan één met een minimumwaarde van 400.000,00 euro exclusief btw.
> Daar zulke projecten zeldzaam zijn, met name waar het om de combinatie van gelijkaardig werk en werk van deze omvang gaat, mogen de referenties uitzonderlijk tot maximaal 25 jaar oud zijn. Tenminste één van beide referenties moet bovendien een duidelijke stilistische gelijkaardigheid bezitten. Hij toont daarbij duidelijk zijn leidende taak (een verantwoordelijkheid in substantiële omvang) in deze projecten aan.
> De projectleider zal voor de gehele uitvoering van de restauratiewerkzaamheden optreden als SPOC (Single Point Of Contact).
> A3. Verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerken: waarvan minstens één persoon met een masterdiploma in Conservatie/Restauratie Hout én met minstens vijf jaar ervaring op dit gebied.
> Om de ervaring te staven, bezorgt hij een curriculum vitae.

De onder A2 en A3 vermelde personen mogen één en dezelfde persoon zijn.
B. Referenties van diensten door de ondernemer uitgevoerd, met de specificiteit van deze opdracht
B1. Opgave van exact 1 referentie voor de inschrijver voor het deel orgelbouw van een orgelrestauratie uitgevoerd in de laatste 15 jaar.
De referentie heeft een minimum waarde van 400.000 euro exclusief btw.
B2. Opgave van exact 1 referentie voor de inschrijver voor het deel orgelbouw van een gelijkaardig orgelrestauratie uitgevoerd in de laatste 15 jaar. Het betreft een restauratie van een orgel in Franse en/of Vlaamse stijl of gelijkwaardig uit de 17-18e eeuw waarbij een substantieel intonatiewerk werd uitgevoerd.
De referentie heeft een minimum waarde van 250.000 euro exclusief btw.
B3. Opgave van exact 1 referentie voor de inschrijver voor het deel houtrestauratie van een substantieel restauratiewerk van eiken 18de eeuws meubilair, uitgevoerd de laatste 8 jaar. De referentie heeft een minimum waarde van 150.000 euro exclusief btw.
Voor de drie referenties wordt een vrij lange periode in rekening gebracht o.w.v. van de uitzonderlijkheid en specificiteit van dergelijke projecten.
De getuigschriften voor de gevraagde referenties bevatten:
a) het gunningsbedrag van de restauratiewerkzaamheden
b) de eindafrekening van de restauratie
c) in het geval de eindafrekening groter is dan 110% van het gunningsbedrag de reden hiervoor
d) de opgelegde uitvoeringstermijn en de vastgestelde termijn tussen gunning en oplevering
e) een duidelijke weergave of deze restauratiewerkzaamheden volgens de regels van de kunst en op een regelmatige wijze tot een goed einde werden gebracht, de nodige attesten van de bouwheer die dit bewijzen
f) de opgave van de gedeelten die in onderaanneming werden gegeven met vermelding van de onderaannemer(s)
g) het verslag van het verloop van de restauratiewerkzaamheden, met beknopte fotodocumentatie, ook van specifieke problemen, voor en na
h) de processen-verbaal van de oplevering van de restauratiewerkzaamheden
i) attest van goede uitvoering, af te leveren door de bouwheer
C. Restauratieatelier
(…)
D. Bescherming van het vakmanschap
(…)
E. Kennisname veiligheids- en gezondheidsplan
Nota met voorzorgen en maatregelen uit hoofde van veiligheid en gezondheid uit hoofde van artikel 30 van het KB van 25/01/2001 mbt. tijdelijke en mobiele werkplaatsen, met verwijzing naar kennisname van het veiligheids- en gezondheidsplan. De nota omvat een prijsberekening mbt. preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen.”

Het bestek vermeldt voorts de volgende gunningscriteria: Prijs (gewicht 35), Kwaliteit (gewicht 25), Visie en plan van aanpak (gewicht 20) en Planning (gewicht 20).

3.3. Drie ondernemingen, waaronder de verzoekende partij en de tm Monument Vandekerckhove – Altritempi, dienen een offerte in.

3.4. Met een e-mailbericht van 2 november 2023 stelt de verwerende partij onder meer de volgende vragen aan de verzoekende partij met betrekking tot de selectiecriteria:

> "(…)
> A3 Verantwoordelijke leiding restauratiewerken
> • Kan u ons bevestigen wie van uw team deze taak op zich zal nemen?
> • Gelieve bijgevolg masterdiploma C/R Hout en het CV van deze persoon nog over te maken aub.
> (…)
> E. Kennisname veiligheids- en gezondheidsplan
> - offerte verwijst naar een bijlage maar deze werd niet teruggevonden: gelieve nog te bezorgen aub."

3.5. Met een e-mailbericht van 9 november 2023 beantwoordt de verzoekende partij voormeld schrijven van 2 november 2023 en bezorgt zij de verwerende partij een aantal bijkomende documenten.

3.6. Op 29 januari 2024 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Wat de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers betreft, vermeldt de samenvattende tabel over de verzoekende partij "Niet OK" en over de gekozen inschrijver "OK".

Het besluit van de kwalitatieve selectie in het verslag van nazicht luidt wat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver betreft als volgt:

> "Volgende inschrijvers zijn uitgesloten of hun inschrijvingen bevatten essentiële tekortkomingen en worden dus niet geselecteerd:

Naam	Motivering
Orgelbouw Schumacher bvba	Attest strafregister [M.F.] ontbreekt. Technische en beroepsbekwaamheid: Zie overzicht in bijlage = niet OK Bijkomende toelichting werd aan de inschrijver gevraagd op 2/11/2023. De inschrijver bezorgde een antwoord op 9/11/2023. - De inschrijver geeft zelf aan niet te kunnen voldoen aan: A. Opgave van technici A3. Verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerken: waarvan minstens één persoon met een masterdiploma in Conservatie/Restauratie Hout én met minstens vijf jaar ervaring op dit gebied. De inschrijver heeft geantwoord dat er in zijn team niemand is met een specifiek masterdiploma C/R Hout. - De inschrijver bezorgde geen documenten betreffende E. Kennisname veiligheids- en gezondheidsplan ondanks de bijkomende vraag die hem gesteld is op 2/11/2023.

Volgende inschrijvers worden geselecteerd (eventuele tekortkomingen zijn niet essentieel):

Naam	Motivering
[TM Monument Vandekerckhove – Altritempi]	De overeenkomst van de tijdelijke maatschappij ontbreekt (verbintenis oprichting TM voor uitvoering opdracht + wie is verantwoordelijke partij naar de aanbestedende overheid toe). Deze werd bijkomend opgevraagd op 4/12/2023 en bezorgd door de inschrijver op 11/12/2023 = OK. Technische en beroepsbekwaamheid: Zie overzicht in bijlage = OK.

”

Inzake de derde inschrijver wordt vastgesteld dat deze momenteel niet voldoet aan de vereiste selectiecriteria maar dat deze voorlopig wel wordt opgenomen in de verdere analyse.

Het verslag van nazicht bevat tevens een bijlage ‘Technische bekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)’.

Na toetsing van de offertes van de tm Monument Vandekerckhove – Altritempi en de derde inschrijver, die voorlopig werd geselecteerd, aan de gunningscriteria wordt in het verslag van nazicht voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de tm Monument Vandekerckhove – Altritempi.

3.7. Op 5 februari 2024 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst om de opdracht ‘Thema Ruimte – dienst Gebouwen en technieken. Restauratie van het orgel van de Sint-Martinuskerk te Aalst’ overeenkomstig het verslag van nazicht te gunnen aan de tm Monument Vandekerckhove – Altritempi.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een eBox-bericht en e-mailbericht van 14 februari 2024 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund en dat haar offerte niet werd geselecteerd om de volgende redenen:

> “De inschrijver geeft zelf aan niet te kunnen voldoen aan volgend selectiecriterium: A. Opgave van technici A3. Verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerken: waarvan minstens één persoon met een masterdiploma in Conservatie/Restauratie Hout én met minstens vijf jaar ervaring op dit gebied.
> De inschrijver heeft geantwoord dat er in zijn team niemand is met een specifiek masterdiploma C/R Hout.
> De inschrijver bezorgde geen documenten betreffende “E. Kennisname veiligheids- en gezondheidsplan” ondanks de bijkomende vraag die hem gesteld is op 2 november 2023”

Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing en het verslag aan nazicht. De bijlage bij het verslag van nazicht ‘Technische bekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)’ wordt niet bijgevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De nv Monument Vandekerckhove en de nv Altritempi, samen vormend een tm, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

5.1. Alle partijen vragen om de vertrouwelijke behandeling van een aantal stukken, waaronder de offertes van de inschrijvers.

Pas ter terechtzitting vraagt de verzoekende partij in het kader van het tweede middel om de vertrouwelijkheid te lichten van de bijlage bij het verslag van nazicht waarnaar bij de beoordeling van de selectiecriteria wordt verwezen en waarvan zij niet in kennis werd gesteld. Minstens vraagt zij om de verwerende partij te bevelen om een geanonimiseerde versie van deze bijlage toe te voegen aan het niet vertrouwelijk gedeelte van het administratief dossier.

De verwerende partij en de tussenkomende partijen verzetten zich hiertegen.

5.2. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de verwerende partij de vertrouwelijke behandeling vraagt afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergeven. Er belet dus alvast op formeel vlak de Raad van State niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken gegevens bevatten die onder het zakengeheim van de kandidaten of inschrijvers vallen. Het lichten van

de vertrouwelijkheid van dergelijke stukken kan ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen hebben voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers.

5.3. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift uitdrukkelijk vraagt om haar integrale offerte, inclusief bijlagen, en dus met inbegrip van de voorgelegde referenties, als vertrouwelijk te behandelen omdat deze stukken persoonlijke en commerciële gegevens zouden bevatten, waarvan de vrijgave afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke concurrentie tussen de ondernemingen.

Te dezen blijkt de verzoekende partij voorts niet te zijn gehinderd bij het aanvoeren van middelen tegen haar niet-selectie en de bestreden gunningsbeslissing door het feit dat de bijlage bij het verslag van nazicht “Technische bekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)” vertrouwelijk is gebleven. Zij heeft integendeel in het tweede middel kunnen aanvoeren dat volgens haar de referenties van de gekozen inschrijver niet voldeden.

Er blijkt op het eerste gezicht niet hoe de niet-inzage van de betrokken bijlage bij het verslag van nazicht te dezen een effectieve rechtsbescherming aan de verzoekende partij zou ontzeggen, noch afbreuk zou doen aan haar recht op een eerlijk proces.

Hoe dan ook belet het vertrouwelijk karakter van de neergelegde stukken de Raad van State niet deze bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen te betrekken.

5.4. Het lichten van de vertrouwelijkheid van de betrokken bijlage dan wel de voeging van een geanonimiseerde versie ervan aan het administratief dossier – waarna het debat zou dienen te worden heropend – lijkt in de huidige stand van de zaak niet vereist.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. 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: rechtsbeschermingswet), 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.

VII. Onderzoek van de middelen

7. Het is passend om het derde middel en het eerste middel die betrekking hebben op de niet-selectie van de verzoekende partij, eerst te beoordelen.

A. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8. Het derde middel is genomen uit de schending van de artikelen 4 en 66 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), het materiële motiveringsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel,

> “Doordat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij niet selecteert omdat zij niet zou voldoen aan het selectiecriterium ‘A. Opgave van technici A3. Verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerken: waarvan minstens één persoon met een masterdiploma in Conservatie/Restauratie Hout én met minstens vijf jaar ervaring op dit gebied’;
> Terwijl het evenredigheidsbeginsel vereist dat de door een aanbestedende overheid genomen maatregelen niet buiten de grenzen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien

verstande dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich meebrengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel;
Dat bovendien op grond van het materieel motiveringsbeginsel een administratieve rechtshandeling moet steunen op juiste feitelijke gegevens, pertinente en rechtens aanvaardbare motieven;
Dat de verzoekende partij beschikt over meer dan dertig jaar ervaring in de uitvoering van de restauratiewerkzaamheden en de verwerende partij deze ervaring klaarblijkelijk voldoende acht in het licht van het selectiecriterium A2 terwijl zij deze ervaring onvoldoende acht in het licht van het selectiecriterium A3;
Dat het selectiecriterium A3 onevenredig is in die zin dat selectiecriterium A2 reeds peilt naar een ervaring als projectleider, daar waar het selectiecriterium A3 dit opnieuw doet daar de restauratiewerken het 'project' zijn en op die manier dit 'selectiecriterium' naar dezelfde ervaring peilt; dat het selectiecriterium A3 bijgevolg niet pertinent is en dubbel gebruik uitmaakt; dat bovendien het hebben van een masterdiploma in het absolute nog niets zegt over enige ervaring of expertise inzake het leiden van restauratiewerken; dat dit laatste vooral kan aangetoond worden via referentiewerken; dat het handelt om een onevenredige selectie-eis;
Dat de beslissing om de offerte van de verzoekende partij niet te selecteren wegens het niet voldoen aan selectiecriterium B3 nu "er in zijn team niemand is met een specifiek materdiploma C/R Hout" niet geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen die met het betrokken selectiecriterium worden nagestreefd, en dit met name gelet op het quasi identiek karakter van de selectiecriteria 'A2. Projectleider' en 'A3. Verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerken';
Dat het bestreden besluit steunt op een onwettige bepaling uit het bestek, waardoor het materieel motiveringsbeginsel is geschonden."

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

9. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partijen werpen op dat het derde middel onontvankelijk is omdat de erin aangevoerde kritiek tegen het bestek laattijdig zou zijn.

10. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij en de tussenkomende partijen aangevoerde exceptie van onontvankelijkheid van het derde middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

Ernst van het middel

11. Zoals blijkt uit de bestreden gunningsbeslissing en het verslag van nazicht wordt de verzoekende partij niet geselecteerd om twee redenen. Als eerste reden wordt vermeld dat de verzoekende partij zelf aangegeven heeft niet te kunnen voldoen aan het voormeld selectiecriterium A3 omdat er in haar team niemand is met een specifiek masterdiploma C/R Hout. Deze reden vormt het voorwerp van het hier besproken derde middel. Als tweede reden wordt vermeld dat de inschrijver geen documenten bezorgde betreffende het selectiecriterium "E. Kennisname veiligheids- en gezondheidsplan" ondanks de bijkomende vraag die hem gesteld is op 2 november 2023. Deze reden vormt het voorwerp van het hierna besproken eerste middel (overwegingen 21 tot 25).

12. In het derde middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat de beslissing om haar niet te selecteren wegens het niet voldoen aan het voornoemd selectiecriterium A3 steunt op een onwettige besteksbepaling, aangezien de betrokken bepaling niet pertinent en bovendien onevenredig is.

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

Zoals de verwerende partij doet gelden heeft de aanbestedende overheid een aanzienlijke beoordelingsruimte bij het vaststellen van de selectiecriteria.

Overeenkomstig artikel 71, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 dient de aanbestedende overheid deze voorwaarden evenwel te beperken 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, en houden alle voorwaarden verband met en staan ze in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

14. Het selectiecriterium A3 stelt als vereiste voor de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerken dat het gaat om “minstens één persoon met masterdiploma in Conservatie/Restauratie Hout én met minstens vijf jaar ervaring op dit gebied”.

De verzoekende partij betwist niet dat zij niet voldoet aan het voormelde selectiecriterium.

15. In zoverre de verzoekende partij betoogt dat het betrokken selectiecriterium niet pertinent is omdat het niet duidelijk is waar het verschil tussen de selectiecriteria A2 en A3 zich situeert en beide criteria in wezen dezelfde inhoud hebben, kan zij niet worden bijgetreden.

Met de verwerende partij kan op het eerste gezicht worden vastgesteld dat artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘inzake plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) de aanbestedende overheid toelaat om meerdere selectiecriteria als voorwaarde voor deelname op te leggen aan de inschrijvers en om naast referenties bijvoorbeeld ook studie- en beroepskwalificaties te vragen.

Zoals blijkt uit de omschrijving van het voorwerp van de opdracht in het bestek omvat de opdracht niet alleen de restauratie van de kast, het binnenwerk en de pijpen van het orgel, maar ook de demontage, het terug bespeelbaar maken, de hermontage in de kerk en het juist stemmen van het orgel. Het selectiecriterium A2 zoals omschreven in het bestek stelt voor de projectleider, die het geheel van de voormelde restauratie moet superviseren, als vereiste dat hij minimaal vijf jaar beroepservaring dient te hebben met gelijkaardig werk. Dit dient te worden aangetoond door middel van een *curriculum vitae* en door het voorleggen van twee referenties van technisch voldoende gelijkaardige projecten waarvan één met een mininumwaarde van 400.000 euro (btw niet inbegrepen).

Daarnaast stelt het bestek onder het selectiecriterium A3 nog een bijkomend vereiste voor de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerken zelf, namelijk dat minstens één persoon moet beschikken over

een masterdiploma in Conservatie/Restauratie Hout én minstens vijf jaar ervaring op dit gebied. Door het behalen van een masterdiploma toont de houder aan te beschikken over de competenties van die opleiding en dus de leerresultaten ervan te hebben bereikt.

Op het eerste gezicht blijkt het aldus wel degelijk te gaan om twee verschillende selectiecriteria zowel wat de personen betreft waaraan deze vereisten worden gesteld als wat de inhoud van de gestelde vereisten betreft.

16. Dat het bestek toelaat dat de onder A2 en A3 vermelde personen één en dezelfde persoon mogen zijn, toont op het eerste gezicht niet aan dat het selectiecriterium A3 niet pertinent zou zijn. Veeleer getuigt het van aandacht van de verwerende partij voor het evenredigheidsbeginsel bij het vaststellen van de selectiecriteria. Dat de verwerende partij niet uitsluit dat de verantwoordelijke voor de leiding van de restauratiewerken ook de projectleider kan zijn, neemt echter niet weg dat zij in het licht van het voorwerp van de opdracht mocht eisen dat zich onder de verantwoordelijke(n) voor de leiding van de restauratiewerken minstens één persoon bevindt met het vereiste diploma om die restauratiewerken wat de houtrestauratie betreft tot een goed einde te brengen.

17. In zoverre de verzoekende partij voorts betoogt dat het vereisen van een masterdiploma in Conservatie/Restauratie Hout onevenredig is in het licht van de doelstelling die de verwerende partij nastreeft, met name het hebben van een inschrijver die voldoende ervaring heeft in het leiden van restauratiewerken van een orgel, kan zij op het eerste gezicht evenmin worden bijgevallen.

18. De voorliggende opdracht beoogt de restauratie van het orgel van de Sint-Martinuskerk te Aalst en dit zowel van het binnenwerk en de pijpen als van de kast ervan.

Zowel uit de omschrijving van het voorwerp van de opdracht als uit de foto van het orgel en de technische voorschriften zoals opgenomen in het technisch bestek blijkt reeds op het eerste gezicht dat het gaat om restauratiewerken aan een 18de eeuws orgel met een sierlijke houten omkasting.

Ook uit de omschrijving van de gunningscriteria en de samenstelling van de beoordelingscommissie zoals bepaald in het bestek, die ook een deskundige op het gebied van houtrestauratie bevat, blijkt het belang dat de verwerende partij tevens hecht aan de kwaliteit van de restauratie van de houten kast en het beeldhouwwerk.

Dat in het kader van de selectiecriteria te dezen tevens wordt vereist dat zich onder de verantwoordelijken voor de leiding van de restauratiewerken minstens één persoon bevindt met een masterdiploma in Conservatie/Restauratie Hout en minstens vijf jaar ervaring op dit gebied, lijkt op het eerste gezicht dan ook pertinent en in verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht.

19. Het derde middel is niet ernstig.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

20. Het eerste middel is genomen uit de schending van artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 68 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’ (hierna: het koninklijk besluit van 25 januari 2001), het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel,

> “Doordat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij niet selecteert omdat het volgende zou ontbreken in haar offerte: ‘geen documenten [bezorgd] betreffende E. Kennisname veiligheids- en gezondheidsplan ondanks de bijkomende vraag die hem gesteld is op 2/11/2023’;
> Dat het bestek dit element als een selectiecriterium kwalificeert en in elk geval het aanziet als een bewijs inzake het selectiecriterium ‘technische bekwaamheid’;
> Terwijl op grond van artikel 71 van de Wet van 17 juni 2016 een aanbestedende overheid in het bestek enkel selectiecriteria kan vaststellen

en bewijselementen ter zake kan vragen die dienen om de technische, economische, professionele en financiële capaciteiten van een inschrijver, een geïnteresseerde onderneming na te gaan;
Dat een veiligheids- en gezondheidsplan iets concreet zegt over de manier waarop de gekozen inschrijver de overheidsopdracht zal uitvoeren en bovendien meestal ook aangeeft wat de kostprijs hiervan is;
Dat de voorlegging van een veiligheids- en gezondheidsplan dus niets zegt over de kwaliteiten van een onderneming; dat het bijvoorbeeld als mogelijk bewijs inzake de kwaliteit van de inschrijver niet is opgenomen in de opsomming van artikel 68, § 4 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 van bewijsmiddelen van de technische bekwaamheid en evenmin kan worden gekaderd binnen 'knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid' zoals bedoeld in artikel 68, § 2 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017;
Dat het selectiecriterium 'E. Kennisname veiligheids- en gezondheidsplan' aldus geen dienend bewijselement is om een kwalitatieve selectie door te voeren en niet de technische en beroepsbekwaamheid van een inschrijver kan aantonen;
Dat aldus een essentieel element uit het bestek onwettig is, waardoor de bestreden beslissing steunt op een motief dat rechtens niet wettig en dus niet aanvaardbaar is."

Beoordeling

21. Zoals hoger gesteld (overweging 11) wordt de verzoekende partij niet geselecteerd om twee redenen.

In het eerste middel, dat betrekking heeft op de tweede reden tot niet-selectie, voert de verzoekende partij in essentie aan dat het selectiecriterium 'E. Kennisname veiligheids- en gezondheidsplan' geen criterium inzake technische en beroepsbekwaamheid kan zijn en dus niet tot de niet-selectie van een inschrijver kan leiden.

22. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op bij het eerste middel indien het derde middel niet ernstig wordt bevonden omdat alsdan vaststaat dat de verzoekende partij evenmin voldoet aan een ander selectiecriterium. Daarnaast mist de verzoekende partij volgens de verwerende partij het nodige belang bij het middel omdat het niet voorleggen van de gevraagde documenten met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan hoe dan ook de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij met zich meebrengt. Ook leidt de beweerde onwettigheid van het

selectiecriterium volgens haar te dezen niet tot de volledige onwettigheid van de gunningsprocedure.

Ook de tussenkomende partijen werpen een exceptie van gebrek aan belang bij het eerste middel op omdat, zelfs als het veiligheids- en gezondheidsplan niet als selectiecriterium zou kunnen gelden, de offerte van de verzoekende partij gelet op het ontbreken van dit essentieel bij de offerte te voegen stuk als substantieel onregelmatig had moeten worden geweerd.

23. De niet-selectie van de verzoekende partij wegens het niet voldoen aan het selectiecriterium A3, die blijkens de beoordeling van het derde middel op het eerste gezicht rechtmatig lijkt, volstaat op zich om haar uit de plaatsingsprocedure te weren zodat zij niet langer voor gunning van de opdracht in aanmerking kan komen.

Bijgevolg betreft de kritiek ten aanzien van het tweede motief dat geleid heeft tot haar niet-selectie op het eerste gezicht een overtollig motief.

Kritiek op een overtollig motief, zelfs al zou ze ernstig worden bevonden, kan niet tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing leiden.

24. Zelfs indien de argumentatie van de verzoekende partij zou kunnen worden bijgetreden dat het veiligheids- en gezondheidsplan niet als selectiecriterium kan gelden, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat ook onderdeel E van het bestek, dat het ontwerp van het veiligheids- en gezondheidsplan bevat, de inschrijvers lijkt te verplichten tot het voegen bij hun offerte van een nota met voorzorgen en maatregelen inzake veiligheid en gezondheid, overeenkomstig artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001.

De verzoekende partij betwist niet dat zij in gebreke is gebleven om het veiligheids- en gezondheidsplan en de afzonderlijke prijsberekening bij haar offerte te voegen, hetgeen op het eerste gezicht leidt tot substantiële onregelmatigheid van haar offerte.

Aldus lijkt de verzoekende partij door de beweerde besteksonregelmatigheid ook niet benadeeld te zijn, en dreigt zij ook niet te worden benadeeld.

25. De verzoekende partij lijkt geen belang te hebben bij het eerste middel. De excepties van onontvankelijkheid van het middel zijn in de besproken mate dan ook ernstig.

C. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

26. Het tweede middel, dat uiteenvalt in twee onderdelen, is genomen uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4 en 66 van de wet overheidsopdrachten 2016, de formele motiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 4, 8°, en 5, 6°, van de rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), het bestek en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel,

> “Doordat de verwerende partij de offerte van de TM Monument Vandekerckhove – Altritempi en Joris Potvlieghe selecteert;
> Terwijl op grond van de formele motiveringsplicht voortvloeiend uit artikel 5, 6° van de Wet van 17 juni 2013 en de artikelen 2 en 3 van de Wet [29] juli 1991 een administratieve rechtshandeling een rechtsonderhorige de kans moet geven met kennis van zaken en op een pertinente wijze de bevoegde rechter te vatten;
> Dat bovendien de motieven, die reeds aanwezig zijn in een administratieve rechtshandeling, krachtens het materieel motiveringsbeginsel, moeten steunen op waarachtige feiten;
> Dat, eerste onderdeel, het verslag van nazicht van de offertes verwijst naar een ‘overzicht in bijlage’ en de voornoemde bijlage niet bij de kennisgeving van het verslag van nazicht van de offertes en de gunningsbeslissing aan de verzoekende partij is gevoegd;
> Dat de verzoekende partij aan de hand van de kennisgeving van het verslag van nazicht van de offertes en de gunningsbeslissing niet met kennis van zaken heeft kunnen uitmaken of het opportuun is de beslissing om de

opdracht aan de gekozen inschrijver en niet aan haar te gunnen met een beroep te bestrijden; dat het normdoel van de formele motiveringsplicht niet is bereikt;
Dat, tweede onderdeel, de bewering van de verwerende partij in het verslag van nazicht van de offertes dat de gekozen inschrijver voldoet aan de vereisten inzake de technische en beroepsbekwaamheid faalt in feite;
Dat de door gekozen inschrijver gevoegde referentie 'Gijzegem, Sint-Martinus – P. van Peteghem (1776) 2014, € 255.914,09' niet voldoet aan het selectiecriterium B2;
Dat bovendien niet is aangetoond dat de gekozen inschrijver voldoet aan het referentiecriterium B3; dat de verzoekende partij dit formeel betwist omdat zij nergens in de haar gekende stukken enige indicatie hieromtrent terugvindt."

Beoordeling

Ontvankelijkheid

27. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op bij het tweede middel, dat de selectie van de gekozen inschrijver betreft, in de mate dat het derde middel niet ernstig wordt bevonden. Volgens de verwerende partij heeft de verzoekende partij geen belang om de selectie van de gekozen inschrijver te betwisten omdat zij zelf niet kan voldoen aan de selectievereiste A3, hetgeen ook bij het uitschrijven van een nieuwe opdracht nog steeds het geval zal zijn. Daarnaast werpt zij ook een exceptie van gebrek aan belang op bij het eerste onderdeel van het tweede middel.

28. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij aangevoerde excepties van onontvankelijkheid van het tweede middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

Eerste onderdeel

29. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat zij aan de hand van de kennisgeving van het verslag van nazicht van de offertes en de gunningsbeslissing niet met kennis van zaken heeft kunnen uitmaken of het opportuun is de beslissing om de opdracht aan de gekozen inschrijver en niet aan

haar te gunnen, met een beroep te bestrijden aangezien het “overzicht in bijlage” waarnaar in het verslag van nazicht wordt verwezen, haar niet werd meegedeeld.

30. In zoverre de verzoekende partij in dit onderdeel betoogt dat het overzicht zoals opgenomen in de bijlage bij het verslag van nazicht niet bij de kennisgeving werd gevoegd, valt vooreerst op te merken dat de verwerende partij op grond van artikel 8, § 1, 1°, van de rechtsbeschermingswet er op het eerste gezicht slechts toe gehouden was om aan de verzoekende partij als niet geselecteerde inschrijver, de motieven voor haar niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing mee te delen.

31. Wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsverplichting betreft, valt voorts op te merken dat indien uit het administratief onderzoek blijkt dat een controle met betrekking tot de selectiecriteria wel degelijk is uitgevoerd en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen, de formele motiveringsplicht niet lijkt te vereisen dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het verslag van nazicht of in de gunningsbeslissing.

Te dezen blijkt dat het verslag van nazicht over de selectie van de gekozen inschrijver vermeldt: “Technische en beroepsbekwaamheid: Zie overzicht in bijlage = OK”.

Alleen al uit deze verwijzing blijkt dat ook wat de gekozen inschrijver betreft wel degelijk een controle van de selectiecriteria heeft plaatsgevonden. Uit het integrale verslag van nazicht, dat als vertrouwelijk stuk werd neergelegd maar dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt bovendien dat dit verslag een bijlage ‘Technische bekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)’ bevat met een overzicht en beoordeling van de bewijselementen die de drie inschrijvers hebben voorgelegd om aan te tonen dat zij voldoen aan de vereisten in het kader van de technische en beroepsbekwaamheid. Tevens blijkt daaruit dat de verwerende partij wat de gekozen inschrijver betreft, van oordeel is dat deze aan de selectiecriteria inzake de technische en beroepsbekwaamheid voldoet en dat er geen bijzondere problemen gerezen zijn.

Het feit dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift in het tweede onderdeel van het tweede middel inhoudelijke kritieken formuleert op de motieven die ten grondslag liggen aan de selectie van de gekozen inschrijver, toont op het eerste gezicht ook aan dat zij in staat werd gesteld om te oordelen of zij zich op het stuk van de motieven zinvol kon verweren.

32. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

33. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de door de gekozen inschrijver voorgelegde referentie “Gijzegem, Sint-Martinus – P. van Peteghem (1776) 2014, € 255.914,09” niet voldoet aan het selectiecriterium B2 inzake de vereiste referentie orgelrestauratie. Bovendien zou niet aangetoond zijn dat de gekozen inschrijver voldoet aan het referentiecriterium B3 inzake de vereiste referentie houtrestauratie.

34. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de geschiktheid te beoordelen van een inschrijver om de opdracht zoals omschreven in het bestek te volbrengen. Daarbij dient zij de regels die zij zelf heeft vastgesteld in de opdrachtdocumenten te respecteren. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen opdrachtdocumenten te schenden.

35. Wat, ten eerste, het selectiecriterium B2 inzake de vereiste referentie orgelrestauratie betreft, betoogt de verzoekende partij in essentie dat de door de gekozen inschrijver voorgelegde referentie “Gijzegem, Sint-Martinus – P. van Peteghem (1776) 2014, € 255.914,09” niet voldoet omdat de totale waarde ervan betrekking heeft op het deel orgelbouw en het deel houtrestauratie gezamenlijk, terwijl selectiecriterium B2 een referentie zou vereisen met een totale waarde van 250.000 euro (btw niet inbegrepen) voor het deel orgelbouw alleen.

36. Volgens het selectiecriterium B2 vereist de verwerende partij voor het deel orgelbouw één referentie van een gelijkaardige orgelrestauratie uitgevoerd in de laatste vijftien jaar. Daarbij wordt als inhoudelijk vereiste gesteld dat de referentie betrekking dient te hebben op een orgel in Franse en/of Vlaamse stijl of gelijkwaardig uit de 17-18e eeuw waarbij een substantieel intonatiewerk werd uitgevoerd. Bovendien wordt als minimale waarde voor de betrokken referentie een bedrag van 250.000 euro (btw niet inbegrepen) vooropgesteld.

Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden aangenomen dat met ‘orgelbouw’ het instrument ‘orgel’ wordt bedoeld, dat bestaat uit een aantal orgelpijpen die ondergebracht zijn in een houten orgelkast en een windvoorziening.

De omstandigheid dat in de omschrijving van het betrokken selectiecriterium verwezen wordt naar orgelbouw en naar het uitvoeren van een “substantieel intonatiewerk” doet op het eerste gezicht niet besluiten dat wat de waarde van de referentie betreft enkel het gedeelte in aanmerking zou mogen worden genomen dat betrekking heeft op de orgelbouw zonder het eraan verbonden houtwerk.

Op het eerste gezicht maakt de verzoekende partij bijgevolg niet aannemelijk dat de verwerende partij, door te besluiten dat de door de gekozen inschrijver voorgelegde referentie voldoet aan het voormelde selectievereiste B2 van het bestek, haar eigen opdrachtdocumenten heeft geschonden.

37. Wat, ten tweede, het selectiecriterium B3 inzake de vereiste referentie houtrestauratie betreft, betwist de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver een pertinente referentie heeft voorgelegd van een substantieel restauratiewerk van eiken 18de eeuws meubilair.

38. Volgens het selectiecriterium B3 vereist de verwerende partij voor het deel houtrestauratie een referentie van een substantieel restauratiewerk

van eiken 18de eeuws meubilair, uitgevoerd de laatste acht jaar. De minimum waarde voor die referentie bedraagt 150.000 euro (btw niet inbegrepen).

39. Met de verwerende partij en de tussenkomende partijen wordt vastgesteld dat het onderdeel van het middel feitelijke grondslag mist in de mate dat het uitgaat van de veronderstelling dat de gekozen inschrijver maar één referentie heeft voorgelegd die geldt zowel voor het selectiecriterium B2 als voor het selectiecriterium B3.

Wat de in het kader van het selectiecriterium B3 vereiste referentie inzake houtrestauratie betreft, die niet noodzakelijk op een orgel betrekking moet hebben, blijkt de gekozen inschrijver immers een referentie te hebben voorgelegd inzake houtrestauratie van 18de eeuws meubilair (drie altaren en vier biechtstoelen) in de Sint Martinuskerk in Aalst, opgeleverd in 2022, voor een waarde van meer dan 150.000 euro exclusief btw.

40. In zoverre de verzoekende partij ter terechtzitting nog opwerpt dat de aldus voorgelegde referentie hoofdzakelijk zou zijn uitgevoerd door een onderaannemer en niet door de gekozen inschrijver zelf, kan zij niet worden bijgevallen.

Overeenkomstig het bestek dienden de getuigschriften voor de gevraagde referenties onder meer te voorzien in “de opgave van de gedeelten die in onderaanneming werden gegeven met vermelding van de onderaannemer(s)”. Uit de bijlage ‘Technische bekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)’ gevoegd bij het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij dit ook wat de vereiste referentie houtrestauratie in hoofde van de gekozen inschrijver betreft heeft onderzocht, en geoordeeld dat op dit punt geen probleem rijst. Dit lijkt ook bevestiging te vinden in de offerte van de gekozen inschrijver waaruit op het eerste gezicht blijkt dat de gekozen inschrijver zelf de bedoelde houtrestauratie heeft uitgevoerd doch enkel de houtwormbehandeling heeft uitbesteed aan een gespecialiseerde firma.

41. Op het eerste gezicht blijkt dus ook niet dat de verwerende partij, door te besluiten dat de door de gekozen inschrijver voorgelegde referentie

voldoet aan het voormelde selectievereiste B3 van het bestek, haar eigen opdrachtdocumenten heeft geschonden.

42. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

43. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Monument Vandekerckhove en de nv Altritempi, samen vormend een tm, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op tweeëntwintig maart tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos, staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door
Silja Doms, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Inge Vos**