

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 263.500 van 4 juni 2025
in de zaak A. 244.838/XIV-39.803**

In zake: 1. de NV E.
2. de NV S.
3. de BV R.
4. de BV L.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans, Günther L'heureux
en Jorien Van Belle
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE LEOPOLDSBURG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Robin Depoorter
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 mei 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Leopoldsburg van 18 april 2025 waarbij de verzoekende partijen niet worden geselecteerd voor de overheidsopdracht voor werken voor het ontwerp en bouw van een zwembad te Leopoldsburg”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 19 mei 2025 werd, in samenspraak met het aangeduide lid van het auditoraat, de procedurekalender vastgesteld.

De verwerende partij heeft een nota met opmerkingen en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2025 om 15.00 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jorien Van Belle, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Ann-Sofie Custers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 gemeente Leopoldsborg schrijft een overheidsopdracht van werken uit voor het ontwerp en de bouw (*Design and Build*) van een zwembad te Leopoldsborg.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.2. Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven in de selectieleidraad:

“Voorwerp van de opdracht:

De gemeente Leopoldsburch wenst een nieuw zwembad te realiseren, waarvoor een DB-overeenkomst zal worden gesloten met een design-buildteam (hierna: opdrachtnemer).

Het nieuwe zwembad zal o.a. volgende lokalen en/of onderdelen omvatten:

- inkomhal
- 25m-(sport)bad
- kinderbad
- EHBO-post
- Omkleedruimten
- Sanitaire ruimten
- polyvalente ruimte (vergaderingen, lesruimte...) voor max. 25 personen (deelbaar)
- Bureelruimte (2 werkposten)
- Personeelslokalen (o.a. sanitair, refter, kleedruimte, ...)
- Technische lokalen
- Bergingen
- Cafeteria met terras
- Parking

Een meer uitgewerkte omschrijving van de opdracht zal aan bod komen in de gunningsleidraad waarbij het programma nog verder kan worden geoptimaliseerd en gefinetuned.

[...]”.

De opdracht omvat volgens de selectieleidraad een geraamd investeringsbedrag van 9.800.000,00 euro (exclusief BTW en ereloon).

Wat de technische en beroepsbekwaamheid betreft, bepaalt de selectieleidraad de volgende selectiecriteria:

“De kandidaat dient in het kader van de technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen dat hij minstens over volgende competenties/disciplines beschikt:

1) Aanneming: het kunnen en mogen uitvoeren van aanneming van werken in de zin van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers.

2) Ontwerp – deel architectuur: het kunnen en mogen uitvoeren van een volledige studieopdracht (incl. opvolging en controle der werken) als architect in de zin van de wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel van het beroep van architect

Het voorwerp van de opdracht betreft het ontwerp en de bouw van een zwembad. In die optiek dient de aanbestedende overheid minstens een

ontwerpteam (bestaande uit een architect, ingenieur stabiliteit, ingenieur technieken, ingenieur akoestiek, EPB-verslaggever...) en een algemene aannemer aan te stellen.

[...]

De kandidaat voldoet aan volgende minimale selectievoorwaarden

Referenties:

1) Aanneming:

[...]

2) Ontwerp – deel architectuur:

[...]

3) Ontwerp – deel stabiliteit:

[...]

4) Ontwerp – deel technieken:

De kandidaat heeft minstens twee (2) openbare gebouwprojecten, waarvan minimaal één nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad, gerealiseerd welke voorlopig opgeleverd werden maximum vijf jaar voor de in deze procedure vastgestelde uiterste datum van indiening van offertes of in werffase met een minimale netto bouwkost (ruwbouw, afwerking en technische installaties, exclusief omgevingsaanleg, exclusief erelonen, exclusief BTW) van 6.000.000,00 EUR. Ter beoordeling van de kwalitatieve selectie beroept de kandidaat zich op maximum twee (2) referenties;

Uiteraard kan een referentie gelijktijdig bruikbaar zijn voor ontwerp architectuur en/of ontwerp stabiliteit en/of ontwerp technieken.

De aanbestedende overheid zal het voldoen aan de vereiste technische bekwaamheid beoordelen aan de hand van de volgende documenten:

- een informatiefiche (zie model bijlage D) voor elk van de hierboven vermelde projecten dat door de kandidaat aan de aanvraag tot deelneming zal worden toegevoegd. Deze informatiefiches bevat ten minstens de volgende informatie:

o Identificatie van de referentie;

o De (publiek- of privaatrechtelijke) instantie voor wie de opdracht werd uitgevoerd, incl. de contactpersoon bij de opdrachtgever en diens contactgegevens;

o Omschrijving van het project, met aanduiding van welke taken/aspecten ervan door de titularis van de referentie zelf zijn uitgevoerd;

o Omschrijving waarom deze referentie relevant is voor onderhavige opdracht;

o Vermelding eventuele bijlagen ter staving van deze referentie.

- Een attest van goede uitvoering verstrekt door de opdrachtgever voor elk van de hierboven vernoemde mee te delen referenties, ondertekend door en met vermelding van de contactgegevens van de desbetreffende opdrachtgever.

[...]”.

De selectieleidraad voorziet tevens in een beperking van het aantal kandidaten, waarbij bepaald wordt dat de aanbestedende overheid minimum

3, voor zover 3 kandidaten voorhanden zijn die geselecteerd kunnen worden, en maximaal 5 kandidaten zal uitnodigen om een offerte in te dienen.

3.3. Vijf kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in, waaronder de “TM Swimming Leopoldsburg & [L.]”

3.4. Er wordt een selectieverslag opgesteld. Daarin wordt met betrekking tot de kandidaatstelling van de “TM Swimming Leopoldsburg & [L.]” besloten:

“Kandidaat TM Swimming Leopoldsburg + [L.] voldoet niet aan de selectiecriteria. Referentie 1 – ontwerp deel technieken voldoet niet aan de criteria. De referentie van [de bv R.] is geen publiek toegankelijk zwembad.”

De beoordelingsfiche met betrekking tot deze kandidaat zoals gevoegd bij het selectieverslag vermeldt hierover het volgende:

“Referentie 1 - studiebureau technieken :	Niet OK
nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad	☐
tot. netto-bouwkost $\geq$ 6 mio EUR (excl. BTW)	☐
opgeleverd ten laatste 5 jaar (of in werf)	☐
Ref 1 zwembad Aartselaar – [de bv R.] geen deel van bouwteam ([T.] studiebureau)	
Ref 4 Wevelgem Zwemkom – [de bv R.] geen deel van bouwteam ([V.] studiebureau)	
Ref 5 Sportcentrum Wielsbeke – [de bv. R.] geen deel van bouwteam ([T.] studiebureau)	
Ref 6 Bosuil - Geen publiek toegankelijk zwembad	
Voor het deel technieken werd er geen referentie van een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad aangeleverd.	
Referentie 2 - studiebureau technieken :	OK
openbaar bouwproject	x
tot. netto-bouwkost $\geq$ 6 mio EUR (excl. BTW)	x
opgeleverd ten laatste 5 jaar (of in werf)	x”.

Vastgesteld wordt dat de overige vier kandidaten voldoen aan de selectiecriteria. Na toepassing van de procedure van doorselectie, zoals vermeld in de selectieleidraad, wordt voorgesteld om drie van deze kandidaten te selecteren

voor verdere deelname aan de procedure en uit te nodigen om een offerte in te dienen.

3.5. Op 18 april 2025 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Leopoldsburg om goedkeuring te verlenen aan het selectieverslag en de voorgestelde drie kandidaten te selecteren en uit te nodigen voor het indienen van een offerte. De verzoekende partij wordt niet geselecteerd.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. *Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken*

4. De verzoekende partijen en de verwerende partij vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden en waarbij zij de redenen opgeven waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vragen.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan, althans in deze fase van het geding, te lichten. De Raad van State mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

V. *Ontvankelijkheid van de vordering*

5. De verwerende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de vordering op in hoofde van de bv R. De aanvraag tot deelneming van de “TM Swimming Leopoldsburg & [L.]” werd ingediend door de twee leden van deze tijdelijke maatschap, de nv E. en de nv S, samen met de bv L. De bv R. wordt in de aanvraag tot deelneming enkel vermeld als onderaannemer op wiens draagkracht een beroep zal worden gedaan.

6. In beginsel heeft een verzoekende partij die niet zelf een aanvraag tot deelneming heeft ingediend in de betrokken plaatsingsprocedure geen hoedanigheid om een beroep in te stellen tegen een beslissing tot niet-selectie. Een onderaannemer doet niet blijken van de vereiste persoonlijke en individuele band

met de bestreden beslissing. Het gegeven dat diens referentie, waarop door de betrokken kandidaat een beroep werd gedaan, ter discussie staat, doet daar niet aan af.

Het beroep is aldus niet-ontvankelijk in hoofde van de bv R. Hierna wordt dan ook onder de verzoekende partijen verstaan: de eerste, tweede en vierde verzoekende partij.

VI. *Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden*

7. Krachtens artikel 17, §§ 1, 5 en 6, 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 waarvan het onderzoek zich leent voor een versnelde behandeling of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. *Onderzoek van de middelen*

A. *Eerste middel*

Uiteenzetting van het middel

8. In het eerste middel, dat twee onderdelen omvat, voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 66, § 3, eerste lid, en artikel 71, eerste lid, 3°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017), de materiële motiveringsplicht, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat de verzoekende partij niet werd geselecteerd omdat voor het deel technieken geen referentie van een nieuwbouw toegankelijk zwembad zou zijn gevoegd;

Terwijl het selectie criterium of de selectiecriteria betrekking kunnen hebben op de technische en beroepsbekwaamheid;

Dat de aanbestedende overheid met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid voorwaarden kan opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren;

Dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling de regels die zijzelf heeft vastgelegd in de opdracht documenten moet respecteren, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel;

Dat materiële motiveringsplicht inhoudt dat er voor elke bestuurshandeling rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan; dat dit onder meer betekent dat die motieven steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door de aanbestedende overheid werden vastgesteld; dat de aanbestedende overheid de gegevens die in rechte en in feite juist zijn, correct en zorgvuldig moet beoordelen en op grond van deze gegevens in redelijkheid tot een beslissing moet komen;

Dat artikel 66, § 3, eerste lid, van de Wet van 17 juni 2016 de mogelijkheid voorziet om de inschrijvers te verzoeken de neergelegde documenten aan te vullen of toe te lichten en, in het licht van de omstandigheden van de zaak, dit geldt als een verplichting wanneer de automatische niet-selectie van een deelnemer, zonder voorafgaande toepassing van artikel 66, § 3, eerste lid, van de Wet van 17 juni 2016, onevenredig is ten opzichte van de opgelegde sanctie (de niet-selectie);

Dat de selectie leidraad voorziet dat voor selectie criterium 4) “Ontwerp – deel technieken” minstens twee (2) openbare gebouwprojecten, waarvan minimaal één nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad, moet worden gevoegd; dat een kandidaat bij indiening van zijn aanvraag tot deelneming een referentie gelijktijdig mag gebruiken voor ontwerp architectuur en/of ontwerp stabiliteit en/of ontwerp technieken;

Dat, eerste onderdeel, het enige relevante onderscheid dat tussen een publiek toegankelijk en een niet-publiek toegankelijk zwembad in overweging kan worden genomen, de toepassing van de Vlaamse milieuwetgeving, met name de VLAREM-wetgeving, is; dat een publiek toegankelijk zwembad (in Vlaanderen) moet worden gebouwd en ingericht in overeenstemming met de VLAREM-wetgeving en dat deze regels voor niet-publiek toegankelijke zwembaden niet gelden;

De achterliggende doelstelling van de gevraagde referenties voor een publiek toegankelijk zwembad er alleen kan in bestaan om referenties te bekomen van een publiek toegankelijk zwembad dat is gebouwd en ingericht in overeenstemming met de VLAREM-wetgeving;

Dat de Referentie 06 “Bosuil” betrekking heeft op een zwembad dat is gebouwd en ingericht in overeenstemming met de VLAREM-wetgeving;

Dat de verzoekende partijen voldoen aan selectie criterium 4) “Ontwerp – deel technieken”;

Dat, tweede onderdeel, de verwerende partij verkeerdelijk uitgaat van het gegeven dat de verzoekende partijen voor de zwembadtechnieken beroep doen op de draagkracht van [de bv R.];

Dat de verwerende partij rekening moest houden met alle gevoegde referenties, en dit te meer nu de selectie leidraad uitdrukkelijk bepaalt dat een kandidaat bij indiening van zijn aanvraag tot deelneming een referentie gelijktijdig mag gebruiken voor ontwerp architectuur en/of ontwerp stabiliteit en/of ontwerp technieken;

Dat Referentie 01 ‘Intergemeentelijk zwembad Aartselaar / AHN’ van LD Architecten betrekking heeft op een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad;

Dat, indien de verwerende partij twijfels had bij de taakverdeling tussen de verschillende leden van het projectteam zij minstens een vraag daaromtrent had moeten richten aan de verzoekende partijen, en dit op grond van artikel 66, § 3, eerste lid van de Wet van 17 juni 2016 en de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht;

Dat Referentie 01 ‘Intergemeentelijk zwembad Aartselaar / AHN’ aldus eveneens betrekking heeft op een publiek toegankelijk zwembad;

Dat de verzoekende partijen voldoen aan selectie criterium 4) ‘Ontwerp – deel technieken’;

Zodat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt;”

Inzake het eerste onderdeel zetten de verzoekende partijen in de toelichting bij het middel uiteen dat zij wel voldoen aan selectie criterium 4) ‘Ontwerp – deel technieken’ aangezien de referentie 06 ‘Bosuil’ betrekking heeft op een publiek toegankelijk zwembad. Zij wijzen er op dat de toepasselijke selectie leidraad geen definitie bevat van het begrip “publiek toegankelijk zwembad” zodat het enige relevante onderscheid tussen een publiek toegankelijk en een niet-publiek toegankelijk zwembad de toepassing van “de VLAREM-wetgeving” is. Zij wijzen daarbij in het bijzonder op een aantal vereisten inzake het waterbehandelingssysteem en de kwaliteitsvereisten van het water overeenkomstig het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 ‘houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne’ (hierna: VLAREM II). De achterliggende doelstelling van de te dezen gevraagde referenties voor een publiek toegankelijk zwembad kan er volgens hen enkel in bestaan om referenties te krijgen van een zwembad dat is gebouwd en ingericht in overeenstemming met deze wetgeving, waaraan hun referentie 06 ‘Bosuil’ voldoet. De waterzuiveringsinstallaties zijn immers conform de VLAREM

II-bepalingen en EN-13451 gebouwd. Bovendien bevindt het revalidatie- en recuperatiecentrum zich in de nieuwe tribune 4 van de Bosuil en bevat het tribunegebouw zowel private als publieke zones.

Inzake het tweede onderdeel zetten de verzoekende partijen in de toelichting bij het middel uiteen dat zij voldoen aan datzelfde selectie criterium aangezien referentie 01 ‘Intergemeentelijk zwembad Aartselaar / AHN’ van de bv L. betrekking heeft op een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad. Zij betogen dat de verwerende partij er ten onrechte van uit gaat dat zij beroep doen de draagkracht van de bv R. voor de zwembadtechnieken, terwijl uit het organigram met de voorstelling van het projectteam zoals gevoegd bij de aanvraag tot deelneming zou blijken dat de bv L. daarvoor instaat. De verwerende partij zou dan ook ten onrechte geen rekening houden met de referenties waarbij de bv L. deel uitmaakt van het bouwteam. De referentie 01 ‘Intergemeentelijk zwembad Aartselaar/AHN’ heeft betrekking op een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad en de bv L. stond hierbij in voor ontwerp Architectuur en het ontwerp technieken. Indien de verwerende partij vragen had bij de taakverdeling tussen de verschillende leden van het projectteam had zij volgens de verzoekende partijen hierover aan hen een vraag moeten richten op grond van artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 en de op de verwerende partij rustende zorgvuldigheidsplicht.

Beoordeling

Vooraf

9. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 mag de opdracht enkel worden gegund nadat de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat de offerte afkomstig is van een inschrijver die voldoet aan de door haar vastgestelde selectiecriteria.

Overeenkomstig artikel 71 van diezelfde wet kunnen de selectiecriteria betrekking hebben op de technische en beroepsbekwaamheid, dient de aanbestedende overheid deze voorwaarden te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de technische bekwaamheden en

beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren, en houden alle voorwaarden verband met en staan ze in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

Overeenkomstig artikel 68, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 kan de aanbestedende overheid eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.

De aanbestedende overheid beschikt in beginsel over een beoordelingsruimte bij het uitleggen en het toepassen van de selectiecriteria. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe de kandidaten te beoordelen vanuit het oogpunt van de technische en beroepsbekwaamheid aan de hand van de vereisten daaromtrent gesteld in de opdrachtdocumenten, en om daarbij de in dat verband voorgelegde documenten en inlichtingen te betrekken. Wel dient de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de kandidaten de regels die zij zelf heeft vastgesteld in de opdrachtdocumenten te respecteren, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen bestek te schenden.

Eerste onderdeel

10. In het eerste onderdeel van het eerste middel betwisten de verzoekende partijen hun niet-selectie omdat zij wel zouden voldoen aan selectiecriterium 4) 'Ontwerp – deel technieken' nu de referentie 06 'Bosuil' betrekking heeft op een publiek toegankelijk zwembad.

11. Zoals blijkt uit de omschrijving van het voorwerp van de opdracht in de selectieleidraad dient de opdrachtnemer in te staan voor zowel het ontwerp (Design) als de bouw (Build) van een nieuw openbaar zwembad te Leopoldsburg. In die optiek bepaalt de selectieleidraad dat de aanbestedende overheid minstens een ontwerpteam (bestaande uit een architect, ingenieur stabiliteit, ingenieur technieken, ingenieur akoestiek, EPB-verslaggever...) en een algemene aannemer dient aan te stellen.

Overeenkomstig selectiecriteria 4) ‘Ontwerp – deel technieken’ in de selectieleidraad moet de kandidaat voor het deel technieken binnen het deel ontwerp minstens twee referenties voorleggen van openbare gebouwprojecten waarvan er minimaal één betrekking heeft op een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad.

12. Uit de motivering in het selectieverslag blijkt dat de verzoekende partijen te dezen niet werden geselecteerd omdat voor het deel technieken er geen referentie van een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad werd aangeleverd. Daarbij wordt vastgesteld dat de referentie 06 ‘Bosuil’ van de verzoekende partijen geen betrekking heeft op een publiek toegankelijk zwembad.

13. Hoewel de selectieleidraad geen definitie bevat van het begrip “publiek toegankelijk zwembad”, lijkt het voldoende duidelijk dat het moet gaan om een zwembad voor publiek gebruik, met andere woorden, een zwembad dat in beginsel voor iedereen of toch voor een zeer groot aantal mensen toegankelijk is, al dan niet mits betaling van een gebruiksvergoeding.

In zoverre de verzoekende partijen betogen dat het begrip “publiek toegankelijk zwembad” in de spraakgebruikelijke betekenis moet worden begrepen die erin zou bestaan dat het gaat om een zwembad gebouwd “in overeenstemming met de VLAREM-wetgeving”, wordt zij niet bijgevalen.

14. Het betrokken selectievereiste lijkt voorts te moeten worden uitgelegd in het licht van het doel om de technische en beroepsbekwaamheid voor het uitvoeren van de betrokken gedeelten van de opdracht door de kandidaat aan te tonen. De verwerende partij maakt in dat verband op het eerste gezicht aannemelijk dat een openbaar zwembad een andere energievraag en een verschillende technische complexiteit kent in vergelijking met een privaat revalidatiecentrum zoals het zwembad in de referentie ‘Bosuil’.

Zoals uit de omschrijving van het voorwerp van de opdracht blijkt, bestaat het te ontwerpen en te bouwen publiek toegankelijk zwembad niet alleen uit een zwembad zelf, in casu een 25 meter-bad en een kinderbad, maar ook

uit onder meer een inkomhal, EHBO-post, omkleedruimten, sanitaire ruimten, polyvalente ruimte (vergaderingen, lesruimte...) voor max. 25 personen (deelbaar), bureelruimte (2 werkposten), personeelslokalen (o.a. sanitair, refter, kleedruimte, ...), technische lokalen, bergingen, cafetaria met terras en parking.

De referentie 06 'Bosuil' heeft betrekking op een revalidatie- en recuperatiecentrum voor privaat gebruik, namelijk voor de spelers van de eerste ploeg van het Bosuilstadion. Het bestaat uit sauna's, hamam, groepsjacuzzi, warme en koude baden en een revalidatiebad met tegenstroom installatie en beweegbare bodem voor aquafitness, welke infrastructuur op het eerste gezicht niet zonder meer gelijk te stellen is met de infrastructuur van een publiek toegankelijk zwembad. Alleen reeds uit de foto's gevoegd bij de referentie blijkt op het eerste gezicht ook dat deze faciliteiten, en alleszins de baden zelf, een beperktere omvang hebben.

15. Anders dan de verzoekende partijen het zien, lijken de technieken waar het voormelde selectie criterium op doelt, voorts niet alleen betrekking te hebben op de waterbehandeling. Uit een samenlezing van de bepalingen van de selectie leidraad kan worden begrepen dat deze ook betrekking hebben op HVAC, sanitair, elektriciteit, verlichting en dergelijke meer, zodat de verwerende partij er op het eerste gezicht terecht van uit kon gaan dat het ontwerp van het geheel van deze technieken van een grotere omvang en grotere complexiteit is dan bij de door de verzoekende partijen voorgelegde referentie 06 'Bosuil'.

16. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

17. In het tweede onderdeel van het eerste middel betwisten de verzoekende partijen hun niet-selectie omdat zij zouden voldoen aan het selectie criterium 4) 'Ontwerp – deel technieken' doordat referentie 01 'Intergemeentelijk zwembad Aartselaar / AHN' van de bv L. betrekking heeft op een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad.

18. Een eerste vaststelling hierbij is dat de verzoekende partijen zich in hun aanvraag tot deelneming op het eerste gezicht niet lijken te beroepen op deze referentie voor het beantwoorden aan voormeld selectie criterium 4) ‘Ontwerp – deel technieken’ wat de vereiste referentie inzake een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad betreft.

In dat verband brengt de Raad van State in herinnering dat het de kandidaat voor een overheidsopdracht toekomt om zijn kandidaatstelling met vereiste zorg voldoende te stofferen en te onderbouwen, teneinde de aanbestedende overheid toe te laten om op grond van de kandidaatstelling te beoordelen of de betrokkene aan de gestelde selectie-eisen voldoet.

19. Te dezen bepaalt de selectie leidraad uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid het voldoen aan de vereiste technische bekwaamheid zal beoordelen aan de hand van de door de inschrijvers bij hun aanvraag tot deelneming te voegen informatiefiche, volgens het model in bijlage D, en waarbij onder meer dient te worden opgegeven waarom de referentie relevant is voor de voorliggende opdracht.

Uit de informatiefiche gevoegd bij de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen blijkt op het eerste gezicht dat zij voor het selectie criterium 4) ‘Ontwerp – deel technieken’ enkel de voormelde referentie 06 ‘Bosuil’ hebben aangeduid als daarvoor in aanmerking te nemen referentie als “nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad”. Op het eerste gezicht moest de verwerende partij, althans volgens de opdracht documenten, dus geen rekening houden met de overige referenties, waaronder de voormelde referentie 01 ‘Intergemeentelijk zwembad Aartselaar / AHN’.

20. Anders dan de verzoekende partijen ter terechtzitting betogen, lijkt dit euvel op het eerste gezicht niet beperkt te zijn tot een kennelijk materiële vergissing, waarbij zij in de bij hun aanvraag tot deelneming gevoegde informatiefiche hebben nagelaten om ook voor deze laatste referentie een kruisje te plaatsen in de juiste kolom.

In de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen wordt immers uitdrukkelijk verwezen naar de deskundige technisch ondersteuning van de bv R., waarbij de eerste verzoekende partij als lid van de tijdelijke maatschap in haar UEA aanduidt dat zij beroep zal doen op de draagkracht van een derde om te voldoen aan de selectiecriteria. De bv R. vermeldt in het UEA dat zij verantwoordelijk is voor de studies stabiliteit en technieken en EPB-verslaggeving. Ook in het organogram gevoegd bij de aanvraag wordt aangegeven dat het consortium bestaat uit enerzijds de “TM Swimming Leopoldsborg” met als onderaannemer de bv R. als ontwerp bureau technieken (oa. HVAC, sanitair, elektriciteit en verlichting), en anderzijds bv L. die zorgt voor de volledige architectuur en het ontwerp waterbehandeling.

21. Uit de bij het selectieverslag gevoegde beoordelingsfiche blijkt voorts dat de verwerende partij wel degelijk ook de andere referenties van de verzoekende partijen, waaronder referentie 01 ‘Intergemeentelijk zwembad – DOK3 – gemeenten Aartselaar, Hemiksem en Niel’ heeft onderzocht, maar geoordeeld heeft dat deze evenmin in aanmerking kwamen nu de bv R. in die referenties geen deel uitmaakte van het bouwteam, maar wel een ander studiebureau, dat op geen enkele wijze betrokken lijkt te zijn bij de aanvraag tot deelneming voor de voorliggende opdracht, noch als lid van de samenwerking, noch als onderaannemer.

Wanneer een ondernemer een beroep doet op de ervaring van een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, moet deze worden beoordeeld aan de hand van de concrete deelneming van deze ondernemer en dus van zijn daadwerkelijke bijdrage aan de uitoefening van een in het kader van een bepaalde overheidsopdracht van die combinatie vereiste activiteit. Een ondernemer mag voor de door de aanbestedende dienst vereiste ervaring geen beroep doen op de door de andere leden van een combinatie van ondernemingen verrichte prestatie waaraan hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen (HvJ, 4 mei 2017, Esaprojekt sp.z.o.o, C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338, punten 62 en 64).

Er blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat de verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten is gegaan door

referentie 01 'Intergemeentelijk zwembad – DOK3 – gemeenten Aartselaar, Hemiksem en Niel' niet in aanmerking te nemen.

22. Dat uit de bijlage 04 'Voorstelling Projectteam' zou blijken dat D., ingenieur bij de bv R., over een ruime ervaring beschikt als ingenieur technieken is voorts niet relevant voor de beoordeling of voldaan werd aan het voorleggen van de vereiste referenties nu het lijkt te gaan om een loutere vermelding bij de voorstelling van de medewerkers van het ingenieursbureau.

23. Voorts omvat de mogelijkheid van de aanbestedende overheid om op grond van artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 verduidelijking aan de inschrijvers te vragen, in beginsel geen verplichting daartoe. Aangezien er bij de verwerende partij op het eerste gezicht geen vragen gerezen zijn bij de taakverdeling tussen de verschillende leden van het projectteam in de offerte van de verzoekende partijen, lijkt zij evenmin onzorgvuldig te hebben gehandeld door van deze mogelijkheid om verduidelijking te vragen, geen gebruik te maken.

24. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Besluit

25. De verzoekende partijen maken, gelet op al het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te besluiten tot niet-selectie van de verzoekende partijen omdat voor het deel technieken er geen referentie van een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad werd aangeleverd, de aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

Het eerste middel is in zijn beide onderdelen niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

26. In het tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 71, eerste lid, 3°, en tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat de verzoekende partijen niet werden geselecteerd omdat voor het deel technieken geen referentie van een nieuwbouw toegankelijk zwembad zou zijn gevoegd;

Terwijl het selectie criterium of de selectiecriteria betrekking kunnen hebben op de technische en beroepsbekwaamheid;

Dat de aanbestedende overheid met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid voorwaarden kan opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren;

Dat de aanbestedende overheid deze voorwaarden beperkt tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de technische bekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren; dat alle voorwaarden verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht;

Dat de door de aanbestedende overheid vastgestelde criteria en het vereiste niveau ervan verband moeten houden met en evenredig moeten zijn aan het voorwerp van de opdracht; dat de gekozen selectiecriteria bovendien het beginsel van mededinging en de doeltreffendheid van het selectiemechanisme moeten eerbiedigen;

Dat het enige relevante onderscheid dat tussen een publiek toegankelijk en een niet-publiek toegankelijk zwembad in overweging kan worden genomen, de toepassing van de Vlaamse milieuwetgeving, met name de VLAREM-wetgeving, is; dat een publiek toegankelijk zwembad (in Vlaanderen) moet worden gebouwd en ingericht in overeenstemming met de VLAREM-wetgeving en dat deze regels voor niet-publiek toegankelijke zwembaden niet gelden;

Dat de achterliggende doelstelling van de gevraagde referenties voor een publiek toegankelijk zwembad er alleen in kan bestaan om referenties te bekomen van een zwembad dat is gebouwd en ingericht in overeenstemming met de VLAREM-wetgeving;

Dat de verwerende partij voorhoudt dat de achterliggende doelstelling van de gevraagde referenties voor een publiek toegankelijk zwembad er niet in

bestaat om referenties te bekomen van een zwembad dat is gebouwd en ingericht in overeenstemming met de VLAREM-wetgeving;
Dat het selectie criterium 4) ‘Ontwerp – deel technieken’ niet in verband en in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en het beginsel van mededinging en de doeltreffendheid van het selectiemechanisme niet eerbiedigt;
Zodat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt;”

In de toelichting bij het tweede middel zetten de verzoekende partijen uiteen dat de bestreden beslissing onwettig is omdat, in zoverre de verwerende partij voorhoudt dat de achterliggende doelstelling van de gevraagde referenties voor een publiek toegankelijk zwembad er niet in bestaat om referenties te bekomen van een zwembad dat is gebouwd en ingericht “in overeenstemming met de VLAREM-wetgeving”, het selectie criterium 4) ‘Ontwerp – deel technieken’ niet in verband en in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en het beginsel van mededinging en de doeltreffendheid van het selectiemechanisme niet worden geëerbiedigd.

Beoordeling

27. Ook al heeft de aanbestedende overheid een beoordelingsruimte bij het vaststellen van de selectiecriteria, dient zij, overeenkomstig artikel 71, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, deze voorwaarden te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een inschrijver over (onder meer) de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren, en dienen alle voorwaarden verband te houden met en in verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht.

28. Overeenkomstig selectie criterium 4) ‘Ontwerp – deel technieken’ in de selectie leidraad moet de kandidaat voor het deel technieken binnen het deel ontwerp minstens twee referenties voorleggen van openbare gebouwprojecten waarvan er minimaal één betrekking heeft op een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad.

29. De verzoekende partij toont niet aan dat voormeld selectie criterium, zoals geïnterpreteerd door de verwerende partij, niet in verband zou staan met en in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

Zoals reeds gebleken is uit de beoordeling van het eerste middel, kan de argumentatie van de verzoekende partij dat het enige relevante onderscheid tussen een publiek toegankelijk en een niet publiek toegankelijk zwembad te dezen de toepassing van “de VLAREM-wetgeving” zou zijn, niet worden bijgevalen.

Zoals uit de omschrijving van het voorwerp van de opdracht blijkt, bestaat het te ontwerpen en te bouwen publiek toegankelijk zwembad immers niet alleen uit een zwembad zelf, met zowel een 25 meter-bad als een kinderbad, maar ook uit onder meer een inkomhal, EHBO-post, omkleedruimten, sanitaire ruimten, polyvalente ruimte, bureelruimte, personeelslokalen, technische lokalen, bergingen, cafetaria met terras en parking.

Met voormeld selectie criterium beoogt de verwerende partij aldus inzicht te krijgen in de bekwaamheid en professionele ervaring van de kandidaat om het geheel van de technieken te ontwerpen voor dergelijk publiek toegankelijk zwembadcomplex met een minimale bouwkost van 6.000.000 euro (btw niet inbegrepen). Zij zet onder meer uiteen dat uit een referentie inzake de realisatie van een zwembad in overeenstemming met de bepalingen van VLAREM II niet kan worden afgeleid of de kandidaat over ervaring beschikt met betrekking tot de zeer specifieke energievraag van een openbaar zwembad, of er sprake is van een technische installatie van dezelfde omvang als bij een openbaar zwembad en of er ervaring is met betrekking tot de discipline ‘technieken’ in het licht van alle specifieke onderdelen van de voorliggende opdracht zoals uiteengezet in de selectie leidraad.

De verwerende partij maakt op het eerste gezicht dan ook aannemelijk dat zij kon oordelen dat het gegeven dat een kandidaat beschikt over de bekwaamheid en professionele ervaring om de technieken te ontwerpen voor een zwembad gebouwd en ingericht in overeenstemming met de bepalingen van VLAREM II, niet afdoende is om te garanderen dat de kandidaat over de nodige bekwaamheid beschikt met betrekking tot het ontwerp van alle technieken van het

publiek toegankelijk openbaar zwembad dat het voorwerp uitmaakt van de voorliggende opdracht.

30. Voorts lijkt het mededingingsbeperkend effect dat beweerdelijk van het voormelde selectie criterium zou uitgaan, op zich al te worden ontkracht door het gegeven dat de vier overige kandidaten wél hebben kunnen voldoen aan de betrokken selectie-eis. Bovendien blijken ook de verzoekende partijen zelf wel degelijk referenties met betrekking tot een nieuwbouw publiek toegankelijk zwembad te hebben kunnen voorleggen, zij het dat deze niet volstonden voor het selectie criterium 4) ‘Ontwerp – deel technieken’ omdat het ontwerp technieken (behalve de waterbehandeling) bij deze referenties werd opgemaakt door een ingenieursbureau dat niet betrokken is bij de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen voor deze opdracht.

31. Gelet op voorgaande tonen de verzoekende partijen dan ook niet aan dat de gevraagde referenties in de selectie leidraad om de bekwaamheid aan te tonen met betrekking tot het ontwerp van de technieken en het vereiste niveau ervan geen voldoende verband houdt met en niet evenredig zou zijn met het voorwerp van de opdracht, noch dat zij het beginsel van de mededinging of doeltreffendheid van de selectie niet zouden eerbiedigen.

32. Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

33. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 800 euro, elk voor een vierde, een bijdrage van 26 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op vier juni tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Joris Casneuf,

De griffier

Joris Casneuf

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos