RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 259.450 van 12 april 2024
in de zaak A. 241.463/XII-9477

In zake: de BV LAVA ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de POLITIEZONE GETEVALLEI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 maart 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het politiecollege van de politiezone Getevallei van 28 februari 2024 houdende de selectiebeslissing (fase 1) in het kader van de overheidsopdracht betreffende een studieopdracht voor de 'Verbouwing van een Rijksadministratief Centrum tot Politiegebouw te Tienen' op basis van de selectieleidraad 'Studieopdracht S1360'.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 april 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Johan Vanstipelen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp een studieopdracht voor de verbouwing van een Rijksadministratief Centrum tot politiegebouw te Tienen. De studieopdracht heeft betrekking op de volgende aspecten van de verbouwing: architectuur, stabiliteit, technieken; vaste inrichting; losse inrichting; akoestiek; veiligheidscoördinatie ontwerp en verwezenlijking; EPB-verslaggeving/EPC.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

De opdracht wordt gegund met een mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.2. De selectieleidraad met referte ‘Studieopdracht S1360’ is van toepassing.

Deel 2 van de selectieleidraad bevat bepalingen in verband met de “plaatsing van de opdracht”. Dit deel bestaat uit twee onderdelen: ‘2.1 Indienen van de kandidatuur’ en ‘2.2 Selectie van de inschrijver’.

In onderdeel 2.1, ‘Indienen van de kandidatuur’, bevat artikel 2.1.1 de volgende bepalingen:

> “2.1.1 Combinatie zonder rechtspersoonlijkheid
> De kandidatuur kan worden ingediend [hetzij] door één enkele natuurlijke persoon of rechtspersoon, hetzij door een combinatie van natuurlijke personen en/of rechtspersonen. De vorm van het samenwerkingsverband kan door de inschrijver vrij gekozen worden.
> Het staat de kandidaat vrij om een samenwerkingsverband aan te gaan met andere architecten en/of studieburelen. Op straffe van nietigheid dient aan de kandidatuurstelling een document toegevoegd te worden dat de taakverdeling van elk lid van het samenwerkingsverband duidelijk omschrijft. Dit document dient door elk lid origineel ondertekend te worden.
> Elk lid van het samenwerkingsverband moet aan de selectiecriteria voldoen voor het gedeelte van de studieopdracht dat hij zal uitvoeren.
> Indien de inschrijver een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid is, zijn behoudens wanneer wettelijke of deontologische bepalingen dit verbieden, de leden van de combinatie hoofdelijk en solidair verbonden ten aanzien van de Aanbestedende overheid.”

Onderdeel 2.2, ‘Selectie van de inschrijver’, bevat de volgende relevante bepalingen:

> “2.2.1 Toegangsrecht
> […]
> Het UEA formulier moet on-line ingevuld worden https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lanq=nl
> Om het formulier te kunnen invullen, kies de optie ‘ik ben een ondernemer’ en daarna ‘een antwoord aanmaken’.
> Indien de inschrijver een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid is, geldt deze vereiste voor elke deelnemer aan deze combinatie. Deze vereiste geldt tevens voor de andere entiteiten op wiens draagkracht de inschrijver een beroep doet.
> […]
> 2.2.3 Referenties
> De kandidatuurstelling dient volgende referenties en documenten te bevatten:
> Gelijkwaardige gerealiseerde referentieprojecten die door de inschrijver zelf werden ontworpen voor een gemeente of politiezone met inbegrip van de opvolging en controle der werken en waarvan de voorlopige oplevering of ingebruikname dateert van na 01/01/2014.
> Als gelijkwaardig project wordt beschouwd de bouw of verbouwing van een politiegebouw en waarvan de totale netto-bouwkost (ruwbouw, afwerking en technische installaties, exclusief erelonen, BTW en

algemene kosten) minstens 6.500.000,00 euro (inclusief losse inrichting) bedraagt.
Voor het deel architectuur: 1 referentieproject […]
Voor het deel stabiliteit: 1 referentieproject
Voor het deel technieken: 1 referentieproject
[…]
2.2.4 Onderaannemers
Het is de inschrijver verboden het deel architectuur in onderaanneming […] te geven.
Voor de overige onderdelen van de opdracht is het wel toegelaten met onderaannemers te werken maar deze mogen op hun beurt niet in onderaanneming gegeven worden.
De inschrijver geeft in zijn kandidatuur aan welk gedeelte van de opdracht hij in onderaanneming wil geven.
Indien de kandidaat een beroep doet op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten voor het vervullen van de economische en financiële criteria in het kader van de kwalitatieve selectie (bij de indiening van zijn kandidatuur), moet de kandidaat het bewijs van de hoofdelijke aansprakelijkheidsverbintenis van de entiteit op wiens draagkracht een beroep gedaan wordt leveren, ieder voor zijn eigen deel (zie document als bijlage).
2.2.5 Veiligheidscoördinatie
Bij bouwwerken met een oppervlakte van ≥ 500 m^2 zal de bouwheer een veiligheidscoördinator-ontwerp en een veiligheidscoördinator-verwezenlijking dienen aan te stellen.
De kandidaten dienen in hun offerte aan te geven of zij een bepaalde veiligheidscoördinator of -coördinatoren in-house aanbieden of een vaste samenwerking hebben met een veiligheidscoördinator-ontwerp en een veiligheidscoördinator-verwezenlijking. Zij zullen in dat geval de nodige gegevens, bewijsstukken (naam, ervaring, opleidingen,...) opnemen in hun kandidatuur. De eindbeslissing omtrent de aan te stellen veiligheidscoördinatoren voor werven ≥ 500 m^2 ligt steeds bij de bouwheer. De bouwheer sluit met deze veiligheidscoördinatoren een afzonderlijke schriftelijke overeenkomst.
Bij bouwwerken met een kleinere oppervlakte dan 500 m^2 zal de architect deze veiligheidscoördinatie (ontwerp en verwezenlijking) op zich nemen."

De bijlage bedoeld in artikel 2.2.4 is een model van "Verbintenisverklaring". Volgens de tekst van dat model verklaart de ondertekenende onderaannemer:

"Overeenkomstig artikel 73 van het KB van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, […] dat hij de diensten zal verlenen die vereist zijn, en dat hij alle middelen ter beschikking zal stellen van de kandidaat/inschrijver voor de uitvoering van de voorliggende opdracht, voor dat gedeelte dat hem is toevertrouwd.

> Overeenkomstig artikel 78 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten [dat hij] zich hoofdelijk [engageert] met de kandidaat/inschrijver voor de uitvoering van de voorliggende opdracht, voor het gedeelte dat hem toevertrouwd is."

In het onderdeel 2.2 van de selectieleidraad wordt onder artikel 2.2.6, 'Doorselectie', ook nog bepaald dat maximaal drie kandidaten kunnen worden geselecteerd om door te gaan naar fase 2 (offertefase) van de procedure. Onder dat artikel worden ook de criteria voor de doorselectie bepaald.

3.3. Er worden zeven aanvragen tot deelneming ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

3.4. Op 19 februari 2024 wordt een selectieverslag opgemaakt.

Deel B van het selectieverslag behandelt de ontvankelijkheid van de aanvragen tot deelneming. Onder punt B.3, 'Beroep op draagkracht (art. 78 Wet OO – art. 73 KB Plaatsing)', wordt een overzicht gegeven van de kandidaten, "met vermelding of deze zich al dan niet beroepen op de draagkracht van onderaannemers of andere entiteiten". Bij de verzoekende partij wordt onder meer opgemerkt:

> "Akoestiek: niet gecommuniceerd
> Veiligheidscoördinatie: niet gecommuniceerd."

Onder punt B.4, 'Volledigheid aanvraag tot deelneming', wordt gecontroleerd "of de aanvraag tot deelneming alle vereiste gegevens en bijlagen bevat, gevraagd in de selectieleidraad". Bij de verzoekende partij wordt het volgende opgemerkt:

> "Het teamlid voor de discipline[s] akoestiek en veiligheidscoördinatie [ontbreekt]. De taakverdeling van elk lid van het samenwerkingsverband is onvolledig voor de discipline[s] akoestiek en veiligheidscoördinatie. De model verbintenis voor de discipline[s] akoestiek en veiligheidscoördinatie [ontbreekt]. Het UEA voor de discipline[s] akoestiek en veiligheidscoördinatie [ontbreekt]."

In Deel C, ‘Voorlopige selectie op basis van het UEA’, wordt herhaald, wat de verzoekende partij betreft, dat voor de disciplines akoestiek en veiligheidscoördinatie het teamlid ontbreekt.

Het selectieverslag besluit met de vaststelling dat onder meer de kandidatuur van de verzoekende partij “onontvankelijk” is. Van de zes overige kandidaten worden twee andere kandidaturen eveneens onontvankelijk verklaard, twee kandidaten worden “niet-geselecteerd of uitgesloten”, en twee kandidaten worden geselecteerd.

Bij het selectieverslag is per kandidaat een bijlage gevoegd, waarbij voor elk van de uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectievereisten is aangevinkt of hij al dan niet voldoet. De bijlage besluit met een samenvatting, die voor de verzoekende partij luidt als volgt:

> “De kandidaat voldoet niet aan de selectievoorwaarden
> Motivatie
> Punt A [Uitsluitingsgronden]: Het teamlid voor de disciplines akoestiek en veiligheidscoördinatie [ontbreekt]. De aanvraag tot deelname is onvolledig.
> Punt B [Kwalitatieve selectie]:
> Punt C [Overige]: De taakverdeling van elk lid van het samenwerkingsverband is onvolledig voor de discipline akoestiek en de discipline veiligheidscoördinatie. De modelverbintenis voor de discipline akoestiek en de discipline veiligheidscoördinatie [ontbreekt].”

3.5. Op 28 februari 2024 keurt het politiecollege het selectieverslag goed. Twee kandidaten worden geselecteerd. De verzoekende partij en vier andere kandidaten worden niet geselecteerd.

Dit is 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', 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 het enig middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert een enig middel aan, bestaande uit vier onderdelen:

> "Eerste onderdeel: schending van artikel 73, § 1, tweede lid, van de Wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten'[…], artikel 73, § 1, eerste lid, van het Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 […] en het materieel motiveringsbeginsel,
> Doordat de vermeende 'onvolledigheid' van de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij eensdeels wordt gemotiveerd door [het motief dat] 'de model verbintenis voor de discipline akoestiek en veiligheidscoördinatie ontbreken. Het UEA voor de discipline akoestiek en veiligheidscoördinatie ontbreken',
> Terwijl de Selectieleidraad voor de discipline akoestiek en de veiligheidscoördinatie geen enkel selectiecriterium, met andere woorden niet de minste vereiste inzake bewijs van geschiktheid van de ontwerper akoestiek of de veiligheidscoördinator, bepaalt,
> Terwijl, zelfs al wordt voor het uitvoeren van de studie akoestiek en de veiligheidscoördinatie beroep gedaan op een derde c.q. onderaannemer, er van een beroep op de draagkracht van deze derde c.q. onderaannemer überhaupt geen sprake is,
> Terwijl voor de derde c.q. onderaannemer die desgevallend invulling zou geven aan de discipline akoestiek en de veiligheidscoördinatie dan ook geenszins het model verbintenis (verbintenis tot actieve inzet) en het UEA bij de aanvraag tot deelneming diende gevoegd te worden,
> Terwijl de Bestreden Beslissing de verplichtingen inzake het UEA en de verbintenis van de derde entiteit, zoals bepaald in artikel 73, § 1, tweede lid, van de Wet Overheidsopdrachten en artikel 73, § 1, eerste lid, van het Koninklijk Besluit Plaatsing, toepast op een situatie die niet onder de toepassing van deze rechtsregels valt, met name op derden c.q. onderaannemers op wiens draagkracht geen beroep wordt gedaan,

Terwijl het materieel motiveringsbeginsel inhoudt dat de motivering in rechte aanvaardbaar moet zijn,
Tweede onderdeel, schending van artikel 2, 10°, van de wet Overheidsopdrachten houdende de definitie van 'ondernemer', inzonderheid de begrippen 'combinatie' en 'samenwerkingsverband' in deze definitie, […] het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel,
Doordat de vermeende 'onvolledigheid' van de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij anderdeels wordt gemotiveerd door [het motief dat] 'Het teamlid voor de discipline akoestiek en veiligheidscoördinatie ontbreken. De taakverdeling van elk lid van het samenwerkingsverband is onvolledig voor de discipline akoestiek en veiligheidscoördinatie',
Terwijl de Selectieleidraad geenszins vereist dat Verzoekende Partij in haar hoedanigheid van kandidaat, d.w.z. als rechtspersoon die de aanvraag tot deelneming indiende, een teamlid voor de discipline akoestiek en veiligheidscoördinatie diende op te geven, evenmin als zij in die hoedanigheid 'de taakverdeling van elk lid van het samenwerkingsverband voor de discipline akoestiek en veiligheidscoördinatie' diende toe te voegen,
Terwijl Verwerende Partij ten onrechte artikel 2.1.1 van de Selectieleidraad op de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij lijkt toe te passen,
Terwijl het begrip 'samenwerkingsverband' dat in artikel 2.1.1 van de Selectieleidraad wordt gehanteerd, evident moet begrepen worden als een specifieke verschijningsvorm van de combinatie van natuurlijke en/of rechtspersonen,
Terwijl deze lezing overeenstemt met de definitie van 'ondernemer' onder artikel 2, 10°, van de Wet, dat het tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen uitdrukkelijk als een (vorm van) combinatie kwalificeert,
Terwijl dit wordt bevestigd in overweging 14 en artikel 19, lid 2, van de Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en in overweging 47 van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak C□631/21, Taxi Horn Tours BV,
Terwijl artikel 2.1.1 van de Selectieleidraad bijgevolg – meer noch minder – voorschriften van toepassing op de aanvraag tot deelneming die door een combinatie van ondernemers wordt ingediend, bevat,
Terwijl dit alles nog des te meer geldt nu artikel 2.1.1 van de Selectieleidraad de titel 'Combinatie zonder rechtspersoonlijkheid' draagt,
Terwijl de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij geenszins door een combinatie van ondernemers werd ingediend; en artikel 2.1.1 van de Selectieleidraad dan ook niet op haar aanvraag tot deelneming toepasselijk was,
Terwijl, indien Verwerende Partij bij de boordeling van de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij aan artikel 2.1.1 van de Selectieleidraad een lezing geeft, die de voorschriften ervan alsnog toepasselijk maken op haar aanvraag tot deelneming, Verzoekende Partij verschalkt wordt wat betreft de manier waarop zij de Selectieleidraad redelijkerwijze kon en diende (te) begrijpen,

Derde onderdeel, schending van artikel 74 van het Koninklijk Besluit Plaatsing afzonderlijk en samengelezen met artikel 2.2.4 'Onderaannemers' van de Selectieleidraad, […] artikel 2.2.5 'Veiligheidscoördinatie' van de Selectieleidraad, het patere legem quam ipse fecisti-beginsel [en] het materieel motiveringsbeginsel,

Doordat de vermeende 'onvolledigheid' van de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij wordt gemotiveerd door het motief dat het 'teamlid voor de discipline akoestiek en veiligheidscoördinatie ontbreken',

Terwijl, wat betreft de veiligheidscoördinatie, artikel 2.2.5 van de Selectieleidraad uitdrukkelijk bepaalt in welk geval de kandidaat de gegevens en bewijsstukken (naam, ervaring, opleidingen, …) van een veiligheidscoördinator in zijn aanvraag tot deelneming moet opnemen, met name indien hij een veiligheidscoördinator in-house aanbiedt of een vaste samenwerking met een veiligheidscoördinator heeft,

Terwijl Verzoekende Partij geen zogenaamde in-house veiligheidscoördinator heeft en die bijgevolg ook niet zal aanbieden in haar offerte, evenmin als zij een vaste samenwerking heeft met een veiligheidscoördinator,

Terwijl Verzoekende Partij in het kader van haar respectieve opdrachten met diverse veiligheidscoördinatoren samenwerkt, naargelang deze door de betreffende bouwheren worden aangesteld,

Terwijl Verzoekende Partij zich bij de opmaak van haar aanvraag tot deelneming bijgevolg niet bevond in een geval van samenwerking met een veiligheidscoördinator (in-house of in een vaste samenwerking), zoals bedoeld in artikel 2.2.5 van de Selectieleidraad, en dat zij zou dienen op te geven in haar offerte,

Terwijl Verzoekende Partij dan ook geen (gegevens en bewijsstukken van een) 'teamlid' voor de veiligheidscoördinatie in haar aanvraag tot deelneming diende op te nemen,

Terwijl, wat betreft de discipline akoestiek, de bepaling van artikel 2.2.4, derde lid van de Selectieleidraad, luidend 'De inschrijver geeft in zijn kandidatuur aan welk gedeelte van de opdracht hij in onderaanneming wil geven', allerminst een eenduidig voorschrift betreft, met name door het niet compatibel zijn van het begrip 'inschrijver' en het begrip 'kandidatuur',

Terwijl, ofwel deze bepaling te begrijpen is als dat de kandidaat (niet 'de inschrijver') in zijn kandidatuur dient aan te geven welk gedeelte van de Opdracht hij in onderaanneming wil geven; ofwel zij te begrijpen is als dat de inschrijver in zijn offerte (niet 'zijn kandidatuur') dient aan te geven welk gedeelte van de Opdracht hij in onderaanneming wil geven,

Terwijl de lezing van voormelde bepaling van de Selectieleidraad in de zin dat pas in de offerte moet worden aangegeven welk gedeelte van de Opdracht in onderaanneming zal worden gegeven, […] conform artikel 74, eerste lid, van het Koninklijk Besluit Plaatsing is,

Terwijl, indien de bepaling van de Selectieleidraad gelezen dient te worden als dat de kandidaat reeds in de aanvraag tot deelneming dient aan

te geven welk gedeelte van de Opdracht hij in onderaanneming wil geven, zij klemt met artikel 74 van het Koninklijk Besluit Plaatsing,
Vierde onderdeel, in ondergeschikte orde, schending van de formele motiveringsplicht zoals vervat in [de artikelen] 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, en artikel 5, 6°, van de Wet van 17 juni 2013,
Doordat de vermeende 'onvolledigheid' van de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij wordt gemotiveerd door het motief dat het teamlid voor de discipline akoestiek ontbreekt,
Terwijl, voor zover en in de mate artikel 2.2.4, derde lid, van de Selectieleidraad in die zin zou dienen gelezen te worden, de kandidaat in ieder geval enkel het gedeelte van de Opdracht dat hij in onderaanneming wil geven diende te vermelden,
Terwijl, als het niet aangegeven zijn dat de uitvoering van de discipline akoestiek (mogelijk) in onderaanneming zal gegeven worden, al als een onvolledigheid van de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij moet beoordeeld worden, geenszins wordt gemotiveerd waarom deze onregelmatigheid tot de 'onontvankelijkheid' c.q. de uitsluiting ervan moest leiden, met andere woorden waarom deze onregelmatigheid als substantieel moest aangemerkt worden,
Terwijl de Selectieleidraad de bepaling van artikel 2.2.4, derde lid, geenszins als substantieel aanmerkt en/of hieraan de sanctie van de nietigheid van de aanvraag tot deelneming verbindt,
Terwijl, bovendien:

1. Ten aanzien van een voorschrift van de Selectieleidraad dat, niettegenstaande de bepaling van artikel 74, eerste lid, van het Koninklijk Besluit Plaatsing, vereist het gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming zal gegeven worden reeds in de aanvraag tot deelnemen te vermelden, bezwaarlijk kan aangenomen worden dat het niet in acht nemen hiervan per definitie en zonder noodzaak tot motivering als een substantiële onregelmatigheid aan te merken is;
2. Het niet in acht nemen van een voorschrift van de Selectieleidraad dat oplegt het gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming zal gegeven worden te vermelden, terwijl, gegeven de summiere en zelfs nagenoeg onbestaande omschrijving van de aard en de omvang van de Opdracht in de Selectieleidraad, de behoeften en/of eisen van Verwerende Partij inzake akoestiek geenszins duidelijk zijn, bezwaarlijk per definitie en zonder noodzaak tot motivering als een substantiële onregelmatigheid kan aangemerkt worden;
3. Het niet in acht nemen van een voorschrift van de Selectieleidraad dat oplegt het gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming zal gegeven worden te vermelden, kan bezwaarlijk per definitie en zonder noodzaak tot motivering als een substantiële onregelmatigheid aangemerkt worden, als blijkt dat de aanbestedende overheid, op basis van de aanvraag tot deelneming in haar geheel, wel degelijk kennis had van de door het voorschrift beoogde informatie,

> Terwijl de uitsluiting van de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij wegens vermeend 'onvolledig' en zodoende 'onontvankelijk' dan ook geenszins afdoende formeel gemotiveerd is; de aanvraag tot deelneming van Verzoekende Partij […] als onontvankelijk [wordt] beschouwd zonder enig draagkrachtig motief."

6.1. In haar nota antwoordt de verwerende partij in verband met het eerste onderdeel dat de verzoekende partij daarin kritiek levert op een overbodig motief. De essentie is dat artikel 2.1.1, tweede lid, van de selectieleidraad bepaalt dat aan de kandidatuurstelling op straffe van nietigheid een document toegevoegd dient te worden "dat de taakverdeling van elk lid van het samenwerkingsverband duidelijk omschrijft". Welnu, de verzoekende partij heeft voor de onderdelen "akoestiek" en "veiligheidscoördinatie ontwerp en verwezenlijking" van de opdracht in haar aanvraag tot deelneming totaal niet kenbaar gemaakt wie deze onderdelen op zich zal nemen en uitvoeren.

In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, dient de "modelverbintenis" niet enkel en alleen beschouwd te worden als een "verbintenis ter beschikking stelling middelen" indien een beroep op een derde entiteit of een onderaannemer wordt gedaan om te voldoen aan de selectiecriteria, maar ook gewoon als een verbintenis naar de verwerende partij toe dat de verwerende partij effectief de bevestiging heeft dat een bepaalde partij die deel uitmaakt van het team dat in de aanvraag tot deelneming is opgenomen (onder welke vorm dan ook, als lid van een tijdelijke maatschap of als onderaannemer of als lid van een groep) om een bepaald onderdeel uit te voeren ook effectief zelf de garantie geeft naar de opdrachtgever toe. Nu de verzoekende partij zelfs niet heeft opgegeven wie de onderdelen akoestiek en veiligheidscoördinatie zal uitvoeren, ontbreekt uiteraard ook de gevraagde ingevulde en ondertekende "modelverbintenis".

De verwerende partij wijst erop dat uit artikel 2.2.4 van de selectieleidraad kan worden afgeleid dat het wel degelijk de bedoeling was om in de kandidatuurstelling op te geven wie zou instaan voor elk onderdeel van de opdracht. In die bepaling wordt immers gesteld dat het voor de andere onderdelen dan de architectuur is toegelaten om met onderaannemers te werken, en dat de kandidaat in zijn aanvraag tot deelneming moet aangeven welk gedeelte van de

opdracht hij in onderaanneming wenst te geven. In haar aanvraag tot deelneming gaf de verzoekende partij echter niet aan of zij de onderdelen akoestiek en veiligheidscoördinatie zelf zou uitvoeren dan wel of zij daarvoor een beroep zou doen op een partner, in welk samenwerkingsverband dan ook.

Ten overvloede wijst de verwerende partij erop dat in een ander dossier, van de gemeente Essen, waarin dezelfde selectieleidraad werd gehanteerd, de verzoekende partij voor ieder onderdeel van de opdracht een partner heeft voorgesteld, en telkens zowel de modelverbintenis als het UEA heeft voorgebracht. Volgens de verwerende partij is de verzoekende partij in het voorliggende dossier gewoon vergeten om een partner voor te stellen voor de onderdelen akoestiek en veiligheidscoördinatie.

6.2. In verband met het tweede onderdeel antwoordt de verwerende partij dat artikel 2.1.1 van de selectieleidraad niet begrepen moet worden in de enge zin als voorgestaan door de verzoekende partij. Van iedere aanvraag tot deelname (ongeacht in welke vorm deze werd ingediend) werd verwacht dat daarin voor elk onderdeel van de opdracht zou worden aangegeven wie dat onderdeel zou uitvoeren.

De verwerende partij verwijst andermaal naar het dossier van de gemeente Essen, waarin de verzoekende partij wel degelijk voor ieder onderdeel van de opdracht heeft aangegeven wie dat onderdeel zou uitvoeren. Zij wijst erop dat in het voorliggende dossier de verzoekende partij voor het onderdeel “EPB-verslaggeving/EPC” ook een partner of teamlid heeft opgegeven en voor dat teamlid zowel de verbintenisverklaring als een apart UEA heeft bijgebracht. De vraag rijst waarom zij dat niet gedaan heeft voor de onderdelen akoestiek en veiligheidscoördinatie.

6.3. In verband met het derde onderdeel antwoordt de verwerende partij, in zoverre het onderdeel betrekking heeft op de veiligheidscoördinatie, dat uit artikel 2.2.5 van de selectieleidraad volgt dat aan een kandidaat gevraagd wordt om in zijn aanvraag tot deelneming op te geven wie door hem wordt voorgesteld op het vlak van de veiligheidscoördinatie ontwerp en verwezenlijking. Het kan zijn dat een kandidaat daarvoor *in-house* personen ter

beschikking heeft, of dat hij een vaste samenwerking met een veiligheidscoördinator heeft: dan dient hij dat in zijn aanvraag te melden. Te dezen heeft de verzoekende partij echter geen enkele informatie in dit verband meegedeeld, waardoor haar aanvraag als onvolledig werd beoordeeld. De verwerende partij verwijst andermaal naar het dossier van de gemeente Essen, waarin de verzoekende partij wel degelijk heeft opgegeven wie het onderdeel veiligheidscoördinatie zou uitvoeren, met bijvoeging van de nodige stavingsstukken.

In zoverre het onderdeel betrekking heeft op de discipline akoestiek, antwoordt de verwerende partij dat de verzoekende partij ook in verband met die discipline totaal niets gezegd heeft in haar aanvraag tot deelneming. De verwerende partij erkent dat het woord “inschrijver” in artikel 2.2.4 van de selectieleidraad ongelukkig gekozen is. Het is echter duidelijk dat te dezen in de selectiefase gevraagd wordt om de onderaannemers kenbaar te maken. Geen enkele bepaling van de wetgeving inzake overheidsopdrachten verbiedt dat die informatie al in de selectiefase gevraagd wordt.

6.4. In verband met het vierde onderdeel herhaalt de verwerende partij dat de verzoekende partij in haar aanvraag tot deelneming totaal niets zegt over de discipline akoestiek. Het is om die reden dat haar aanvraag als onvolledig is beoordeeld.

In haar verzoekschrift stelt de verzoekende partij thans dat een derde partner via onderaanneming het onderdeel akoestiek zou verzorgen. Welnu, de samenwerking met een derde via onderaanneming is een “samenwerkingsverband” in de zin van artikel 2.1.1 van de selectieleidraad. Die samenwerking diende aldus op straffe van nietigheid kenbaar te worden gemaakt.

De selectieleidraad dient als een geheel gelezen te worden. In artikel 2.1.1 wordt uitdrukkelijk gevraagd dat ieder lid van het samenwerkingsverband (een onderaanneming is ook een samenwerkingsverband) duidelijk zijn taakverdeling kenbaar maakt en daartoe zelf een document ondertekent. Artikel 2.2.4 dient dan ook zo begrepen te worden dat kenbaar gemaakt dient te worden aan welke ondernemer *in concreto* een deel van de

opdracht in onderaanneming wordt gegeven. De verbintenisverklaring dient ook door die onderaannemer bijgebracht te worden.

Het feit dat in het UEA is aangegeven dat de ondernemer van plan is een gedeelte van de opdracht in onderaanneming te geven aan derden, is niet voldoende om te voldoen aan artikel 2.1.1 van de selectieleidraad.

Beoordeling

7. Uit het selectieverslag blijkt dat de kandidatuur van de verzoekende partij "[o]nontvankelijk" is bevonden wegens het ontbreken van een aantal inlichtingen en documenten. De verwerende partij benadrukt in haar nota dat de aanvraag tot deelneming geen informatie bevat over de teamleden die instaan voor de discipline akoestiek en de discipline veiligheidscoördinatie. Als gevolg daarvan ontbreken ook de modelverbintenis en de UEA die door die teamleden ingevuld zouden moeten worden.

In haar nota voert de verwerende partij primair aan dat de onontvankelijkheid, of volgens haar beter de nietigheid, van de kandidatuur steunt op artikel 2.1.1, tweede lid, van de selectieleidraad. Subsidiair lijkt zij ook te steunen op de artikelen 2.2.4, derde lid, en 2.2.5, tweede lid, van de selectieleidraad, die selectie-eisen bevatten in verband met respectievelijk onderaannemers en veiligheidscoördinatoren.

Gelet op dat verweer, wordt hierna onderzocht, in het licht van de grieven die de verzoekende partij in de eerste drie onderdelen van het middel aanvoert, in hoeverre de drie genoemde bepalingen van de selectieleidraad een verantwoording kunnen bieden voor de bestreden beslissing.

In zoverre de bestreden beslissing steunt op artikel 2.1.1, tweede lid, van de selectieleidraad

8. Artikel 2.1.1, eerste lid, van de selectieleidraad bepaalt dat een kandidatuur kan worden ingediend "[hetzij] door één enkele natuurlijke persoon of rechtspersoon, hetzij door een combinatie van natuurlijke personen en/of rechtspersonen". Vervolgens wordt bepaald dat "de vorm van het

samenwerkingsverband […] door de inschrijver vrij gekozen [kan] worden". Artikel 2.1.1, tweede lid, vervolgt met bepalingen die op dat "samenwerkingsverband", meer bepaald met "andere architecten en/of studieburelen", betrekking hebben. Aldus wordt van de kandidaten vereist, op straffe van nietigheid van hun kandidatuur, dat zij een document voorleggen "dat de taakverdeling van elk lid van het samenwerkingsverband duidelijk omschrijft".

Volgens de verwerende partij is de samenwerking met een derde via onderaanneming een samenwerkingsverband in de zin van artikel 2.1.1, zodat op straffe van nietigheid kenbaar diende te worden gemaakt welke ondernemers zouden instaan voor de verschillende onderdelen van de opdracht. De verzoekende partij voert hiertegen aan dat artikel 2.1.1 enkel van toepassing is op aanvragen tot deelneming ingediend door een "combinatie" van ondernemers, hetgeen met haar aanvraag niet het geval is.

9. De Raad van State is zich ervan bewust dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid staat om haar eigen tekst te interpreteren. Daarvoor beschikt zij over een zekere beoordelingsruimte, die echter niet onbeperkt is. Haar interpretatie dient met name binnen de grenzen van de redelijkheid te blijven.

In de huidige stand van het geding is de Raad van State van oordeel dat de interpretatie die de verwerende partij aan artikel 2.1.1, tweede lid, geeft, om de volgende redenen de grenzen van de redelijkheid te buiten lijkt te gaan.

Ten eerste heeft artikel 2.1.1 betrekking op kandidaten die een aanvraag tot deelneming indienen. Uit het opschrift van die bepaling ("Combinatie zonder rechtspersoonlijkheid") en uit het eerste lid blijkt dat een kandidatuur ingediend kan worden door (onder meer) een "combinatie van natuurlijke personen en/of rechtspersonen". Wanneer verder in het eerste lid het begrip "samenwerkingsverband" wordt gebruikt, lijkt dit betrekking te hebben op een dergelijke combinatie die een kandidatuur indient. Er lijkt geen reden te zijn waarom hetzelfde begrip in het tweede lid niet dezelfde betekenis zou hebben. De tekst zelf van artikel 2.1.1 lijkt aldus geen steun te bieden voor een interpretatie

die onder een “samenwerkingsverband” ook de band verstaat die er is tussen de kandidaat en zijn onderaannemers.

Terwijl, ten tweede, artikel 2.1.1 betrekking heeft op het “Indienen van de kandidatuur”, bevat de selectieleidraad ook een artikel 2.2.4, dat specifiek betrekking heeft op “Onderaannemers”. Het lijkt dan op het eerste gezicht niet aannemelijk, minstens niet evident, om ook in artikel 2.1.1 bepalingen in verband met onderaannemers te lezen.

Ten derde bevat artikel 2.2.1 bepalingen in verband met het UEA. Het vereiste om een UEA in te vullen, geldt voor elke deelnemer aan een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid die een kandidatuur indient, en daarnaast ook voor de andere entiteiten op wier draagkracht de deelnemer een beroep doet. Uit het feit dat onderaannemers uitdrukkelijk zijn vermeld in artikel 2.2.1, naast de combinatie die een kandidatuur indient, lijkt *a contrario* te moeten worden afgeleid dat onderaannemers, die niet uitdrukkelijk vermeld zijn in artikel 2.1.1, tweede lid, daarin ook niet impliciet begrepen zijn.

Ten vierde wordt in artikel 2.2.4, vierde lid, verwezen naar het “document als bijlage”, zijnde het model van verbintenisverklaring, waarmee het bewijs geleverd wordt van de hoofdelijke aansprakelijkheidsverbintenis van onderaannemers of andere entiteiten op wier draagkracht een beroep gedaan wordt voor het vervullen van de economische en financiële criteria in het kader van de kwalitatieve selectie. Hieruit lijkt afgeleid te moeten worden dat voor onderaannemers op wier draagkracht geen beroep gedaan wordt, geen dergelijk bewijs van verbintenis moet worden aangeleverd. Die conclusie wordt bevestigd door de verwijzing in het bedoelde model naar de bepalingen van artikel 73 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en artikel 78 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. Ook in die bepalingen gaat het om verplichtingen in verband met entiteiten op wier draagkracht een ondernemer zich beroept. Dit is een bijkomend argument om aan te nemen dat de taken van onderaannemers, minstens van onderaannemers op wier draagkracht geen beroep wordt gedaan, evenmin beschreven moeten worden in het document bedoeld in artikel 2.1.1, tweede lid.

Al deze redenen, samengenomen, lijken zich te verzetten tegen een interpretatie van artikel 2.1.1, tweede lid, van de selectieleidraad volgens welke de kandidaat op straffe van nietigheid van zijn aanvraag tot deelneming alle onderaannemers en hun taakverdeling kenbaar moet maken, met inbegrip van die onderaannemers op wier draagkracht de kandidaat zich niet beroept.

10. De door de verwerende partij aangehaalde wijze waarop de verzoekende partij heeft deelgenomen aan een gelijkaardige opdracht uitgeschreven door de gemeente Essen, doet op het eerste gezicht niet anders besluiten.

Ter terechtzitting erkent de verzoekende partij dat zij in het verleden alle mogelijke onderaannemers vermeldde en voor hen bijna automatisch een UEA en een middelenverbintenis bij haar kandidatuur voegde, ongeacht of zij al dan niet op hun draagkracht een beroep deed. Zij realiseerde zich echter dat die werkwijze niet enkel kostelijk en inefficiënt was, maar ook verwarring zaaide bij aanbestedende overheden. Daarom doet zij voortaan nog enkel opgave van de onderaannemers waarnaar in de selectieleidraad wordt gevraagd, in het bijzonder van de onderaannemers op wier draagkracht zij een beroep doet.

Wat ook de redenen geweest zijn waarom de verzoekende partij in het verleden opgave gedaan heeft van al haar onderaannemers, uit die handelwijze kunnen geen dwingende gevolgen worden afgeleid met betrekking tot de interpretatie van de bepalingen van de voorliggende selectieleidraad.

11. Ook het argument dat de verwerende partij bij de bespreking van het tweede onderdeel put uit het feit dat de verzoekende partij voor de discipline EPB-verslaggeving/EPC wel een partner heeft opgegeven en daarvoor een UEA en een middelenverbintenis heeft bijgebracht, doet op het eerste gezicht niet anders besluiten.

Zoals de verzoekende partij ter terechtzitting uiteenzet, doet zij te dezen immers beroep op een bepaalde onderaannemer voor het deel technieken én voor het deel EPB-verslaggeving/EPC. Zij beroept zich ook op de draagkracht

van deze onderaannemer om te voldoen aan de kwalitatieve selectie-eis om een referentieproject voor het deel technieken voor te leggen. Het is omwille van het beroep op diens draagkracht voor dat deel van de opdracht dat zij opgave gedaan heeft van die onderaannemer en daarvoor een UEA en een verbintenisverklaring heeft voorgelegd.

Hieruit lijken dan ook geen conclusies te kunnen worden getrokken met betrekking tot het deel EPB-verslaggeving/EPC, en nog minder met betrekking tot de delen akoestiek en veiligheidscoördinatie.

12. Gelet op het voorgaande, lijkt artikel 2.1.1 geen grond te bieden voor het onvolledig verklaren van de kandidatuur van de verzoekende partij. In zoverre het middel, in het bijzonder in het tweede onderdeel, gericht is tegen het op die bestekbepaling gesteunde motief inzake het ontbreken van een beschrijving van de teamleden voor de disciplines akoestiek en veiligheidscoördinatie, is het ernstig.

In zoverre de bestreden beslissing zou steunen op artikel 2.2.4, derde lid, van de selectieleidraad

13. Artikel 2.2.4, derde lid, van de selectieleidraad bepaalt dat de "inschrijver" (lees: de kandidaat) in zijn kandidatuur aangeeft welk gedeelte van de opdracht hij in onderaanneming wil geven. In haar nota, bij de bespreking van het derde onderdeel van het middel, voert de verwerende partij aan dat uit die bepaling blijkt dat aan de kandidaten wordt gevraagd om de onderaannemers kenbaar te maken, en dat de verzoekende partij heeft nagelaten aan dat vereiste te voldoen.

14. De Raad van State stelt vast dat het selectieverslag geen onderzoek in het licht van de selectievoorwaarde van artikel 2.2.4, derde lid, lijkt te bevatten. Het staat ook niet aan de Raad om dat onderzoek in de plaats van de verwerende partij te doen. Vooralsnog wordt dan ook volstaan met de volgende vaststellingen.

15. Artikel 74, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voorziet in verband met de offertefase, en dus niet in verband met de selectiefase,

in de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om van de inschrijver te verlangen dat hij vermeldt “welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt”. Zoals de verwerende partij terecht aanvoert, belet zulks niet dat die eis reeds in de selectiefase wordt opgelegd. Overigens bepaalt artikel 68, § 4, 10°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, in verband met de selectiecriteria, dat “een omschrijving van het gedeelte van de opdracht dat de ondernemer eventueel in onderaanneming wil geven”, geldt als bewijsmiddel van de technische bekwaamheid van de ondernemer.

Van kandidaten mag bijgevolg wel degelijk worden gevraagd om het gedeelte van de opdracht dat zij eventueel in onderaanneming willen geven, in hun aanvraag tot deelneming te omschrijven. Te dezen bevat artikel 2.2.4, derde lid, een bepaling in die zin. Die bepaling is opgenomen onder punt 2.2 van de selectieleidraad, dat handelt over de selectie van de kandidaten.

Het in artikel 68, § 4, 10°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bedoelde bewijsmiddel lijkt echter wel, net als alle andere bewijsmiddelen vermeld in artikel 68, § 4, bedoeld om te garanderen dat de kandidaten over de technische en beroepsbekwaamheid beschikken om de opdracht uit te voeren. Zoals terecht lijkt te worden aangevoerd door de verzoekende partij, zijn *prima facie* met betrekking tot de disciplines akoestiek en veiligheidscoördinatie geen kwalitatieve selectie-eisen gesteld. Als de verwerende partij toch op die bepaling zou willen steunen om de verzoekende partij niet te selecteren, zou zij dus moeten verantwoorden dat het niet voldoen aan het vereiste van artikel 2.2.4, derde lid, voor die disciplines gevolgen heeft op de technische en beroepsbekwaamheid van de verzoekende partij.

Bij gebreke van een dergelijke verantwoording kan vooralsnog niet aangenomen worden dat artikel 2.2.4, derde lid, een grond biedt om de verzoekende partij niet te selecteren. In zoverre het middel, in het bijzonder in het derde onderdeel, gericht is tegen het op die bestekbepaling gesteunde motief inzake het ontbreken van een beschrijving van het teamlid voor de discipline akoestiek, is het ernstig.

In zoverre de bestreden beslissing zou steunen op artikel 2.2.5, tweede lid, van de selectieleidraad

16. Artikel 2.2.5, tweede lid, van de selectieleidraad bepaalt dat bij bouwwerken van ≥ 500 m^2 de kandidaten in hun "offerte" (lees: aanvraag tot deelneming) moeten aangeven "of zij een bepaalde veiligheidscoördinator of -coördinatoren in-house aanbieden of een vaste samenwerking hebben met een veiligheidscoördinator-ontwerp en een veiligheidscoördinator-verwezenlijking". "[I]n dat geval" moeten zij daarover de nodige gegevens opnemen in hun kandidatuur.

In haar nota, bij de bespreking van het derde onderdeel van het middel, voert de verwerende partij aan dat uit die bepaling volgt dat de kandidaat in elk geval kenbaar moet maken of hij al dan niet *in-house* een coördinator kan aanbieden dan wel een vaste samenwerking heeft met veiligheidscoördinatoren. Volgens de verwerende partij heeft de verzoekende partij nagelaten om daarover ook maar iets te melden.

17. De Raad van State stelt vast dat het selectieverslag geen onderzoek in het licht van de selectievoorwaarde van artikel 2.2.5 lijkt te bevatten.

De verzoekende partij voert aan dat zij *in-house* geen veiligheidscoördinator heeft, noch een vaste samenwerking heeft met veiligheidscoördinatoren. Zij leidt hieruit af dat zij zich niet bevond in een geval als bedoeld in artikel 2.2.5, tweede lid, en dat zij dus geen gegevens in verband met een veiligheidscoördinator in haar aanvraag tot deelneming diende op te nemen.

Het feit dat de verzoekende partij *in-house* geen veiligheidscoördinator heeft, noch een vaste samenwerking heeft met veiligheidscoördinatoren, lijkt door de verwerende partij niet te worden betwist.

In die omstandigheden lijkt artikel 2.2.5, tweede lid, dan ook geen grond te bieden om de verzoekende partij niet te selecteren. In zoverre het middel, in het bijzonder in het derde onderdeel, gericht is tegen het op die

bestekbepaling gesteunde motief inzake het ontbreken van een beschrijving van het teamlid voor de discipline veiligheidscoördinatie, is het ernstig.

VI. Besluit

18. De eerste drie onderdelen van het middel zijn in de hiervoor besproken mate ernstig gebleken. Er is geen aanleiding om het vierde onderdeel, dat subsidiair wordt ingeroepen, te onderzoeken.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

VII. Kosten

19. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het politiecollege van de politiezone Getevallei van 28 februari 2024 houdende de selectiebeslissing (fase 1) in het kader van de overheidsopdracht betreffende een studieopdracht voor de 'Verbouwing van een Rijksadministratief Centrum tot Politiegebouw te Tienen' op basis van de selectieleidraad 'Studieopdracht S1360'.

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

Paul Lemmens, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Greta Scheveneels, griffier.

De griffier	De voorzitter
Greta Scheveneels	Paul Lemmens