

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 261.017 van 11 oktober 2024
in de zaak A. 242.937/XIV-39.636**

In zake: de BV V.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tom Villé en Karel Veuchelen
kantoor houdende te 2018 Antwerpen,
Generaal Lemanstraat 67
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de OV FARYS
2. de DV CREAT SERVICES
3. de gemeente RUISELEDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Leen De Vuyst en Saul Janssens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV B.
2. de NV W.
samen vormend een tijdelijke maatschap
3. de BV M., ARCHITECTEN EN ONTWERPERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelman
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 september 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“minstens de beslissing van 22 augustus 2024 van [de dienstverlenende vereniging] Creat Services [...] waarbij de overheidsopdracht met referentie CREAT-189-23-001 voor het aanstellen van een partner voor het ontwerp en de bouw van een nieuwe cultuur- en theaterzaal te Ruiselede werd gegund aan [de tijdelijke maatschap bv M. Architecten & Ontwerpers] en van diezelfde beslissing waarbij de opdracht niet aan verzoekende partij werd gegund, alsook van diezelfde of een gelijklopende beslissing van de gemeente Ruiselede d.d. 21 augustus 2024 en -voor zover die beslissing bestaat- van dezelfde of een gelijklopende beslissing van [de opdrachthoudende vereniging] Farys.”

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 23 september 2024 hebben de nv B. en de nv W., samen vormend een tijdelijke maatschap, en de bv M. Architecten & Ontwerpers, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 oktober 2024 om 10:00 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Tom Villé en Karel Veuchelen, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Nathanaëlle Kiekens, Leen De Vuyst en Saul Janssens, die verschijnen voor de verwerende partijen, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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 eerste verwerende partij, voorheen de ov Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Watervoorziening (TMVW), schrijft een overheidsopdracht van werken uit voor “het aanstellen van een partner voor het ontwerp en de bouw van een nieuwe cultuur- en theaterzaal te Ruiselede”.

In arrest nr. 254.737 van 12 oktober 2022 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ruiselede van 22 augustus 2022 waarbij de voormelde overheidsopdracht wordt gegund aan de verzoekende partij.

Hierna wordt de eerste gunningsbeslissing ingetrokken en de lopende plaatsingsprocedure stopgezet.

3.2. De eerste verwerende partij schrijft vervolgens een nieuwe overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “het aanstellen van een partner voor het ontwerp en de bouw van een nieuwe cultuur- en theaterzaal te Ruiselede”.

De opdracht wordt Europees en nationaal bekendgemaakt.

Als gunningswijze wordt gekozen voor een mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.3. Er worden vijf kandidaatstellingen ingediend, onder meer door de verzoekende partij en de verzoekende partijen tot tussenkomst. Op 6 juli 2023 beslist de raad van bestuur van de eerste verwerende partij om alle kandidaten te selecteren.

3.4. In de op de opdracht toepasselijke gunningsleidraad wordt onder punt 2 ‘Aanbesteder’ het volgende vermeld:

“Deze opdracht wordt uitgeschreven door Farys, [...], vertegenwoordigd door mevr. [P.], algemeen directeur.

Farys treedt hierbij op als aankoopcentrale (in de zin van art. 2, 7° b) van de wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016) voor de gemeente Ruiselede (deelnemer van TMVS). De resulterende overeenkomst zal tot stand komen met de gemeente Ruiselede.

De administratieve entiteit, belast met de opvolging van deze plaatsingsprocedure, is de Divisie Aankoop van Farys.”

Het voorwerp van de opdracht wordt in de gunningsleidraad omschreven als volgt:

“Het gemeentebestuur van Ruiselede wenst een nieuwe, eigentijdse en duurzame cultuur- en theaterzaal te bouwen in het centrum nabij het Polenplein. Daarvoor dienen de bestaande gemeentelijke loods en aanpalende zaal met café, alsook de aanwezige garageboxen, gesloopt te worden. Het ‘Polenplein’ en de parking naast en achter het bestaande gebouw, alsook de parkeerplaatsen en het voetpad aan de Tramweg langs het bestaande gebouw, zitten mee in de projectzone. De buitenruimte dient een nieuwe attractieve invulling te krijgen waar ontharding en vergroening centraal staan.

De cultuur- en theaterzaal dient minstens over volgende functionaliteiten te beschikken:

- café;
- theaterzaal (met speelvlak, vaste tribune en theatertechnieken);
- foyer;
- artiestenruimte met sanitair, douche en kleedruimte;
- polyvalente zaal met bar en keuken, voor feesten, recepties of grote vergaderingen;
- vergaderzaal;
- sanitair;
- berguimtes / stockageruimte;
- buitenzone (voor spelende kinderen, voor café, ...).

Rondom de cultuur- en theaterzaal dient de nodige omgevingsaanleg te worden voorzien.”

De opdracht wordt uitgebreid beschreven in Deel 3 – Technische bepalingen van de gunningsleidraad.

Wat de aard van de opdracht betreft, verduidelijkt de gunningsleidraad onder meer het volgende:

“Er wordt geopteerd voor een geïntegreerde aanpak waarbij de bouw van de cultuur- en theaterzaal wordt opgevat als een Design (D) en Build

(B)-project, hetgeen impliceert dat de projectpartner dient in te staan voor het van A tot Z uitwerken en opvolgen van het project met inbegrip van het ontwerpen en de realisatie van de infrastructuur.”

De gunningsleidraad bepaalt voorts drie gunningscriteria:

“Criterium 1: Functionele, ruimtelijke en technische waarde van het ontwerp, inclusief ecologische waarde (50%)

Binnen dit criterium wordt gepeild naar de waarde van hetgeen de partner zal realiseren op vlak van:

- de kwaliteit van het ontwerp en visievorming op vlak van het programma van doelstellingen, functionaliteit, het optimaliseren van de personeelsbezetting en de exploitatie, architectuur, relatie met de omgeving, interieurinrichting en principes inzake universal design (30%);
- de kwaliteit van het aangeboden technisch ontwerp in relatie tot het beperken van de exploitatiekosten inzake energie en vervangingsinvesteringen (10%);
- aandacht voor de globale aanpak van duurzaamheid, ecologie en milieuaspecten (maximale U-waarden, E-peil, energierecuperatie, waterhuishouding, ...) (10%).

Hiertoe zal de inschrijver zijn ontwerp toelichten aan de hand van minimaal:

- een beschrijvende nota waarin de visie op het project wordt verduidelijkt en waarin wordt aangetoond op welke wijze invulling wordt gegeven aan het programma van doelstellingen en de vraag naar een optimale toegankelijkheid en personeelsbezetting.

In deze nota kunnen onder andere volgende aspecten aan bod komen (niet-limitatief):

- inplanting gebouw en bouwmassa;
- materiaalkeuzes;
- parkeermogelijkheden;
- toegang(kelijkheid);
- uitrusting van het gebouw en de site;
- ...

Deze nota wordt verder aangevuld met visualisaties (inrichtingsplan binnen de omgeving, grondplannen, gevelaanzichten, 3D-voorstelling, ...);

- een gedetailleerde meetstaat met een eigen oplijsting van posten (met subposten), gebaseerd op de prijsopgave zoals bij de opdrachtdocumenten gevoegd, tegen prijslijst (vermoedelijke hoeveelheden = V.H.), uitgedrukt in euro en afgerond tot 2 cijfers na de komma;
- een duidelijke, technische omschrijving van de technische installaties die toelaat de kwaliteit te beoordelen en een eerste rekennota aangaande de te verwachten exploitatiekosten (verbruik/vervanging);
- een nota aangaande de ecologische aspecten met inbegrip van een inschatting van het energieverbruik voor de exploitant;
- de gevraagde bewijsvoering zoals aangegeven in Deel 3 – Technische bepalingen.

Methodiek: Voor het beoordelen van de subcriteria wordt uitgegaan van een globale startscore (60/100). Hierbij worden opvallende positieve of negatieve elementen in aanmerking genomen.

De aldus bekomen quotatie wordt tenslotte gepondereerd naar respectievelijk 30% of 10% van de totaalscore.

Criterium 2: Financiële waarde van het voorstel (40%)

[...]

Criterium 3: Zekerheden inzake uitvoering van de opdracht, met name plan van aanpak (coördinatie van de werken, minderhinder-aanpak, fasering van de werken, uitvoeringsmethodiek, ...) alsook garanties inzake timing en risicobeheersing (10%)

De inschrijver dient een nota toe te voegen aan zijn offerte waarin hij zijn plan van aanpak (3%) voor de uitvoering van de opdracht toelicht. In dit plan van aanpak kunnen onder meer volgende zaken aan bod te komen (niet-limitatief):

- Coördinatie van de werken;
- Gekozen uitvoeringsmethodes;
- Opvolging van de bouwfase;
- Maatregelen die worden getroffen met het oog op het beperken van de hinder, alsook het bevorderen van de veiligheid, voor de omgeving en aangelanden;
- Het projectbeheer na voorlopige oplevering en nazorg;
- ...

De inschrijver voegt daarnaast een duidelijke, visuele planning (4%) bij zijn offerte, met gedetailleerde doorlooptijden voor de verschillende projectonderdelen tot aan de voorlopige oplevering en geeft aan welke garanties aan deze bindende planning worden gekoppeld (zie ook art. 86 verdragingsboetes van Deel 2 van onderhavige gunningsleidraad). Deze planning geeft een duidelijke indeling en opeenvolging van de relevante en bepalende prestaties weer. Een kortere timing voor het ontwerp (Termijn 1) en de bouwwerkzaamheden (Termijn 2a en Termijn 2b), zoals op te geven in Deel 5 prijsopgave, alsook eventuele bijkomende garanties ten aanzien van deze planning kunnen als een positief element worden beschouwd. De termijn voor het doorlopen van de omgevingsvergunningsprocedure wordt hierbij buiten beschouwing gelaten.

Bij het opmaken van de planning dient de inschrijver er rekening mee te houden dat alle documenten voor het aanvragen van de omgevingsvergunning (Termijn 1) dienen te worden aangeleverd binnen de 90 kalenderdagen na de sluiting van de opdracht. De maximale uitvoeringstermijn voor de bouwfase (Termijn 2 = som Termijn 2a en 2b) is 500 kalenderdagen. Zie ook art. 76 in Deel 2 van onderhavige gunningsleidraad aangaande de termijnen.

De inschrijver licht tenslotte de voornaamste risico's, kansen en uitdagingen (3%) van de opdracht toe en beschrijft de wijze waarop de inschrijver daarmee zal omgaan. Risico-vermijdende of -beperkende aspecten kunnen als een positief element worden beschouwd.

Methodiek: Voor het beoordelen van de subcriteria wordt uitgegaan van een globale startscore (60/100). Hierbij worden opvallende positieve of

negatieve elementen in aanmerking genomen. De aldus bekomen quotatie wordt tenslotte gepondereerd naar respectievelijk 3% of 4% van de totaalscore. [...]”

3.5. Enkel de verzoekende partij en de verzoekende partijen tot tussenkomst dienen een offerte in.

3.6. Na onderhandelingen in twee onderhandelingsfasen dienen de verzoekende partij en de verzoekende partijen tot tussenkomst een finale offerte in.

3.7. In het gunningsverslag van 9 augustus 2024 worden de finale offertes van de beide inschrijvers regelmatig bevonden.

De toetsing van de finale offertes aan het eerste gunningscriterium leidt tot de volgende scores:

	verzoekende partijen tot tussenkomst	verzoekende partij
Kwaliteit van het concept en visie (30 %)	25,13	21,38
Kwaliteit van het aangeboden technisch concept (10 %)	7,50	8,00
Duurzaamheid, ecologie en milieuaspecten (10 %)	6,88	7,38
Totaal (50 %)	39,51	36,76

Voor de “gedetailleerde uitwerking” van de voormelde puntenscores wordt in het gunningsverslag verwezen naar de tabel in bijlage 2 bij dit verslag.

Bijlage 2 bevat de volgende inleidende bepaling:

“De offertes werden beoordeeld o.a. op basis van de vooropgestelde doelstellingen. Het louter respecteren van doelstellingen resulteert niet in een meerwaarde, deze aspecten worden dan ook niet altijd weergegeven. De elementen die de respectievelijke doelstellingen niet behalen, hetzij

opmerkelijk verbeteren, alsook bijkomende elementen, die (relatief gezien) een opvallende min- of meerwaarde vormen, worden hieronder behandeld.”

De toetsing van de finale offertes aan het derde gunningscriterium leidt tot de volgende scores:

	verzoekende partijen tot tussenkomst	verzoekende partij
Plan van aanpak (3 %)	1,88	1,80
Planning (4 %)	2,55	2,55
Risico's, kansen en uitdagingen (3 %)	2,10	2,18
Totaal (10 %)	6,53	6,53

Voor de “gedetailleerde uitwerking” van de voormelde puntenscores wordt in het gunningsverslag verwezen naar de tabel in bijlage 3 bij dit verslag.

Bijlage 3 bevat de volgende inleidende bepaling:

“Enkel elementen die (relatief gezien) een opvallende min- of meerwaarde vormen, worden hieronder behandeld.”

Het gunningsverslag komt tot volgende finale beoordeling:

	verzoekende partijen tot tussenkomst	verzoekende partij
Functionele, ruimtelijke en technische waarde conceptidee, incl. ecologische waarde (50 %)	39,51	36,76
Financiële waarde van het voorstel (40 %)	20,02	19,98
Zekerheden inzake uitvoering opdracht (10 %)	6,53	6,53
Totaal (100 %)	66,06	63,27

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de “[bv M.] Architecten & Ontwerpers”.

3.8. Op 21 augustus 2024 geeft de gemeenteraad van de derde verwerende partij een positief advies inzake het gunnen van de opdracht aan de verzoekende partijen tot tussenkomst.

3.9. Op 22 augustus 2024 beslist de raad van bestuur van de tweede verwerende partij, met verwijzing naar een bijzondere delegatie die haar werd verleend door de raad van bestuur van de eerste verwerende partij van 28 september 2023 en het positief advies verleend door de derde verwerende partij, om de opdracht te gunnen aan de “[bv M.] Architecten & Ontwerpers”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 27 augustus 2024 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte niet is gekozen.

IV. Tussenkomst

4. De nv B. en de nv W., samen vormend een tijdelijke maatschap, en de bv M. Architecten en Ontwerpers blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

5. Het beroep is woordelijk gericht tegen “minstens” de beslissing van 22 augustus 2024 van de tweede verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de tussenkomenende partijen en niet aan de verzoekende partij, “alsook [tegen] diezelfde of een gelijkkluidende beslissing van de gemeente Ruiselede d.d. 21 augustus 2024 en - voor zover die beslissing bestaat - (...) dezelfde of een gelijkkluidende beslissing van [de eerste verwerende partij]”. In het licht van de stukken van het administratief dossier waaruit enkel het bestaan van de eerste bestreden beslissing blijkt, mag het beroep worden geacht uitsluitend te zijn gericht tegen die eerste beslissing.

VI. Aanduiding van de verwerende partij

6. In de nota met opmerkingen wordt, wat de aanduiding van de verwerende partijen betreft, opgemerkt dat de eerste verwerende partij in deze opdracht optreedt als aankoopcentrale, dat de raad van bestuur van de tweede verwerende partij op basis van een specifieke delegatie vanwege de eerste verwerende partij van 28 september 2023 de bestreden beslissing heeft genomen en dat in alle geval de derde verwerende partij vreemd is aan de genomen beslissing. Ter terechtzitting wordt verduidelijkt dat hiermee wordt verzocht om de derde verwerende partij buiten de zaak te stellen.

7. In het kader van een procedure voor de Raad van State, dat in de eerste plaats een geding is dat tegen een akte is gericht, is de verwerende partij in beginsel de administratieve overheid die de bestreden beslissing heeft genomen of bij het nemen van die beslissing betrokken is geweest. Daarnaast is het voor de aanwijzing van de verwerende partij vooral van belang welke overheid gehouden kan zijn tot de uitvoering van een eventueel vernietigingsarrest en de daaraan verbonden verplichting tot rechtsherstel.

Te dezen werden de drie verwerende partijen in het verzoekschrift en door het auditoraat aangeduid als verwerende partij.

Luidens het bestek werd de opdracht uitgeschreven door de eerste verwerende partij en treedt zij op als aankoopcentrale voor de derde verwerende partij, waarbij de resulterende overeenkomst tot stand zal komen met de derde verwerende partij. De verwerende partijen erkennen voorts zelf in hun nota met opmerkingen dat de bestreden gunningsbeslissing van 21 augustus 2024 niettemin genomen werd door de raad van bestuur van de tweede verwerende partij op basis van een specifieke delegatie vanwege de eerste verwerende partij van 28 september 2023 “mits [de tweede verwerende partij] beschikt over een positief advies van [de derde verwerende partij] betreffende de te nemen beslissing”.

Ook de derde verwerende partij lijkt in de concrete omstandigheden van de zaak op het eerste gezicht wel degelijk te mogen worden aangemerkt als een verwerende partij, dit is als een bestuurlijke overheid die bij het nemen van de bestreden beslissing zeer nauw betrokken was en er dan ook toe geroepen is om de wettigheid van de bestreden beslissing te verdedigen in de rechtspleging voor de Raad van State.

Bijgevolg lijken er *prima facie* geen redenen voorhanden te zijn om het verzoek van de derde verwerende partij om buiten de zaak te worden gesteld, in te willigen.

VII. Regelmatigheid van de rechtspleging

8. De verzoekende partij dient op 27 september 2024 nog een “aanvullende nota” in bij het verzoekschrift.

De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota als een processtuk neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de beoordeling van de middelen, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre de aanvullende nota een reactie vormt op dergelijke nieuwe feiten, kan ze bij de zaak worden betrokken. In zoverre de aanvullende nota geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van het pleidooi ter zitting van

de verzoekende partij, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

VIII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

9. 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: de wet van 17 juni 2013), 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.

IX. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

10. Het eerste middel is genomen uit de schending van de artikelen 2, § 2, en 6, van de wet van 20 februari 1939 ‘op de bescherming van de titel en van het beroep van architect’ (hierna: de wet van 20 februari 1939), de artikelen 4, 10 en 11, van het reglement van beroepsplichten, bijlage bij het koninklijk besluit van 16 november 2022 ‘tot goedkeuring van het door de nationale raad van de orde van architecten vastgestelde reglement van beroepsplichten’ (hierna: het koninklijk besluit van 16 november 2022), artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017) en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In het verzoekschrift wordt het eerste middel als volgt samengevat:

“Met de bestreden beslissing verklaren verwerende partijen de offerte van inschrijver ‘[bv M. Architecten & Ontwerpers]’ ten onrechte regelmatig en gunnen zij, vervolgens, ten onrechte de opdracht voor het ontwerp en de bouw van een nieuwe cultuur- en theaterzaal te Ruiselede aan diezelfde inschrijver omdat deze de economisch meest voordelige offerte zou hebben ingediend.

De offerte van de begunstigde van de opdracht gaat uit van één rechtspersoon, met name een tijdelijke maatschap, bestaande uit 2 aannemingsbedrijven ([F.] en [W.]) én een architectenbureau ([bv M.] Architecten & Ontwerpers).

Ten eerste is vast te stellen dat een samenwerking van één of meerdere aannemers en een architect binnen een tijdelijke maatschap, onwettig is.

Ten tweede is het bestaan van een samenwerking van architecten en aannemers in een rechtstreekse contractuele verhouding tussen de gemeente Ruiselede en de combinatie van aannemers én architect, gecombineerd met de concrete contractuele bepalingen van de opdrachtdocumenten voor deze Opdracht en het van toepassing verklaarde Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (hierna KB Uitvoering) die aan zo’n rechtstreekse contractuele verhouding niet aangepast is, onwettig. Dit geldt zelfs indien Uw Raad zou besluiten dat het bestaan van een maatschap tussen aannemers en een architect niet de in het middel aangehaalde bepalingen schendt. Het contractueel luik voor deze Opdracht maakt immers geen of nauwelijks onderscheid tussen de ontwerpers en de aannemers op een wijze die die onverenigbaarheidsvoorwaarde en onafhankelijkheidseis vrijwaren.

Het gevolg van die dubbele vaststelling is dat de [bv M. Architecten & Ontwerpers] de onafhankelijkheid- en onverenigbaarheidseisen van de architecten niet kan eerbiedigen via een tijdelijke maatschap die bestaat uit aannemers en architecten, minstens niet binnen het contractueel kader dat op deze opdracht van toepassing is. Anders geformuleerd lieten minstens al de opdrachtdocumenten niet toe dat aannemers en architecten via een maatschap zouden inschrijven, nog daargelaten de vraag of zulks überhaupt mogelijk is tussen een aannemer en een architect (quod non).

Door aan die vaststellingen geen aandacht te besteden en een offerte van een onwettig samengestelde inschrijver toch regelmatig te verklaren, schendt de bestreden beslissing de in het eerste middel aangehaalde bepalingen en beginselen in verband met de onverenigbaarheid van het beroep van architect met dat van aannemer en het beginsel van de onafhankelijkheid van de architect.

Het gevolg hiervan is dat er slechts één geldige regelmatige inschrijver voor de Opdracht is, dit is verzoekende partij.”

Beoordeling

11. Luidens artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 onderzoekt de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes.

Overeenkomstig artikel 2, § 2, van de wet van 20 februari 1939 mag een rechtspersoon die over rechtspersoonlijkheid beschikt, het beroep van architect uitoefenen indien hij beantwoordt aan de in de voormelde bepaling opgesomde voorwaarden.

Artikel 6 van diezelfde wet bepaalt dat het uitoefenen van het beroep van architect onverenigbaar is met dat van aannemer van openbare of private werken.

Artikel 4, tweede lid, van het Reglement van Beroepsplichten, bijlage bij het koninklijk besluit van 16 november 2022, bepaalt voorts dat, ongeacht zijn statuut, de architect de nodige onafhankelijkheid moet hebben om zijn beroep uit te oefenen overeenkomstig de opdracht die van openbare orde is en de regels van de plichtenleer, om aldus de verantwoordelijkheid op te nemen voor de daden die hij stelt.

12. In zoverre het eerste middel steunt op het uitgangspunt dat “[d]e offerte van de begunstigde van de opdracht [uitgaat] van één rechtspersoon, met name een tijdelijke maatschap, bestaande uit 2 aannemingsbedrijven ([F.] en [W.]) én een architectenbureau ([M.] Architecten & Ontwerpers)”, mist het feitelijke en juridische grondslag.

Op het eerste gezicht lijkt de vermelding in het gunningsverslag van “[bv M.] Architecten & Ontwerpers” voor een dubbele interpretatie vatbaar, in de zin dat deze zowel betrekking kan hebben op de inschrijving door een tijdelijke maatschap als op een inschrijving door een combinatie van ondernemingen in de zin van artikel 8, § 2, van de wet van 17 juni 2016. Niettemin doet zowel de aanvraag tot deelneming als de offerte van de tussenkomende partijen er duidelijk van blijken dat zij hebben ingeschreven als een combinatie van ondernemingen bestaande uit, enerzijds, een tijdelijke maatschap van twee aannemers en,

anderzijds, een architect. In de aanvraag tot deelneming wordt daarbij zelfs uitdrukkelijk gesteld dat de aanvraag tot deelneming wordt ingediend “in een combinatie zonder rechtsvorm conform de geldende wetgeving inzake de onafhankelijkheid tussen aannemer en architect”.

Het middel mist daarnaast ook juridische grondslag waar verwezen wordt naar “één rechtspersoon, met name een tijdelijke maatschap” nu een maatschap, krachtens artikel 1: 5, § 1, van het wetboek van 23 maart 2019 van Vennootschappen en Verenigingen (hierna: het WVV) een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid is.

13. Uit de toelichting van het middel in het verzoekschrift kan worden begrepen dat de verzoekende partij daarnaast ook opwerpt dat de samenstelling van de gekozen inschrijver in de vorm van een combinatie tussen eensdeels aannemers en anderdeels een architect onwettig is, minstens dat de deelname van een combinatie tussen aannemers en een architect in het licht van de concrete bepalingen van de opdrachtdocumenten onwettig is omdat die contractuele bepalingen onvoldoende garanties zouden bevatten die de onafhankelijkheid van de architect garanderen.

In dat verband wordt in de eerste plaats verwezen naar artikel 44, § 1, tweede en derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 naar luid waarvan de deelnemers aan een combinatie van ondernemers hoofdelijk aansprakelijk zijn, maar deze hoofdelijke aansprakelijkheid niet van toepassing is op een architect die behoort tot een combinatie waarin eveneens een aannemer aanwezig is.

Artikel 30, tweede lid, van het Reglement van Beroepsplichten, bijlage bij het koninklijk besluit van 16 november 2022, bepaalt:

“De deelneming van de architect aan een wedstrijd-offertevraag, die tegelijkertijd het opmaken van een ontwerp en de uitvoering ervan omvat, is enkel toegelaten wanneer de voorwaarden of beschikkingen van deze opdracht in niets afwijken van de wetten en reglementen die het beroep van architect beheersen, onder meer betreffende de onafhankelijkheid

overeenstemmend met de specifieke aard en het einddoel van de architectenopdracht.”

In het licht van deze bepalingen lijkt de deelname van een combinatie tussen aannemers en een architect aan een *design en build* opdracht op het eerste gezicht niet op algemene wijze te worden uitgesloten.

14. De verzoekende partij doet voorts gelden dat het contractuele luik van de opdrachtdocumenten een combinatie van een ontwerper en aannemers niet toelaat “aangezien er nergens aandacht aan die twee verschillende functies wordt besteed met het oog op het bewaren van de onafhankelijkheid van de architect en het vermijden van de vereniging van aannemer en architect”. Het enkelvoudig gebruik van de begrippen “opdrachtnemer” en “projectpartner”, net als de bepalingen met betrekking tot verzekeringen, borgtocht en betalingen zouden dit aantonen.

Deze grief wordt niet bijgevalen om de volgende redenen.

In de eerste plaats lijkt de verzoekende partij met deze argumentatie uit het oog te verliezen dat deel 2 ‘Algemene Uitvoeringsregels’ waarnaar zij verwijst, moet worden gelezen in samenhang met de overige onderdelen van de opdrachtdocumenten, niet in het minst met deel 1 ‘Algemene en Administratieve bepalingen’ van de gunningsleidraad. Dit deel 1 vermeldt onder punt 10.1 ‘Opmaak offerte’ niet alleen de mogelijkheid van indiening van een offerte door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid, maar brengt daarbij ook uitdrukkelijk voormeld artikel 44, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 in herinnering. Inzake prijsopgave maken de algemene en administratieve bepalingen van de opdracht ook een duidelijk onderscheid tussen de taken van de ontwerper-architect en van de aannemer.

Ook deel 3 ‘Technische bepalingen’ van de gunningsleidraad maakt, wat de onderdelen van de opdracht betreft, een onderscheid tussen het ontwerp van de cultuur- en theaterzaal enerzijds en de realisatie van de werken anderzijds. Daarbij wordt met betrekking tot het onderdeel ‘ontwerp’ de wet van 20 februari 1939, de uitvoeringsbesluiten en de deontologische norm nr. 2 met

inbegrip van het toezicht, uitdrukkelijk van toepassing verklaard. Tevens worden de inschrijvers gevraagd om reeds in de offertefase een organigram toe te voegen met de structuur en rolverdeling van de betrokken personen/profielen bij het uitvoeren van de opdracht, zowel van de ontwerpers en de studiebureaus als van aannemer.

De begrippen “opdrachtnemer” en “projectpartner” lijken op het eerste gezicht dan ook te moeten worden begrepen in het licht van het geheel van de opdrachtdocumenten en de deelname van een combinatie van een aannemer en een ontwerper niet uit te sluiten.

De Raad van State stelt in dit verband ook vast dat vier van de vijf kandidaten de selectieleidraad in dezelfde zin hebben begrepen aangezien zij zich kandidaat hebben gesteld onder de vorm van een combinatie.

Overigens lijkt ook deel 2 ‘Algemene Uitvoeringsregels’ van de gunningsleidraad op zich wel degelijk aandacht te hebben voor de twee verschillende functies van ontwerper en aannemer. Zoals de verzoekende partij zelf erkent, wordt een opdeling gemaakt tussen de borgtocht studie en een borgtocht verwezenlijking en wordt erin voorzien dat de studie- en ontwerpopdracht afzonderlijk wordt vergoed.

Conclusie is dat de verzoekende partij op het eerste gezicht in deze fase van het geding evenmin aannemelijk maakt dat de opdrachtdocumenten van aard zijn om, in geval van inschrijving door een combinatie van een aannemer en een architect, de onafhankelijkheid- en onverenigbaarheidseisen van de architecten in het gedrang te brengen.

15. Wat de aangevoerde schending van de overige geschonden geachte bepalingen en beginselen betreft, wordt er geen specifieke argumentatie opgebouwd, zodat deze grieven geacht moet worden ofwel samen te vallen met wat hiervóór al is besproken, ofwel niet ontvankelijk te zijn.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. Het tweede middel is genomen uit de schending van artikel 81, § 1, en 3, van de wet van 17 juni 2016, het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de voormelde wet en het daaruit voortvloeiend transparantiebeginsel, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

In het verzoekschrift wordt het tweede middel als volgt samengevat:

“Het tweede middel komt er, samengevat, op neer dat de manier waarop verwerende partijen het eerste gunningscriterium beoordeeld hebben:

- (i) Niet in lijn ligt met wat in de opdrachtdocumenten was aangekondigd,
- (ii) Gelet op het onvoorspelbaar karakter van de gehanteerde beoordelingswijze voor de inschrijvers wel degelijk aangekondigd had moeten worden; en, tot slot,
- (iii) Verwerende partijen in staat stelt om arbitrair te werk te gaan en haar een onbegrensde keuzevrijheid biedt.

In het kader van het eerste gunningscriterium ‘functionele, ruimtelijke en technische waarde van het ontwerp, inclusief ecologische waarde’ zoals omschreven in de Gunningsleidraad (...) zou er met het eerste gunningscriterium gepeild worden naar onder meer de kwaliteit van het ontwerp en de visievorming op vlak van het programma van doelstellingen aan de hand van een beschrijvende nota waarin de visie op het project wordt verduidelijkt en ‘waarin wordt aangetoond op welke wijze invulling wordt gegeven aan het programma van doelstellingen...’.

Ter toelichting van de gemaakte beoordeling van het eerste gunningscriterium geven verwerende partijen in het gunningsverslag aan dat de offertes onder meer werden beoordeeld op basis van de vooropgestelde doelstellingen maar dat ‘het louter respecteren van doelstellingen’ niet in een meerwaarde resulteert. Deze aspecten worden, aldus verwerende partij, dan ook niet altijd weergegeven. Enkel de elementen die de respectievelijke doelstellingen niet behalen, hetzij opmerkelijk verbeteren, alsook bijkomende elementen, die (relatief gezien) een opvallende min- of meerwaarde vormen, worden behandeld in de beoordeling van het eerste gunningscriterium (cf. inleidende bepaling van bijlage 2 bij het gunningsverslag).

Verzoekende partij stelt evenwel vast dat verwerende partijen systematisch onderdelen van de offertes met elkaar vergelijken en andere onderdelen dan weer niet in beschouwing nemen terwijl zulks niet in de

opdrachtdocumenten was aangekondigd. Welke die onderdelen zouden zijn, was op voorhand voor verzoekende partij niet gekend (en wijkt overigens af van de eerste, stopgezette plaatsingsprocedure).

Verder stelt verzoekende partij voor het eerst in het gunningsverslag vast dat positieve elementen en negatieve kwalitatieve elementen aan de hand van de volgende puntenschaal werden begroot: -2,5 / -1,25 / 0 / +1,25 / +2,5 punten. Ook die puntenspreiding voor positieve of negatieve elementen was niet gekend, hoewel die puntenspreiding wel degelijk relevant is voor een inschrijver om te kunnen inschatten hoezeer hij zich met positieve elementen in zijn offerte (of het vermijden van negatieve elementen) van zijn concurrenten kan onderscheiden en dit de impact op de prijs indachtig zijnde. Tot slot stelt verzoekende partij ook vast, dat de verwerende partijen afwijken van de vooropgestelde beoordelingsmethode, door voor het ontbreken van zgn. 'nice to haves' punten af te trekken -en dus penalisieren-, in plaats van gewoon geen bijkomende meerwaarde toe te kennen -en dus niet te belonen.

Deze factoren afzonderlijk - en zeker de combinatie ervan - maakt dat de beoordeling van de offertes aan de hand van het eerste gunningscriterium strijdt met de in het tweede middel aangehaalde beginselen en wetsbepalingen."

Beoordeling

18. De verwerende partijen werpen een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit een gebrek aan belang. Zij betogen dat de diverse door de verzoekende partij ingeroepen factoren die aan de basis liggen van haar kritiek geenszins van aard zijn om haar nadeel te berokkenen, laat staan enige impact hebben op de rangschikking.

Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partijen aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

19. De verwerende partijen werpen voorts op dat de verzoekende partij een ruim en vaag middel formuleert dat de noodzakelijke precisie ontbreekt, zodat het slechts noopt tot verweer op de drie door de verzoekende partij specifiek ingeroepen kritieken.

Gelet op de door de verwerende partijen opgeworpen onduidelijkheid van het middel, die de Raad van State bijtreedt, wordt hierna de essentie van het middel beoordeeld, zoals dat door de verwerende partijen redelijkerwijze moest worden begrepen. Het meerdere en het overige is niet ontvankelijk wegens *obscuri libelli*.

20. Het tweede middel heeft betrekking op de beoordeling van het eerste gunningscriterium “functionele, ruimtelijke en technische waarde van het ontwerp, inclusief ecologische waarde”, dat is onderverdeeld in drie subcriteria.

De offerte van de verzoekende partij haalt op dit gunningscriterium een score van 36,76 en die van de gekozen inschrijver een score van 39,51.

21. Bij de beoordeling van de offertes dient een aanbestedende overheid elke offerte te vergelijken met elk van de andere offertes en tot een rangschikking van de offertes te komen, rekening houdende met de voor- en nadelen van elke offerte ten opzichte van en in verhouding tot elk van de andere offertes. De aanbestedende overheid beschikt daarbij over een bepaalde beoordelingsruimte. Bij de toetsing van de offertes dient niet alles op voorhand te worden vastgelegd in rigide schema's, bindende parameters en vooraf vastgestelde bepaalde vermeerderingen en verminderingen in quotering.

22. Te dezen luidt de beoordelingsmethodiek voor het eerste gunningscriterium zoals vooraf aangekondigd in de gunningsleidraad, als volgt: “Voor het beoordelen van de subcriteria wordt uitgegaan van een globale startscore (60/100). Hierbij worden opvallende positieve of negatieve elementen in aanmerking genomen. De aldus bekomen quotatie wordt tenslotte gepondereerd naar respectievelijk 30% of 10% van de totaalscore.”

Deel 3 ‘Technische bepalingen’ van de gunningsleidraad maakt een onderscheid tussen verplicht te realiseren minimale eisen, zo optimaal mogelijk te realiseren doelstellingen en *nice to have*s (doelstellingen met lage prioriteit), die “eventuele leuke extraatjes” zijn. Daarbij wordt in de technische bepalingen ook verduidelijkt dat “afwijkingen ten opzichte van de geformuleerde

doelstellingen (...) in het licht van de gestelde gunningscriteria (kunnen) worden beoordeeld”.

Het gunningsverslag bevat in bijlage 2 de motieven van de beoordeling van het eerste gunningscriterium, waarbij in een inleidende bepaling wordt gesteld: “De offertes werden beoordeeld o.a. op basis van de vooropgestelde doelstellingen. Het louter respecteren van doelstellingen resulteert niet in een meerwaarde, deze aspecten worden dan ook niet altijd weergegeven. De elementen die de respectievelijke doelstellingen niet behalen, hetzij opmerkelijk verbeteren, alsook bijkomende elementen, die (relatief gezien) een opvallende min- of meerwaarde vormen, worden hieronder behandeld.”

23. In een eerste grief doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partijen afwijken van hun eigen beoordelingsmethode door het ontbreken van bepaalde *nice to have*s negatief te beoordelen. Deze *nice to have*s waren in de opdrachtdocumenten uitdrukkelijk als een “leuk extraatje” aangekondigd, zodat een inschrijver volgens haar mocht verwachten dat er enkel een meerwaarde mee te verdienen was, maar geen puntenaftrek zou worden toegepast.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, zijn de *nice to have*s in de gunningsleidraad niet alleen uitdrukkelijk aangekondigd als “leuk extraatje” maar ook als een doelstelling, zij het een doelstelling met lage prioriteit. Het toekennen van een puntenaftrek voor het ontbreken ervan kan op het eerste gezicht dan ook wel degelijk worden ingepast in de omschrijving door de gunningsleidraad dat “afwijkingen ten opzichte van de geformuleerde doelstellingen (...) in het licht van de gestelde gunningscriteria (kunnen) worden beoordeeld”. Het niet aanbieden van een *nice to have* kan op het eerste gezicht immers gelden als een “afwijking”.

Daarnaast blijken de verwerende partijen het verwerken van talrijke *nice to have*s in het gunningsverslag beoordeeld te hebben als een opvallend positief element waarvoor aan beide inschrijvers een meerwaarde van 2,5 punten werd toegekend. In zoverre de verzoekende partij in haar verzoekschrift en ter terechtzitting betoogt dat een positieve bijstelling van de scores voor de in haar offerte verwerkte *nice to have*s zich opdringt, lijkt zij geen belang te hebben

bij deze kritiek nu het aantal in de offerte verwerkte *nice to have's* in hoofde van de verzoekende partij op het eerste gezicht lager ligt dan bij de gekozen inschrijver.

24. In een tweede grief betoogt de verzoekende partij dat pas uit de bestreden beslissing blijkt dat positieve of negatieve elementen aanleiding geven tot een vermeerdering of vermindering van 0, 1,25 of 2,5 punten van de startscore. De verwerende partijen hebben geen inzage in de door hen gebruikte puntensleutel verschaft, wat volgens de verzoekende partij een impact heeft op de voorbereiding en beoordeling van de offertes.

Uit de omschrijving van de beoordelingsmethodiek in de gunningsleidraad blijkt dat bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium, dat kwalitatief van aard is, aan de inschrijvers een globale startscore van 60/100 zou worden toegekend waarna, vervolgens, opvallende positieve of negatieve elementen in aanmerking worden genomen. Een dergelijke methode lijkt op het eerste gezicht zo te mogen worden begrepen dat aan alle offertes een gelijk aantal punten, dit is de startscore, wordt gegeven, waarvan dan vervolgens punten worden afgetrokken voor opvallend negatieve elementen en waarbij punten worden bijgeteld voor opvallend positieve elementen.

Te dezen blijken de in het gunningsverslag vastgestelde opvallend negatieve en positieve elementen te hebben geleid tot een bijstelling van de globale startscore van 60/100 met een aftrek van 2,5 punten voor de opvallende minwaarden en een vermeerdering van 2,5 punten voor de opvallende meerwaarden. Wanneer het een opvallend negatief of positief element van beperkt belang betreft, heeft dit geleid tot respectievelijk een aftrek of vermeerdering van 1,25 punten. Deze werkwijze lijkt binnen de omschrijving te vallen van de in de gunningsleidraad aangekondigde beoordelingsmethodiek. De verzoekende partij toont voorts niet aan dat de keuze voor deze welbepaalde puntenspreiding nader diende te worden toegelicht in de gunningsleidraad, alleen al omdat deze keuze een logische invulling lijkt van wat in de gunningsleidraad is aangekondigd. Een normaal zorgvuldig handelende inschrijver lijkt zich op het eerste gezicht te hebben kunnen verwachten aan een evaluatie waarbij opvallend negatieve en positieve elementen leiden tot een bijstelling van de globale startscore volgens een welbepaalde puntenspreiding. Op het eerste gezicht lijken de inschrijvers dan ook

niet verschalkt te zijn geweest door de evaluatie zoals die *in concreto* heeft plaatsgevonden.

25. In een derde grief doet de verzoekende partij gelden dat de offertes onder het eerste gunningscriterium op een zeer gestructureerde, doelmatige wijze werden beoordeeld, hoewel er in de opdrachtdocumenten geen subcriteria of beoordelingselementen voorzien waren. Uit het gunningsverslag blijkt volgens de verzoekende partij dat de verwerende partijen geen globale beoordeling hebben gemaakt, maar bepaalde onderdelen per subsubcriterium hebben geselecteerd, waarop zij de offertes hebben beoordeeld. Die onderdelen waren op voorhand door de inschrijvers niet gekend. Waarom bepaalde onderdelen van de offerte beoordeeld werden, maar andere niet, is volgens de verzoekende partij onduidelijk en laat volgens haar “ruimte voor sturing in de beoordeling van de offertes”.

Ook met betrekking tot de derde grief van de verzoekende partij wordt in herinnering gebracht dat uit de omschrijving van de beoordelingsmethodiek in de gunningsleidraad blijkt dat bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium aan de inschrijvers een globale startscore van 60/100 zou worden toegekend waarna, vervolgens, opvallende positieve of negatieve elementen in aanmerking worden genomen.

Hieruit vloeit logischerwijze voort dat bij de weergave van de toetsing van de offertes in het gunningsverslag niet steeds hoeft te worden ingegaan op die elementen waaraan de aanbestedende overheid geen bijzondere waardering in plus of min toekent.

Uit het gebrek aan vermelding van bepaalde elementen in bijlage 2 bij het gunningsverslag kan op het eerste gezicht dan ook niet worden afgeleid dat deze niet mee voorwerp van vergelijking en beoordeling zijn geweest of nog, dat de verwerende partijen de door de gunningsleidraad vooropgestelde globale beoordeling zouden hebben verlaten.

Evenmin wordt de verzoekende partij bijgevalen waar zij meent dat de weergegeven elementen vrij geselecteerd zijn door de aanbestedende

overheid en niet terug te brengen zijn tot de omschrijving van het betrokken gunningscriterium.

Uit de aan de inschrijvers meegedeelde lijst van vragen en antwoorden bij de gunningsleidraad blijkt dat de verwerende partij, naar aanleiding van een vraag van een inschrijver inzake de in de gunningsleidraad aangekondigde puntentelling en verdeling, onder meer het volgende heeft verduidelijkt: “Daar de in aanmerking te nemen opvallende positieve of negatieve elementen niet enkel afhangen van de vooraf geformuleerde doelstellingen en *nice to have*s, maar ook van de voor- en nadelen van een bepaalde offerte ten opzichte van de andere offertes (en aldus een relatief karakter hebben), kunnen deze pas na de ontvangst van de offertes, en meer specifiek na de vergelijking van de offertes onderling, opgemerkt en beoordeeld worden, conform de opgegeven beoordelingsmethodiek.” Dat de besproken elementen in het gunningsverslag visueel volgens een “vast stramien” worden voorgesteld en een relatief karakter vertonen, lijkt dan ook in die zin te moeten worden begrepen en getuigt op het eerste gezicht niet van het hanteren van een ander, niet vooraf kenbaar gemaakt beoordelingskader.

Voorts lijkt niet nuttig te kunnen worden verwezen naar het gegeven dat andere elementen zouden zijn beoordeeld dan tijdens de eerste plaatsingsprocedure, nu de eerste plaatsingsprocedure werd stopgezet, een nieuwe overheidsopdracht werd uitgeschreven op basis van een aangepaste gunningsleidraad en ook nieuwe offertes werden ingediend.

Om alle genoemde redenen maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de verwerende partijen zich bij de eigenlijke beoordeling niet zouden hebben gedragen naar de door de gunningsleidraad vooropgestelde globale beoordeling.

In het licht van het voorgaande wordt de verzoekende partij op het eerste gezicht evenmin bijgevalen in haar betoog dat de verwerende partijen zich een onbeperkte keuzevrijheid hebben toegeëigend. Ook een globale beoordeling blijft immers onderworpen aan de in het middel aangehaalde

bepalingen en beginselen, waarvan te dezen op het eerste gezicht evenwel niet blijkt dat zij door de verwerende partijen zouden zijn miskend.

26. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

27. Het derde middel is genomen uit de schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 en het daaruit voortvloeiend gelijkheids- en transparantiebeginsel, artikel 81 van diezelfde wet, de formele- en materiële motiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991), het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

In het verzoekschrift wordt het derde middel als volgt samengevat:

“Verschillende opmerkingen en/of puntentoekenningen in de beoordeling van [de] Bestreden Beslissing op de kwalitatieve gunningscriteria 1 en 3 berusten niet op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Voorts merkt de verzoekende partij op dat [de] Bestreden Beslissing geen rekening houdt met elementen van haar offerte die kennelijk een opvallende meerwaarde vormen maar niet in rekening zijn gebracht door verwerende partijen.

Nochtans vereist het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat verwerende partijen alle feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk vergaren en controleert, zodat zij met kennis van zaken kunnen beslissen. De materiële motiveringsplicht in hoofde van verwerende partijen vereist bovendien dat bestreden beslissing moet gedragen worden door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn.

Een correcte beoordeling van de offerte van verzoekende partij zou tot de hoogste score hebben geleid, waardoor de Opdracht aan haar moest gegund worden. Verzoekende partij heeft een belang bij het middel.”

In de toelichting bij het middel worden de concrete, punctuele opmerkingen en/of puntentoekenningen waarvan de juistheid door de verzoekende partij wordt betwist, weergegeven in een tabel. Die tabel bevat volgens de verzoekende partij de beoordeling uit het gunningsverslag (eerste kolom), samen met de vermelding van op wiens offerte de opmerking betrekking had (tweede kolom), een repliek vanwege de verzoekende partij (derde kolom) en de puntenwaarde die volgens de verzoekende partij als gevolg van een juiste beoordeling had moeten worden toegekend (vierde kolom).

Daarnaast merkt de verzoekende partij in de toelichting bij het middel op dat de beoordeling in de bestreden beslissing geen rekening houdt met elementen van haar offerte die kennelijk een opvallende meerwaarde vormen maar die niet in rekening zijn gebracht door de verwerende partijen. Het gaat daarbij volgens haar in het bijzonder om de hoogte van de theaterzaal, de achter- en twee zijtonelen van de theaterzaal, de bezetting van de theaterzaal, de verlichting van de theaterzaal en de bezetting van de polyvalente zaal.

Beoordeling

28. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

Krachtens het geschonden geachte artikel 81, § 1, van diezelfde wet gunt de aanbestedende overheid de opdracht aan de economisch meest voordelige offerte. Overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, van deze wet wordt de economisch meest voordelige offerte uit het oogpunt van de aanbestedende overheid vastgesteld “rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht. [...]”.

De formelemotiveringsplicht vereist dat de niet-gekozen inschrijver op grond van de motivering in het gunningsverslag waarop de gunningsbeslissing steunt, afdoende te weten komt waarom de aanbestedende

overheid, in het licht van de gunningscriteria, de voorkeur geeft aan deze of gene offerte.

De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een beoordelingsruimte. Het is in de eerste plaats de aanbestedende overheid die bepaalt wat zij als sterke en zwakke punten in de offertes beschouwt en die daaraan dienovereenkomstig punten toekent. De Raad van State is niet bevoegd om de beoordeling van de offertes over te doen en zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van de overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht vermag hij desgevraagd wel na te gaan of deze beoordeling rust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur daarbij niet onzorgvuldig heeft gehandeld.

29. In het derde middel betwist de verzoekende partij de beoordeling van het eerste gunningscriterium waarvoor de offerte van de verzoekende partij een score behaalt van 36,76 tegenover een score van 39,51 voor de offerte van de gekozen inschrijver, evenals de beoordeling van het derde gunningscriterium waarvoor aan beide inschrijvers een gelijke puntenscore van 6,53 wordt toegekend.

30. In de uiteenzetting van haar middel uit de verzoekende partij vooreerst punctuele kritiek op de beoordeling van het eerste en derde gunningscriterium aan de hand van een door haar opgestelde tabel. Deze kritiek kan niet worden bijgevalen om de volgende redenen.

In de eerste plaats wordt vastgesteld dat de eerste kolom van de door de verzoekende partij opgestelde tabel een dertiental overwegingen bevat die zij zelf uit de integrale beoordeling van haar offerte en de offerte van de gekozen inschrijver heeft geselecteerd en waarbij ze ervan uitgaat dat die voor haar nadelig zijn. Daarbij valt op te merken dat de verzoekende partij niet zelden uit hun context gehaalde onderdelen van de motivering selectief citeert en bekritiseert. Dergelijke kritiek kan niet worden aangenomen aangezien het immers de motivering van de toetsing van de offertes in haar geheel genomen is die afdoende moet zijn. In dit verband lijkt in het bijzonder gewezen te kunnen worden op de punten 1, 2, 3, 5, 9 en 10 van de door de verzoekende partij in haar verzoekschrift weergegeven tabel.

In zoverre de verzoekende partij onder de punten 6 en deels ook punt 2 van de in het verzoekschrift weergegeven tabel nogmaals de puntenaftrek voor het niet verwerken van *nice to have's* bekritiseert, evenals het niet belonen van het verwerken van dergelijke *nice to have's* wordt zij niet bijgevalen. Het volstaat hiervoor te verwijzen naar de beoordeling van het tweede middel.

Wat de onder de punten 3, 4, 7 en 10 van de door de verzoekende partij in haar verzoekschrift weergegeven tabel betreft, lijkt de verzoekende partij in wezen haar eigen inzichten in de plaats te stellen van de aanbestedende overheid. Het feit dat een inschrijver het oneens is met de beoordeling door de aanbestedende overheid, toont evenwel niet als dusdanig de onwettig ervan aan.

31. Wat de onder de punten 8, 11 en 13 van de door de verzoekende partij in haar verzoekschrift weergegeven tabel betreft, lijkt de argumentatie van verzoekende partij feitelijke grondslag te missen, dan wel geen steun te vinden in de finale offerte.

In zoverre de verzoekende partij onder punt 8 betoogt dat zij eveneens comfortkoeling zou hebben voorzien in alle lokalen met bezetting dient op het eerste gezicht immers te worden vastgesteld dat waar de offerte van de gekozen inschrijver uitdrukkelijk spreekt van comfortkoeling in onder meer theaterzaal, café, polyvalente zaal en foyer, uit de lokaalfiches gevoegd bij de offerte van de verzoekende partij, wat de polyvalente zaal, de foyer en het café betreft, koeling niet is voorzien (vermelding nv = niet voorzien).

In zoverre de verzoekende partij onder punt 11 kritiek uit op het feit dat uitsluitend aan de offerte van de gekozen inschrijver 2,5 punten werden toegekend omdat een projectleider nazorg wordt aangesteld, toont zij op het eerste gezicht niet aan dat uit haar offerte blijkt dat de door haar aangestelde bouwteamcoördinator eveneens beschikbaar is om na de voorlopige oplevering te zorgen voor de nodige persoonlijke nazorg.

In zoverre de verzoekende partij onder punt 13 betoogt dat aan haar offerte eveneens een score van 2,5 zou moeten worden toegekend, toont zij op het eerste gezicht niet aan dat er in haar offerte, net zoals in de nota vergunbaarheid

in de offerte van de gekozen inschrijver , sprake zou zijn van een advies bij de Provincie West-Vlaanderen.

32. Wat het twaalfde punt van kritiek betreft in verband met de planning bij de beoordeling van het derde gunningscriterium, volstaat het vast te stellen dat deze kritiek, gelet op het niet ernstig bevinden van de overige kritieken, er niet toe kan leiden dat het verschil in score tussen de beide inschrijvers kan worden overbrugd, zodat de verzoekende partij geen belang lijkt te hebben bij deze kritiek.

33. Daarnaast doet de verzoekende partij in het derde middel ook gelden dat de beoordeling in de bestreden beslissing geen rekening houdt met elementen van haar offerte die volgens haar kennelijk een opvallende meerwaarde vormen maar die niet in rekening zijn gebracht door de verwerende partijen.

In zoverre de verzoekende partij daarbij opwerpt dat bepaalde aspecten inzake de hoogte van de theaterzaal, de achter- en twee zijtonelen van de theaterzaal, de bezetting van de theaterzaal, de verlichting van de theaterzaal en de bezetting van de polyvalente zaal uit haar offerte als opvallend positief hadden moeten worden beschouwd, lijkt zij opnieuw slechts haar eigen inzichten in de plaats te stellen van de beoordeling van de aanbestedende overheid.

Voorts wordt in herinnering gebracht dat de door de gunningsleidraad vooropgestelde beoordelingsmethodiek toelaat dat niet uitdrukkelijk wordt ingegaan op die elementen waarbij een inschrijver zich naar het oordeel van de aanbestedende overheid niet in opvallend positieve of negatieve zin onderscheidt. Het feit dat niet uitdrukkelijk wordt ingegaan op die elementen, lijkt dan ook niet in te houden dat zij niet in de beoordeling zijn meegenomen.

34. Het derde middel kan in zijn geheel niet worden aangenomen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

35. Het vierde middel is genomen uit de onbevoegdheid van de steller van de bestreden beslissing.

De verzoekende partij wijst erop dat de precieze relaties tussen de drie verwerende partijen in het kader van onderhavige opdracht hoogst onduidelijk zijn.

Er lijkt volgens haar geen grond te bestaan op basis waarvan de tweede verwerende partij geldig de bestreden beslissing zou hebben kunnen nemen en ondertekenen. Zij wijst erop dat de eerste verwerende partij te dezen is opgetreden als aankoopcentrale, waarbij in de opdrachtdocumenten wordt gepreciseerd dat het gaat om een aankoopcentrale in de zin van artikel 2, 7°, b), van de wet van 17 juni 2016. Aldus komt het volgens de verzoekende partij aan de eerste verwerende partij toe om de opdracht te “plaatsen”, en aan de derde verwerende partij om, na de sluiting van de overeenkomst, de uitvoeringsaspecten ervan te beheren. Volgens artikel 2, 37°, van de wet van 17 juni 2016 omvat de “plaatsing” een aantal aspecten waaronder, in voorkomend geval, de “gunning”. Hieruit volgt volgens de verzoekende partij dat enkel de eerste verwerende partij, bevoegd is om de bestreden beslissing te nemen. Uit het verloop van de voorliggende procedure blijkt volgens haar ook dat de eerste verwerende partij steeds in de procedure is opgetreden, met uitzondering van de finale gunningsbeslissing. De verzoekende partij besluit dat de bestreden beslissing dan ook door een onbevoegde entiteit is genomen in zoverre dat dit door de raad van bestuur van de tweede verwerende partij zou zijn gebeurd.

Beoordeling

36. De bestreden gunningsbeslissing van 22 augustus 2024 blijkt te zijn genomen door de raad van bestuur van de tweede verwerende partij. Aldus dient te worden nagegaan of de tweede verwerende partij bevoegd is voor het nemen van de gunningsbeslissing met betrekking tot onderhavige opdracht.

37. Luidens de gunningsleidraad wordt de opdracht uitgeschreven door de eerste verwerende partij en treedt zij hierbij op als aankoopcentrale.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt evenwel ook dat de raad van bestuur van de eerste verwerende partij op 28 september 2023 heeft beslist om “Creat Services dv (voormalig TMVS dv) te mandateren om, in naam van Farys ov, formele beslissingen te nemen in het kader van plaatsingsprocedures voor maatwerkdossiers, waarvoor Farys ov optreedt als aankoopcentrale ten behoeve van een deelnemer van Creat Services dv (voormalig TMVS dv), mits ze beschikt over een positief advies van de betrokken deelnemer betreft de te nemen beslissing”. In de bestreden beslissing wordt door de tweede verwerende partij ook uitdrukkelijk verwezen naar dit delegatiebesluit van 28 september 2023 vanwege de eerste verwerende partij.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt voorts dat deze delegatie is verleend tot 31 december 2024, dat zij werd aanvaard door de tweede verwerende partij en werd bekendgemaakt via de Besluitenlijst van de raad van bestuur van de eerste verwerende partij van 28 september 2023.

Tevens blijkt dat de tweede verwerende partij, in overeenstemming met de voormelde delegatie, de te nemen beslissing voorafgaandelijk heeft voorgelegd aan de derde verwerende partij, die op 21 augustus 2024 een positief advies heeft uitgebracht.

38. Deze vaststellingen volstaan op het eerste gezicht om te oordelen dat de raad van bestuur van de tweede verwerende partij bevoegd was om de bestreden beslissing te nemen.

Het vierde middel is niet ernstig.

X. Besluit

39. 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 B. en de nv W., samen vormend een tijdelijke maatschap, en de bv M., Architecten en Ontwerpers, 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 partijen.

De tussenkommende partijen worden, elk voor een derde, verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 450 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op elf oktober tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos