

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 260.560 van 2 september 2024

in de zaak A. 242.680/XIV-39.623

In zake: de BV URBAN LIVING PROJECT MANAGEMENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Daan Degrande
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE DIENST VOOR ARBEIDSBEMIDDELING EN
BEROEPSOPLEIDING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 augustus 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gemotiveerde selectiebeslissing die de VDAB op 22 juli 2024 heeft genomen in het kader van de plaatsingsprocedure m.b.t. de overheidsopdracht met als voorwerp “het ter beschikking stellen van kantoor- en opleidingsinfrastructuur (+- 22.000 m² NVO) in regio Antwerpen via een huurovereenkomst in een formule ‘Build to Suit’, in de mate dat VDAB daarin oordeelde dat Urban Living PM niet aan de selectiecriteria voldoet, waardoor Urban Living PM niet voor deelname aan de dialoog werd geselecteerd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 augustus 2024.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Barteld Schutyser en Daan Degrande, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Simon Verhoeven en Matthias Van Der Donckt, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Anke Meskens 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 Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling en Beroepsopleiding (hierna: de VDAB) schrijft een opdracht uit voor werken voor het ter beschikking stellen van kantoor- en opleidingsinfrastructuur (+- 22.000 m² NVO) in regio Antwerpen via een huurovereenkomst in een formule “*Build to Suit*”.

De aanbestedende overheid beoogt hiermee een niet-residentieel multifunctioneel gebouw te huren, bestaande uit zowel kantoorruimten als opleidingsateliers en de bijhorende lokalen.

Onder punt 1.1 van de selectieleidraad (met referentie 2023/655/INK/FAC/PB) wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“Het voorwerp van huidige Opdracht is de realisatie van een infrastructuur via een formule “Build to Suit” waarbij de Opdrachtnemer de onroerende goederen ter beschikking stelt die beantwoorden aan de eisen van de Opdrachtgever via een huurovereenkomst. De opdrachtnemer is bijgevolg de Bouwheer.

Het betreft bijgevolg een opdracht voor het ontwerp, de bouw en de financiering tot aan oplevering van een onroerende infrastructuur die vervolgens voor een periode zoals omschreven in punt 15 van huidige Selectieleidraad, verhuurd wordt aan de Aanbestedende Overheid. De Opdracht omvat tevens het onderhoud van de technische installaties van de infrastructuur gedurende minstens twee (2) jaar na de Voorlopige Oplevering.”.

3.2. De opdracht wordt overeenkomstig artikel 39 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: de wet van 17 juni 2016) geplaatst door middel van een concurrentiegericht dialogo, bestaande uit meerdere fasen waaronder een selectiefase waarbij, na aanvraag tot deelneming, na “doorselectie”, alleen de geselecteerde kandidaten aan de dialoog mogen deelnemen en desgevallend een offerte mogen indienen en waarbij over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers.

3.3. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Met een rectificatiebericht van 4 februari 2024 wordt een bijlage 7 toegevoegd aan de selectieleidraad, met name het “formulier verbintenis beroep op draagkracht”.

Op 7 maart 2024 wordt een tweede rectificatiebericht gepubliceerd.

Deze rectificatieberichten verschijnen op 6 februari 2024 respectievelijk 11 maart 2024 in het Europees Publicatieblad.

3.4. Wat de kwalitatieve selectie betreft, wordt in de selectieleidraad onder punt 8.2 ‘TECHNISCHE BEKWAAMHEID’ onder meer het volgende gesteld:

“De Kandidaat dient zijn geschiktheid aan te tonen aan de hand van de volgende inlichtingen en bewijzen, waarmee hij de mate aantoont waarin hij beschikt over de relevante ervaring en bekwaamheden. De lijst van referenties bevat voor elke referentie onder meer :

- de naam van de referentie ;
- een identificatie van de bouwheer met onder meer de naam, het telefoonnummer en een functieomschrijving van de natuurlijke persoon die bij de opgegeven referenties in naam van de bouwheer het project heeft opgevolgd ;
- een korte omschrijving van de aard en locatie van het project ;
- een korte omschrijving van de relevantie van de referentie voor de huidige Opdracht ;
- de totale vloeroppervlakte in m² ;
- het investeringsbedrag voor het project ;
- de timing van het project waaronder de totale uitvoeringstermijn ;

De Aanbestedende Overheid behoudt zich het recht voor de opgegeven informatie te verifiëren bij de bouwheer.”.

Bij de selectieleidraad is onder meer een Bijlage 3 ‘VERKLARING TECHNISCHE BEKWAAMHEID’ gevoegd die deze in punt 8.2. opgesomde vermeldingen herneemt.

Aansluitend, onder punt 8.2.1 ‘ALGEMENE VOORWAARDEN’ stelt de selectieleidraad wat de (referenties inzake het) vereiste ‘8.2. TECHNISCHE BEKWAAMHEID’ betreft, wat volgt:

“- Eenzelfde referentie kan aangereikt worden voor meerdere hieronder beschreven disciplines, namelijk voor de aanneming, de architectuur, de stabiliteit en/of de technische installaties. De Kandidaat dient evenwel bij zijn Aanvraag tot Deelneming expliciet aan te geven voor welke criteria hij de referentie in kwestie wenst aan te reiken.

- Onder publiek toegankelijke gebouwen wordt het volgende begrepen:
 - Publiek toegankelijke gebouwen zijn gebouwen in de BENELUX, Frankrijk en Duitsland, waarin publieke organisaties gevestigd zijn die aan een groot aantal personen overheidsdiensten verstrekken en die vaak door het publiek worden bezocht. Dat zijn organisaties zoals :
 - overheden, overheidsagentschappen, OCMW’s, overheidsbedrijven, lokale besturen, ...
 - onderwijsinstellingen : scholen, internaten, centra voor volwassenenonderwijs of voor basiseducatie, centra voor leerlingenbegeleiding, hogescholen, universiteiten, ...

- gezondheidsvoorzieningen
- welzijnsvoorzieningen : organisaties die activiteiten uitoefenen op het gebied van gezin, maatschappelijk welzijn, inwijkelingen, personen met een handicap, bejaarden, jeugdbescherming, ...
- Ook beschermde gebouwen vallen onder deze omschrijving omdat het energieprestatiecertificaat een informatief doel heeft en geen verplichting inhoudt om de energiebesparende maatregelen die eventueel in strijd kunnen zijn met de bescherming, ook effectief uit te voeren.
- Conform artikel 68 §4, 1° van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 en om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen gelet op het specifiek karakter van de Opdracht en de gevraagde referenties, beslist de Aanbestedende Overheid dat bewijs van relevante werken die langer dan drie of vijf jaar (naargelang het diensten of werken betreft) geleden zijn uitgevoerd toch in aanmerking wordt genomen, onder de hierna opgenomen voorwaarden.”

Verder, onder punt 8.2.2. ‘RICHTLIJNEN VOOR DE OPGAVE VAN DE REFERENTIES’ wordt wat volgt vermeld:

“De Kandidaat of lid van de Combinatie, al naargelang, beantwoordt de vragen opgenomen onder afdeling C (“Technische en beroepsbekwaamheid”) van Deel IV (“Selectiecriteria”) van zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument, in de mate dat deze vragen verband houden met de eisen en het minimumniveau.

De Kandidaat verstrekt de in de bijlagen aan de Selectieleidraad gevraagde inlichtingen als volgt :

- de inlichtingen die vermeld zijn in de templates in Bijlage 3 op ongeveer één recto-verso bladzijde (formaat A4) ;
- elke referentie wordt toegelicht aan de hand van bijkomend beeldmateriaal op ongeveer twee recto-verso bladzijde (formaat A4), met minimaal vier beelden.

De Kandidaat geeft ook een concrete toelichting waarmee hij aantoont in welke mate de referentie ingaat op:

- de aspecten die vermeld zijn in de Selectieleidraad als “voorkeuren” ;
- de andere beoordelingselementen vermeld voor “doorselectie” ;
- de andere in zijn ogen relevante bijzondere verdiensten van de referentie in het licht van het voorwerp van de opdracht en zijn kenmerken die het voorwerp uitmaakt van deze procedure.

In de Aanvraag tot Deelneming moet duidelijk zijn welke referentie voor een bepaald criterium wordt voorgesteld.

Voor elke referentie geeft de Kandidaat een duidelijke beschrijving van het aandeel van de entiteit van wie de referentie wordt voorgelegd in de totstandkoming ervan, i.e. of de entiteit als enige verantwoordelijk was voor de volledige uitvoering van de referentie, dan wel de referentie in

combinatie met anderen of als onderaannemer werd uitgevoerd. In laatstgenoemde gevallen dient het aandeel van de werkzaamheden van de entiteit in de totale werkzaamheden gepreciseerd te worden. De Aanbestedende Overheid zal een referentie die werd uitgevoerd in onderaanneming slechts in aanmerking nemen indien het aandeel van de entiteit die ze voorlegt, beantwoordt aan de vereiste van een gelijkaardige opdracht zoals bepaald bij het betrokken kwalitatief selectiecriteria.

Enkel de informatie opgenomen in de Aanvraag tot Deelneming wordt in overweging genomen voor de beoordeling van de referenties. Verwijzingen naar andere documenten die niet mee worden opgenomen in de Aanvraag tot Deelneming worden bijgevolg niet in beschouwing genomen.

Het aanleveren van meer referenties dan de vereiste aantallen is niet toegelaten. Indien het opgegeven aantal overschreden wordt, zal de Aanbestedende Overheid de referenties in aanmerking nemen in de volgorde waarin ze bij de Aanvraag tot Deelneming zijn gevoegd, tot het opgegeven aantal is bereikt. Met de referenties die verder zijn vermeld, zal geen rekening worden gehouden.

Eenzelfde referentie kan, indien relevant, ter beantwoording van meer dan één selectiecriteria inzake technische bekwaamheid worden ingediend. De Aanvraag tot Deelneming bevat evenwel telkens voor elk gevraagde referentie de voor dat selectiecriteria specifiek gevraagde relevante gegevens, hetzij door expliciete vermelding, hetzij door een expliciete en éénduidige specifieke verwijzing.”.

In de toepasselijke selectieleidraad wordt inzake ‘8.2. TECHNISCHE BEKWAAMHEID’ onder punt 8.2.8 over selectiecriteria F - ‘BEROEPSKWALIFICATIES VAN DE SLEUTELPERSONEN’, wat volgt vermeld:

“8.2.8. CRITERIUM F - BEROEPSKWALIFICATIES VAN DE SLEUTELPERSONEN

De Kandidaat geeft de identiteit en de beroepskwalificaties (opleidingsniveau, aantal jaren relevante ervaring in de betrokken functie, de lijst van relevante referenties in de betrokken functie) op van de natuurlijke personen (naam, functie in het bedrijf, ...) die direct betrokken zullen zijn bij de leiding, uitwerking en opvolging van deze Opdracht.

Er wordt gepreciseerd dat indien tijdens de loop van Opdracht één van onderstaande profielen vervangen zou moeten worden, deze vervanging eerst door de Opdrachtgever dient te worden goedgekeurd en over minstens dezelfde ervaring dient te beschikken.

8.2.8.1. MINIMAAL NIVEAU

- Projectleider “architecturaal ontwerp”

Minstens 10 jaar effectieve ervaring als projectleider “architecturaal ontwerp” met een diploma Master in de architectuur (of gelijkwaardig) en minstens 1 referentie als projectleider van een niet-industrieel

architecturaal project met een bouwkost van minstens € 25.000.000 excl. BTW dat voorlopig is opgeleverd na 01 januari 2019.

- Projectleider “technieken”

Minstens 10 jaar effectieve ervaring als projectleider “technieken” met een diploma Master in de (industriële) Ingenieurswetenschappen (of gelijkwaardig) en minstens 1 referentie als projectleider van een niet-industrieel bouwproject met een bouwkost van minstens € 20.000.000 excl. BTW dat voorlopig is opgeleverd na 01 januari 2019.

- Projectleider “bouw”

Minstens 10 jaar effectieve ervaring als projectleider “bouw” met een diploma Master in de (industriële) Ingenieurswetenschappen Bouwkunde (of gelijkwaardig) en minstens 1 referentie als effectief verantwoordelijk projectleider vanaf aanvang van de bouw tot de voorlopige oplevering voor een bouwproject met een bouwkost van minstens € 25.000.000 excl. BTW dat voorlopig is opgeleverd na 01 januari 2019.

De functies van projectleider “bouw” en werfleider “bouw” mogen niet worden gecombineerd.

- Werfleider “bouw”

Minstens 10 jaar effectieve ervaring als werfleider “bouw” met een diploma van minstens Bachelor Bouw (of gelijkwaardig) en minstens 2 referenties als effectief verantwoordelijk werfleider vanaf aanvang van de bouw tot de voorlopige oplevering voor een bouwproject met een bouwkost van minstens € 10.000.000 excl. BTW.

De functies van projectleider “bouw” en werfleider “bouw” mogen niet worden gecombineerd.”.

Voorts bepaalt de selectieleidraad onder punt 9 “Doorselectie” dat er, na toetsing aan de uitsluitingsgronden en het minimaal vereiste niveau van de kwalitatieve selectiecriteria, een “doorselectie” zal plaatsvinden teneinde het aantal kandidaten dat tot de dialoofase wordt toegelaten te beperken tot minimum drie en maximum vijf gegadigden, “rekening houdend met het verschil in beoordelingsresultaat en de intensiteit van de dialoofase, en het vrijwaren van een redelijke kans op het bekomen van de opdracht.” (punt 9.1. van de selectieleidraad).

Tot slot vermeldt de selectieleidraad onder punt 4.6 het volgende over vragen aan de kandidaten na de indiening van de deelnemingsaanvraag:

“4.6. VRAGEN AAN DE KANDIDATEN

Na indiening van de Aanvraag tot Deelneming kan de Aanbestedende Overheid, wanneer de door de Kandidaat ingediende informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken Kandidaat verzoeken die informatie

of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, voor zover dit niet tot een schending van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie dreigt te leiden. De Aanbestedende Overheid is hiertoe echter niet verplicht en de betrokken Kandidaat kan uit deze mogelijkheid geen rechten putten.”

3.5. De datum van opening van de aanvragen tot deelneming is 18 maart 2024, om 12u30.

3.6. Er worden zeven (waarbij de zesde en zevende aanvraag tot deelneming door dezelfde kandidaat bleken te zijn ingediend) aanvragen tot deelneming ingediend, waaronder door de verzoekende partij.

3.7. Op 23 mei 2024 raadpleegt de aanbestedende overheid alle respectieve kandidaten om hen bijkomend te bevragen over hun aanvraag tot deelneming.

De verzoekende partij wordt specifiek bevraagd over haar financiële en economische draagkracht en, wat de technische bekwaamheid betreft, over ‘Criterium B – Referenties Discipline Aanneming’. Deze vragen luiden:

“Vraagstelling:

Financiële en economische draagkracht:

1. De Omzet voor de laatste drie boekjaren en het Eigen Vermogen van de Architecten (Jaspers-Eyers Architects nv en META architectuurbureau bv) lijken te ontbreken in de Aanvraag tot Deelneming.
Gelieve die over te maken teneinde de Aanvraag tot Deelneming goed te kunnen beoordelen.

Criterium B:

2. Gelieve te verduidelijken of de referentie (Nieuwbouw scholencomplex “Campus Kompas”) over een E-peil beschikt.
Gelieve, in het kader van een eventuele doorselectie, te verduidelijken hoeveel dit E-peil betreft.”.

In ieder van de aan de kandidaten gerichte brieven tot verduidelijking wordt de volgende vermelding opgenomen :

“N.B.

In het geval er meer referenties worden opgegeven dan in de Selectieleidraad gevraagd zal de Aanbestedende Overheid de eerst vernoemde referentie(s) in aanmerking nemen ter beoordeling.

Het aanrijken van referenties of sleutelpersonen die momenteel geen onderdeel uitmaken van de Kandidatuur wordt als een wezenlijke wijziging van de Kandidatuur beschouwd, en wordt bijgevolg niet aanvaard.

Het aanleveren van sleutelpersonen en referenties die niet beantwoorden aan het minimaal vereiste niveau van de desbetreffende kwalitatieve selectiecriteria zal leiden tot uitsluiting van het verdere verloop van het project – zie ook Art. 9.1 van de selectieleidraad.”

3.8. Op 19 juli 2024 wordt door de aanbestedende overheid, bijgestaan door een studiebureau, een verslag van nazicht van de aanvragen tot deelneming (hierna: het selectieverslag) opgesteld.

Twee kandidaten waaronder de verzoekende partij, worden niet geselecteerd.

Over de niet-selectie van de verzoekende partij wordt de volgende passage in het selectieverslag opgenomen:

CRITERIUM F (PROJECTLEIDER BOUW)

Tabel 30 | Overzicht toetsing referenties WL Bouw Criterium F

CRITERIUM F [WERFLEIDER BOUW]

RESULTAT REFERENTIES SLEUTELPERSONEN

4.3.7.6. BESLUIT

Bij Kandidaat 2 voldoet de tweede referentie van de Werfleider Bouw niet aan het gestelde minimaal niveau. Bijgevolg wordt de Aanvraag tot Deelneming van Kandidaat 2 als onregelmatig beschouwd.

4.3.8. OVERZICHT

TECHNISCHE BEKWAAMHEID [CRITERIA A – F]

Kandidaat 2 voldoet niet aan het gestelde minimaal niveau voor Criterium F en wordt daarom niet weerhouden voor deze Opdracht.

3.9. Op 22 juli 2024 beslist de gedelegeerd bestuurder van de verwerende partij om goedkeuring te hechten aan het selectieverslag, en om bijgevolg de verzoekende partij niet te selecteren en de (door)geselecteerde kandidaten uit te nodigen om deel te nemen aan de dialoogrondes.

De beslissing tot niet-selectie van de verzoekende partij van 22 juli 2024 is de bestreden beslissing.

3.10. Per e-mail en aangetekend schrijven worden de kandidaten op de hoogte gebracht van hun selectie respectievelijk niet-selectie.

Op 23 juli 2024 wordt de verzoekende partij van de gemotiveerde beslissing tot niet-selectie en van de redenen daarvan op de hoogte gebracht per e-mail en per aangetekend schrijven.

De redenen tot niet-selectie worden in de kennisgevingsbrief als volgt weergegeven:

“Criterium F – Beroepskwalificaties sleutelpersonen: Werfleiding “Bouw”: Bij de tweede referentie van werfleider bouw staat vermeld dat de Voorlopige Oplevering van het project voorzien is voor 15/07/2024. Het project was bijgevolg nog niet opgeleverd bij het indienen van de Aanvraag tot Deelneming. Er kan bijgevolg niet gesteld worden dat de sleutelpersoon werfleider is van bouw tot aan Voorlopige Oplevering. Om die reden wordt de referentie verondersteld niet te voldoen aan de gestelde minimale eisen.”.

3.11. Op 31 juli 2024 vraagt de verzoekende partij via haar raadslieden om de beslissing tot niet-selectie van de verzoekende partij in te trekken.

3.12. Met een schrijven van 5 augustus 2024 van haar raadslieden repliceert de verwerende partij niet op dit verzoek tot intrekking te zullen ingaan.

IV. Rechtspleging

4. De verzoekende partij heeft op 26 augustus 2024 een pleitnota ingediend.

5. 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, wat te dezen het geval is, 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.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken – administratief dossier

Standpunt van de partijen

6. Zowel de verzoekende partij als de verwerende partij vragen om een aantal stukken vertrouwelijk te behandelen.

De verzoekende partij vraagt om de stukken 8 en 11 als vertrouwelijk te behandelen omdat zij vertrouwelijke informatie, zowel op technisch als op commercieel vlak, bevatten. De openbaarmaking van deze stukken zou de eerlijke mededinging kunnen verstoren.

Het betreft de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij (kandidatuurstelling (algemeen document) en de erbij gevoegde bijlagen 1 tot 9) die zij in de inventaris aanduidt als integraal vertrouwelijk (stuk 8), evenals de e-mail van de verzoekende partij aan de VDAB van 31 mei 2024 (met inbegrip van bijlagen), dat zij in de inventaris eveneens aanduidt als vertrouwelijk (stuk 11).

7. Op haar beurt vraagt de verwerende partij om een aantal stukken uit het administratief dossier vertrouwelijk te behandelen, gelet op de daarin vervatte bedrijfs- en zakengeheimen van de kandidaten. De vrijgave van deze stukken zou de commerciële belangen van de kandidaten ernstig kunnen schaden.

In de inventaris ervan, worden de volgende stukken uit het administratief dossier als vertrouwelijk aangeduid : het Openingsrapport van 18 maart 2024 (stuk 4b), de Aanvragen tot deelneming van de verzoekende partij en van de overige kandidaten (stuk 5), de briefwisseling van de verwerende partij met kandidaten (vertrouwelijke versies) (stuk 6); de kennisgeving selectie/niet-selectie van de verwerende partij aan de overige kandidaten van 23 juli 2024 (vertrouwelijke versie) (stuk 8).

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 26 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) komt het aan de Raad van State toe om het aangevoerde vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken van het administratief dossier te beoordelen en daarbij de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en een eerlijk proces af te wegen tegen die van de bescherming van het zakengeheim.

9. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor de verzoeken om vertrouwelijkheid worden weergegeven in respectievelijk het verzoekschrift en in de nota. Er belet dus alvast op formeel vlak de Raad van State niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling. Het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken wordt door de partijen ook niet betwist.

In de huidige stand van het geding, in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, lijken er voorts geen redenen te bestaan om de vertrouwelijkheid van de als ‘vertrouwelijk’ aangemerkte stukken te lichten.

10. Hoe dan ook belet het vertrouwelijk karakter van de neergelegde stukken de Raad van State niet deze bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen te betrekken. De bedoelde stukken waarvoor men zich op de vertrouwelijkheid beroept, werden volledig aan de Raad van State meegedeeld. Hij kan van deze informatie kennis nemen en deze in zijn beoordeling van het (enig) aangevoerde middel betrekken.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

11. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert in het enig middel van haar verzoekschrift een schending aan van “de artikelen 39 en 66 van de Overheidsopdrachtenwet; de beginselen van gelijkheid, niet-discriminatie en proportionaliteit (evenredigheid), waaraan onder meer in artikel 4 van de Overheidsopdrachtenwet uitdrukking wordt gegeven; het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ waaraan onder meer in (artikel 15 *juncto*) artikel 14, 3°, van de Rechtsbeschermingswet uitdrukking wordt gegeven; artikel 68 van het KB Plaatsing; het mededingingsbeginsel; het materiële motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”.

In het middel, zo vat de verzoekende partij het samen, “wordt aangetoond dat VDAB de aangehaalde bepalingen en beginselen heeft geschonden doordat zij [de verzoekende partij] niet heeft geselecteerd op grond van het motief dat de aangereikte werfleider bouw niet over de vereiste referenties beschikt, terwijl het ondubbelzinnig uit de aanvraag tot deelneming blijkt dat deze persoon wel degelijk over de vereiste referenties beschikt.”.

Op de terechtzitting benadrukt de verzoekende partij dat de kernvraag die voorligt is of de verwerende partij zich bij de beoordeling van het selectie criterium “werfleider bouw” kon beperken tot een analyse van de “recent uitgevoerde projecten” vermeld in de algemene voorstelling van de sleutelfiguren, dan wel of zij in haar beoordeling ook de lijst van referenties in het *curriculum vitae* moest betrekken

In essentie voert de verzoekende partij aan dat de overweging in de selectiebeslissing op basis waarvan zij niet werd geselecteerd, feitelijk onjuist is omdat zij minstens twee referenties zou hebben voorgelegd waaruit blijkt dat de naar voren geschoven “werfleider bouw” in het verleden reeds meer dan twee projecten heeft uitgevoerd “als effectief verantwoordelijk werfleider vanaf aanvang van de bouw tot de voorlopige oplevering voor een bouwproject met een bouwkost van 10.000.000 euro exclusief btw”. Volgens de verzoekende partij blijkt dit uit de aanvraag tot deelneming voor de door haar als verantwoordelijk “werfleider bouw” naar voren geschoven sleutelpersoon, en wordt daartoe naar de “cv’s van de sleutelfiguren” verwezen.

De verzoekende partij erkent dat zij in haar aanvraag tot deelneming in het algemeen overzicht van de aangereikte sleutelpersonen, wat de “werfleider bouw” betreft, naar twee “recent uitgevoerde projecten” heeft verwezen, wat zij naar eigen zeggen deed om de synergiën te benadrukken en de goede samenwerking tussen de betrokken partners bij de uitvoering van een gelijkaardig bouwproject. Zij betwist niet dat de (tweede) aldus opgegeven referentie ‘AP Campus Hallenplein’ – de eerste referentie betreft ‘Ursulinenhof Hasselt’) – geen valabele referentie is omdat deze niet aan de in de selectie leidraad vastgestelde voorwaarden voor referenties inzake “werfleiding bouw” voldoet, maar meent dat die vaststelling geen afbreuk doet aan het feit dat er in het *curriculum vitae* van de betrokken “werfleider bouw” nog “een lijst met referenties” is opgenomen die “16 projecten [omvatte] waarbij [betrokkene] als werfleider bouw optrad”. Volgens de verzoekende partij beantwoorden drie van die 16 projecten aan de vereisten om in aanmerking te komen als valabele

referenties voor “werfleider bouw”, met name “Ursulinenhof Hasselt”, evenals “Clean Room IMEC Leuven” en “Commanderie Bilzen”. Het voorgaande in acht genomen, meent de verzoekende partij dat de verwerende partij zich niet tot de vaststelling mocht beperken dat één van de twee referenties in het algemeen overzicht van de sleutelfiguren uit de kandidatuurstelling niet voldoet, zonder acht te slaan op het betrokken *curriculum vitae* waarnaar het algemene overzicht van de sleutelfiguren verwees. Door de referenties opgenomen in dat *curriculum vitae* niet mee in aanmerking te nemen, heeft de verwerende partij de artikelen 39 en 66 van de wet van 17 juni 2016 geschonden, alsmede het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het mededingingsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Indien de verwerende partij toch nog twijfels zou hebben gehad over de aangebrachte referenties voor deze sleutelpersoon, dan had zij de verzoekende partij hierover moeten bevragen, gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel en het bepaalde in artikel 66, §3, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016, ter adstructie waarvan zij verwijst naar rechtspraak waaruit moet blijken dat het een zorgvuldig handelende aanbesteder toekomt om precieze en pertinente vragen aan de kandidaten te richten of, nog, dat een verzoek om verduidelijking elk punt moet aanhalen dat nadere toelichting behoeft.

Op de terechtzitting herhaalt de verzoekende partij dat uit haar kandidatuur blijkt dat zij aan de voorwaarden uit de selectieleidraad voldoet en dus had moeten worden geselecteerd. Zij merkt daarbij nog op wat de referenties vereist in het kader van de technische- en beroepsbekwaamheid betreft, dat de verwerende partij voorbijgaat aan het onderscheid dat is te maken tussen, *eensdeels*, de referenties bij de eerste vijf selectiecriteria (zijnde: A) ‘Promotieopdracht’, B) ‘Referenties Aanneming’, C) ‘Referenties Architectuur’, D) ‘Referenties Technieken’ en E) ‘Referenties Stabiliteit’) die een rol spelen bij de “doorselectie” en, *anderdeels*, de referenties gevraagd voor het selectie criterium F) ‘Beroepskwalificaties van de Sleutelpersonen’ dat geen rol

speelt bij de “doorselectie” . Dat onderscheid verklaart volgens haar waarom de selectieleidraad enkel voor de referenties bij deze eerste vijf selectiecriteria (A tot E) “zekere vormvereisten oplegt” zodat de verwerende partij, in het kader van de “doorselectie”, de relevantie van deze referenties aan een bijkomende inhoudelijke beoordeling kan onderwerpen. Het is volgens de verzoekende partij om die reden dat de selectieleidraad een aantal regels vastlegt waaronder de regel dat wanneer méér dan het (exact) vereiste aantal referenties worden aangeleverd, enkel met de eerstgenoemde referenties rekening wordt gehouden. Voorts, in tegenstelling tot de selectiecriteria A) tot E), vormen de referenties gevraagd bij criterium F) slechts één element in het kader van dit selectiecriterium en vormen deze niet de essentie van wat voor dit selectiecriterium wordt vereist. Voor de sleutelpersoon is volgens haar vooral de ervaring, te dezen als “werfleider bouw”, van belang. Daarom wordt volgens de verzoekende partij slechts een “lijst van referenties” gevraagd per sleutelpersoon, die “minstens” een aantal referenties moet voorleggen; méér referenties zijn niet uitgesloten. Volgens de verzoekende partij gaat het dan ook niet op om de strenge regels die gelden voor de referenties voor de selectiecriteria A) tot E) in te roepen “in een poging om recht te praten waarom, bij ook de beoordeling van selectiecriterium F), de in de selectieleidraad gevraagde lijst van relevante referenties buiten beschouwing werd gelaten”. Uit de lijst met referenties uit het *curriculum vitae* van de “werfleider bouw” blijkt volgens haar duidelijk dat aan de vereisten is voldaan. Zij herhaalt ook dat als de verwerende partij toch nog vragen had, zij de verzoekende partij hierover had moeten bevragen. Van een “rechtzetting” van de deelnemingsaanvraag van de verzoekende partij was te dezen geen sprake.

Beoordeling

13. Zoals de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift heeft uiteengezet en herhaald op de terechtzitting is de kernvraag die voorligt of de verwerende partij zich bij de beoordeling van het selectiecriterium “werfleider bouw” kon beperken tot een analyse van de “recent uitgevoerde projecten”

vermeld in de algemene voorstelling van de sleutelfiguren, dan wel of zij in haar beoordeling ook de lijst van referenties in het *curriculum vitae* moest betrekken.

14. Op grond van artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit plaatsing van 18 april 2017) kan de aanbestedende overheid met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid voorwaarden opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren. De aanbestedende overheid kan met name eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.

15. Artikel 66, §3, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016) bepaalt dat, onverminderd artikel 39, § 6, tweede lid, van diezelfde wet, de aanbestedende overheid, wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver kan verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.

16. De materiële motiveringsplicht houdt in dat er voor elke bestuurshandeling rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan. Dit betekent onder meer dat die motieven steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid door het bestuur werden vastgesteld. Bovendien moet de overheid de gegevens die in rechte en in feite juist

zijn, correct en zorgvuldig beoordelen en op grond van deze gegevens in redelijkheid tot een beslissing komen. Een beslissing schendt de materiële motiveringsplicht wanneer de motieven waarop ze steunt onjuist of onwettig zijn of de beslissing niet kunnen dragen. Het komt de Raad van State daarbij in principe niet toe het feitenonderzoek over te doen om zich aldus, wat de appreciatie van de zaak betreft, in de plaats te stellen van het bestuur. Het behoort daarbij wel tot de bevoegdheid van de Raad van State om, desgevraagd, na te gaan of de ingeroepen feiten werkelijk bestaan en of de appreciatie daarvan met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd.

17. Zoals in de feitelijke uiteenzetting is gebleken (*cfr. supra* punt 3.4), wordt inzake de technische bekwaamheid in de selectieleidraad de volgende, te dezen relevante selectie-eis gesteld:

“8.2.8. CRITERIUM F - BEROEPSKWALIFICATIES VAN DE SLEUTELPERSONEN

De Kandidaat geeft de identiteit en de beroepskwalificaties (opleidingsniveau, aantal jaren relevante ervaring in de betrokken functie, de lijst van relevante referenties in de betrokken functie) op van de natuurlijke personen (naam, functie in het bedrijf, ...) die direct betrokken zullen zijn bij de leiding, uitwerking en opvolging van deze Opdracht.

Er wordt gepreciseerd dat indien tijdens de loop van Opdracht één van onderstaande profielen vervangen zou moeten worden, deze vervanging eerst door de Opdrachtgever dient te worden goedgekeurd en over minstens dezelfde ervaring dient te beschikken.

8.2.8.1. MINIMAAL NIVEAU

[...]

-Werfleider “bouw”

Minstens 10 jaar effectieve ervaring als werfleider “bouw” met een diploma van minstens Bachelor Bouw (of gelijkwaardig) en minstens 2 referenties als effectief verantwoordelijk werfleider vanaf aanvang van de bouw tot de voorlopige oplevering voor een bouwproject met een bouwkost van minstens € 10.000.000 excl. BTW.

De functies van projectleider “bouw” en werfleider “bouw” mogen niet worden gecombineerd.”.

Nog volgens de selectieleidraad – met name in de punten 8.2.1 en 8.2.2 ervan – worden, wat de referenties inzake technische bekwaamheid

betreft, de volgende ter zake geldende “algemene voorwaarden” en “richtlijnen voor de opgave van de referenties” opgenomen :

“8.2.1. ALGEMENE VOORWAARDEN

- Eenzelfde referentie kan aangereikt worden voor meerdere hieronder beschreven disciplines, namelijk voor de aanneming, de architectuur, de stabiliteit en/of de technische installaties. De Kandidaat dient evenwel bij zijn Aanvraag tot Deelneming expliciet aan te geven voor welke criteria hij de referentie in kwestie wenst aan te reiken.

[...]

- Conform artikel 68 §4, 1° van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 en om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen gelet op het specifiek karakter van de Opdracht en de gevraagde referenties, beslist de Aanbestedende Overheid dat bewijs van relevante werken die langer dan drie of vijf jaar (naargelang het diensten of werken betreft) geleden zijn uitgevoerd toch in aanmerking wordt genomen, onder de hierna opgenomen voorwaarden.”;

“8.2.2. RICHTLIJNEN VOOR DE OPGAVE VAN DE REFERENTIES

De Kandidaat of lid van de Combinatie, al naargelang, beantwoordt de vragen opgenomen onder afdeling C (“Technische en beroepsbekwaamheid”) van Deel IV (“Selectiecriteria”) van zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument, in de mate dat deze vragen verband houden met de eisen en het minimumniveau.

De Kandidaat verstrekt de in de bijlagen aan de Selectieleidraad gevraagde inlichtingen als volgt :

- de inlichtingen die vermeld zijn in de templates in Bijlage 3 op ongeveer één recto-verso bladzijde (formaat A4) ;
- elke referentie wordt toegelicht aan de hand van bijkomend beeldmateriaal op ongeveer twee recto-verso bladzijde (formaat A4), met minimaal vier beelden.

De Kandidaat geeft ook een concrete toelichting waarmee hij aantoont in welke mate de referentie ingaat op:

- de aspecten die vermeld zijn in de Selectieleidraad als “voorkeuren” ;
- de andere beoordelingselementen vermeld voor “doorselectie” ;
- de andere in zijn ogen relevante bijzondere verdiensten van de referentie in het licht van het voorwerp van de opdracht en zijn kenmerken die het voorwerp uitmaakt van deze procedure. In de Aanvraag tot Deelneming moet duidelijk zijn welke referentie voor een bepaald criterium wordt voorgesteld.

Voor elke referentie geeft de Kandidaat een duidelijke beschrijving van het aandeel van de entiteit van wie de referentie wordt voorgelegd in de totstandkoming ervan, i.e. of de entiteit als enige verantwoordelijk was voor de volledige uitvoering van de referentie, dan wel de referentie in combinatie met anderen of als onderaannemer werd uitgevoerd. In laatstgenoemde gevallen dient het aandeel van de werkzaamheden van de

entiteit in de totale werkzaamheden gepreciseerd te worden. De Aanbestedende Overheid zal een referentie die werd uitgevoerd in onderaanneming slechts in aanmerking nemen indien het aandeel van de entiteit die ze voorlegt, beantwoordt aan de vereiste van een gelijkaardige opdracht zoals bepaald bij het betrokken kwalitatief selectiecriteria.

Enkel de informatie opgenomen in de Aanvraag tot Deelneming wordt in overweging genomen voor de beoordeling van de referenties. Verwijzingen naar andere documenten die niet mee worden opgenomen in de Aanvraag tot Deelneming worden bijgevolg niet in beschouwing genomen.

Het aanleveren van meer referenties dan de vereiste aantallen is niet toegelaten. Indien het opgegeven aantal overschreden wordt, zal de Aanbestedende Overheid de referenties in aanmerking nemen in de volgorde waarin ze bij de Aanvraag tot Deelneming zijn gevoegd, tot het opgegeven aantal is bereikt. Met de referenties die verder zijn vermeld, zal geen rekening worden gehouden.

Eenzelfde referentie kan, indien relevant, ter beantwoording van meer dan één selectiecriteria inzake technische bekwaamheid worden ingediend. De Aanvraag tot Deelneming bevat evenwel telkens voor elk gevraagde referentie de voor dat selectiecriteria specifiek gevraagde relevante gegevens, hetzij door expliciete vermelding, hetzij door een expliciete en éénduidige specifieke verwijzing.”.

18. In het selectieverslag waarnaar de bestreden beslissing tot niet-selectie verwijst, wordt geoordeeld dat de verzoekende partij niet geselecteerd werd omdat één van de twee opgegeven referenties voor de “werfleider bouw”, met name referentie “AP Campus Hallenplein”, nog niet voorlopig was opgeleverd bij het indienen van de aanvraag tot deelneming waarin wordt vermeld dat de voorlopige oplevering is voorzien voor 15 juli 2024 zodat niet kan worden gesteld dat de sleutelpersoon werfleider is van bouw tot een voorlopige oplevering, reden waarom de referentie niet wordt geacht te voldoen aan de gestelde minimale eisen.

19. Het komt in de eerste plaats de aanbestedende overheid toe te beoordelen of de door een kandidaat voorgelegde referenties voldoen aan de in de selectieleidraad onder criterium F) – gestelde (minimale) eisen inzake de vereiste “beroepskwalificaties van de sleutelpersonen”. De aanbestedende overheid lijkt over een ruime, zij het niet onbegrensde, beoordelingsvrijheid te beschikken om de kandidaten te beoordelen in het licht van hun technische bekwaamheid, aan de hand van de vereisten die daaromtrent in de opdrachtdocumenten zijn gesteld. Wel, en uiteraard, dient de aanbestedende overheid bij die beoordeling de regels te

respecteren die zij zelf heeft vastgelegd in de opdrachtdocumenten, te dezen in de in punt 3.4 aangehaalde bepalingen van de selectieleidraad, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van gelijke behandeling. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen selectieleidraad te schenden.

Voorts mag de Raad van State zich, gesteld voor de toetsing van de beoordeling of de voorgelegde referenties voldoen aan de selectieleidraad en de daarin gestelde eisen, niet in de plaats stellen van het bestuur, maar desgevraagd wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

Het komt dan weer de kandidaat voor een overheidsopdracht toe 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 betrokkene aan de gestelde selectie-eisen voldoet.

20. De verzoekende partij lijkt niet te betwisten dat alvast uit de algemene toelichting in haar aanvraag tot deelneming bij de betreffende selectie-eis (“Team samenstelling - Betrokken sleutelpersonen”) niet blijkt dat zij aan de vereiste twee referenties voldoet aangezien één van de twee daarin voor de sleutelpersoon “werfleider bouw” aangehaalde referenties (met name “AP Campus Hallenplein”) niet beantwoordt aan de kwestieuze eis dat slechts rekening wordt gehouden met referenties die zich reeds in de fase van voorlopige oplevering bevinden. Die vereiste was overigens in de selectieleidraad opgenomen.

De verzoekende partij oppert echter dat de verwerende partij ten onrechte is voorbijgegaan aan het *curriculum vitae* van de sleutelpersoon “werfleiding bouw”, niettegenstaande er daar een “lijst van referenties” is

opgenomen waarvan een aantal projecten wel aan de betreffende criteria zouden voldoen.

De verzoekende partij blijkt bij haar deelnemingsaanvraag inderdaad een *curriculum vitae* van de betrokken sleutelpersoon “werfleiding bouw” te hebben gevoegd waarin een lijst is opgesomd van de door hem uitgevoerde projecten.

De vraag rijst dus of, zoals de verzoekende partij ter terechtzitting opmerkt, de verwerende partij ten onrechte is voorbijgegaan aan de (andere) projecten die in het *curriculum vitae* van de betreffende sleutelpersoon werden vernoemd.

Die vraag lijkt, in het licht van de in de selectieleidraad gestelde selectievoorwaarden, om de hierna uiteengezette redenen, *prima facie* ontkennend te moeten worden beantwoord.

21. Uit de hiervoor aangehaalde algemene bepalingen van de selectieleidraad inzake de referenties om de technische- en beroepsbekwaamheid aan te tonen (punten 8.2, 8.2.1 en 8.2.2 van de selectieleidraad), volgt dat een inschrijver bij indiening van zijn deelnemingsaanvraag een referentie voor meerdere disciplines mag aanwenden doch met dien verstande dat hij “expliciet [dient] aan te geven voor welke criteria hij de referentie in kwestie wenst aan te reiken”. Voorts bevat de aanvraag tot deelneming “telkens voor elk gevraagde referentie de voor dat selectiecriterium specifiek gevraagde relevante gegevens, hetzij door expliciete vermelding, hetzij door een expliciete en éénduidige verwijzing”. Daarbij mogen er niet meer referenties worden opgegeven dan de toegestane aantallen. Indien kandidaten meer referenties meegeven, behoudt de aanbestedende overheid zich in de selectieleidraad uitdrukkelijk het recht voor om enkel referenties in aanmerking te nemen die het meest vooraan in de deelnemingsaanvraag werden opgenomen, “tot het opgegeven aantal is bereikt”. Voorts bepaalt de selectieleidraad nog dat indien het opgegeven aantal wordt

overschreden, de aanbestedende overheid de referenties in aanmerking zal nemen in de volgorde waarin ze bij de aanvraag tot deelneming zijn gevoegd en, nog, dat met de referenties die verder zijn vermeld, geen rekening moet worden gehouden.

In het licht van die bepalingen lijkt het standpunt van de verwerende partij aanvaardbaar dat zij ervan mocht uitgaan dat de twee referenties uitdrukkelijk genoemd *cq.* naar voor geschoven in de aanvraag tot deelneming onder de titel “Team samenstelling - Betrokken sleutelpersonen” de gevraagde referenties behelzen wat de sleutelpersoon “werfleider bouw” betreft, zonder verder te moeten kijken naar de lijst met projecten aangehaald in het *curriculum vitae* van de werfleider.

22. De Raad van State merkt in dat verband overigens op dat in de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij, d.i. een vertrouwelijk stuk dat de Raad van State in haar beoordeling mag betrekken, voor de overige sleutelpersonen vereist voor criterium F) op gelijksoortige wijze te werk is gegaan. Het lijkt dan ook op het eerste gezicht niet dat de verzoekende partij de projecten voor de sleutelpersoon “werfleiding bouw” aldus heeft vernoemd enkel om een aantal recente projecten uit te lichten, zonder de bedoeling te hebben gehad deze projecten als de door de selectieleidraad vereiste referenties op te geven tot bewijs van het in hoofde van de “werfleider bouw” vereiste “minimaal niveau” (punt 8.2.8.1. van de selectieleidraad).

Op het eerste gezicht moest de verwerende partij volgens de opdrachtdocumenten dus geen rekening houden met de overige projecten opgesomd in het *curriculum vitae*, aangezien zij deze zo mocht begrijpen dat ze door de verzoekende partij niet werden opgegeven als één van de twee vereiste referenties voor de “werfleider bouw”. Minstens behoorden de overige projecten in die lijst niet tot de eerste twee opgegeven vereiste referenties.

Er anders over oordelen, zou, zo lijkt, de zinsnede dat “niet méér referenties mogen worden aangeleverd dan de vereiste aantallen” en dat – in

zoverre het opgegeven aantal wordt overschreden – deze slechts in aanmerking worden genomen “tot het opgegeven aantal is bereikt”, volledig uithollen.

Die interpretatie lijkt voorts steun en toepassing te vinden in de vraagstelling aan de kandidaten waarin eraan wordt herinnerd dat “[i]n het geval er meer referenties worden opgegeven dan in de Selectieleidraad gevraagd, [...] de Aanbestedende Overheid de eerst vernoemde referentie(s) in aanmerking [zal] nemen ter beoordeling.” (*cfr. supra* punt 3.7).

Minstens had de verzoekende partij, als zorgvuldige kandidaat die in de eerste plaats zelf instaat voor een diligente redactie en indiening van zijn deelnemingsaanvraag, moeten weten dat de door haar gehanteerde werkwijze tot verwarring m.b.t. de aangevoerde referenties zou leiden. Daarbij komt nog dat de verzoekende partij voor de betreffende referenties van criterium F) geen sjabloon ‘bijlage 3: verklaring technische bekwaamheid’ heeft ingevuld dat omwille van de algemene aard van dit vormvereiste ook voor criterium F) leek te moeten worden toegevoegd. Dat zij het project “AP Campus Hallenplein” uitdrukkelijk naar voren wenste te schuiven als één van de twee vereiste referenties wordt, zo lijkt, nog versterkt door het feit dat zij in het overzicht “Team samenstelling – Betrokken sleutelpersonen”, wat die referentie betreft, “duidelijk en éénduidig” verwijst – wat door de leidraad wordt toegestaan – naar diezelfde referentie die ook is opgegeven voor het “criterium A - Promotieopdracht”, zodat het voor de verwerende partij op grond van de deelnemingsaanvraag zelf duidelijk mocht zijn dat dit referentieproject in aanmerking moest worden genomen. Hierin is derhalve al evenmin een aanknopingspunt te vinden voor het feit dat de verzoekende partij niet de in de algemene toelichting genoemde twee projecten als referentieprojecten naar voren schoof, maar wel een aantal andere referenties uit het *curriculum vitae* van de werfleider.

In die omstandigheden gaat het niet op alsnog te stellen dat het de verwerende partij zelf is die in het *curriculum vitae* op zoek moest gaan naar de relevante referenties. Daarmee lijkt de verzoekende partij ten onrechte een

omgekeerde invulling te geven aan het selectie-onderzoek. Het lijkt immers geen verplichting voor de verwerende partij te zijn, zoals in het middel in wezen wordt verondersteld, om zelf uit het *curriculum vitae* af te leiden welke projecten de verzoekende partij dan wel heeft bedoeld.

23. Bovendien, zelfs al zou de verwerende partij ertoe gehouden zijn om aan de hand van de in het *curriculum vitae* opgesomde projecten de ontbrekende tweede referentie uit eigen beweging te identificeren, overeenkomstig de selectieleidraad “in de volgorde” waarin ze zijn opgenomen, dan kan er niet overheen worden gestapt dat het derde en het vierde in het *curriculum vitae* opgenomen project hoe dan ook geen valabele referenties zijn omdat deze projecten niet de vereiste minimale bouwkost van 10.000.000 euro exclusief btw bereiken.

24. In de mate de verzoekende partij op de terechtzitting nog doet gelden dat de algemene richtlijnen voor de opgave van referenties van de selectieleidraad geen toepassing zouden vinden op selectie criterium F), maar wel op de selectiecriteria A) tot E) (*cfr. supra* punt 12) omdat enkel die laatsten worden aangewend bij de “doorselectie”, kan zij daarin *prima facie* niet worden bijgevalen. Anders dan zij het ziet, volgt die zienswijze echter, zo lijkt, niet uit de selectieleidraad, nu deze onder punt 8.2.2 geen dergelijk onderscheid maakt maar integendeel algemene richtlijnen lijkt te bevatten voor referenties die gevraagd worden in het kader van technische- en beroepsbekwaamheid, zonder meer. Al evenmin kan uit het enkele feit dat selectie criterium F) geen rol lijkt toebedeeld bij de bijkomende inhoudelijke beoordeling *c.q.* “doorselectie” worden afgeleid dat de “richtlijnen voor de opgave van de referenties” niet van toepassing zouden zijn op criterium F). Dit lijkt overigens te worden weersproken door de algemene passage onder punt 8.2.2, laatste paragraaf, van de selectieleidraad waarin, zoals eerder aangehaald, is bepaald dat:

“Eenzelfde referentie [...], indien relevant, ter beantwoording van meer dan één selectie criterium inzake technische bekwaamheid [kan] worden ingediend. De Aanvraag tot Deelneming bevat evenwel telkens voor elk

gevraagde referentie de voor dat selectie criterium specifiek gevraagde relevante gegevens, hetzij door expliciete vermelding, hetzij door een expliciete en éénduidige specifieke verwijzing.”.

Door haar eigen visie inzake het toepassingsbereik van de algemene richtlijnen inzake de opgave van referenties – die *prima facie* geen steun vindt in de leidraad – in de plaats van de verwerende partij te stellen, lijkt de verzoekende partij er weerom aan voorbij te gaan dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid, die zelf de selectie-eisen heeft omschreven, toekomt haar opdracht documenten te interpreteren en, vervolgens, toe te passen.

Dat er naast de betreffende referenties nog andere eisen aan de sleutelpersonen worden gesteld zoals diploma of vereiste aantal jaren beroepservaring of, nog, over een lijst van referenties wordt gesproken, doet voorshands niet anders besluiten.

25. De argumenten van de verzoekende partij om de deugdelijkheid van het motief te betwisten, kunnen derhalve op het eerste gezicht niet overtuigen. De beslissing om de verzoekende partij op grond van de tweede referentie niet te selecteren, is misschien veeleisend maar daarom niet onredelijk. Dat de verzoekende partij daardoor de kans zou zijn ontnomen om nog mee te dingen naar de opdracht, doet op het eerste gezicht evenmin anders besluiten. Alleszins toont de verzoekende partij niet aan dat het beginsel van de mededinging de beslissingsruimte van de verwerende partij die deze, zoals hiervoor is uiteengezet, op het eerste gezicht naar redelijkheid heeft uitgeoefend, aantast.

26. Evenmin kan de verzoekende partij, zo lijkt, worden bijgevalen waar zij betoogt dat de verwerende partij met toepassing van artikel 66, §3, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 verplicht was om bijkomende informatie op te vragen over de kwestieuze referenties.

Weliswaar houdt artikel 66, §3, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 een mogelijkheid in om de inschrijvers te verzoeken de neergelegde

documenten aan te vullen of toe te lichten, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Deze bepaling biedt op het eerste gezicht geen basis om aan een kandidaat nog de mogelijkheid te bieden de kandidatuur aan te passen of, te dezen andere referenties aan te duiden uit het cv. Dat lijkt immers op een nieuwe kandidaatstelling neer te komen, wat het kader van de mogelijkheid om op opheldering te vragen te buiten gaat, rekening houdende met de selectievereisten.

27. Voorts, wat de mogelijkheid betreft om bijkomende informatie op te vragen, beschikt de aanbestedende overheid over een zekere, zij het weerom niet onbegrensde, beoordelingsmarge om te beslissen al dan niet over te gaan tot het vragen van een toelichting of aanvulling van de kandidaat. Desgevraagd mag de Raad van State, zonder zich in de plaats te stellen, nagaan of de aanbestedende overheid bij de uitoefening van die discretionaire bevoegdheid de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten is gegaan.

Te dezen kan het de verwerende partij op het eerste gezicht niet worden verweten niet tot een bevraging van de betreffende referenties te zijn overgegaan. De verwerende partij heeft immers het betrokken selectievereiste F), op grond waarvan twee referenties moeten worden aangeleverd, zonder meer toegepast, en is, zoals hoger is uiteengezet, tot het besluit gekomen dat door de verzoekende partij voor de “werfleider bouw” op expliciete en eenduidige wijze twee referenties naar voren werden geschoven, zij het dat de verwerende partij bij de beoordeling ervan moest vaststellen dat een van beide niet voldeed zodat het vereiste niveau niet wordt bereikt.

De voorliggende situatie – waarbij het voor de aanbestedende overheid duidelijk was en mocht zijn dat de twee naar voren geschoven projecten de in het kader van het selectiecriterium aangevoerde referenties zijn –, lijkt overigens wezenlijk te verschillen van de situatie die aan de orde was in de door de verzoekende partij aangehaalde rechtspraak waaronder het arrest van de Raad van

State nr. 260.179 van 19 juni 2014 waarnaar de verzoekende partij in het verzoekschrift zoals op de terechtzitting, verwijst.

In de zaak die tot het genoemde arrest heeft geleid was er immers, anders dan te dezen het geval is, in de aanvraag tot deelneming sprake van tegenstrijdigheden (omtrent de identiteit van de in die zaak betrokken kandidaat) die de aanbesteder hadden moeten doen inzien dat er geen sprake was van twee verschillende rechtspersonen zodat de aanbesteder in die zaak wel genooddaakt was om opheldering te vragen. Te dezen lijkt dergelijke noodzaak geenszins voorhanden want in de aanvraag tot deelneming was genoegzaam aangeduid welke referenties voor de “werfleider bouw” werden aangebracht. De verwijzing naar het genoemde arrest lijkt dan ook om die reden alleen al, niet dienend.

28. In de mate de verzoekende partij tot slot nog verwijst naar de op de aanbestedende overheid rustende zorgvuldigheidsplicht, dient opgemerkt dat dit niet anders doet besluiten aangezien het er een aanbestedende overheid niet toe lijkt te verplichten de onzorgvuldigheid van de verzoekende partij recht te zetten door haar te vragen de tweede referentie die zij uitdrukkelijk moest aangeven en wat zij ook heeft gedaan, alsnog te vervangen door een project opgesomd in de lijst van projecten uit het *curriculum vitae*.

29. Bijgevolg is de Raad van State in het kader van de schorsingsprocedure niet ervan overtuigd dat de beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren strijd oplevert met de in het verzoekschrift geschonden geachte bepalingen en beginselen, noch dat deze beslissing niet in verhouding zou staan tot de doelstelling die met het selectiecriterium wordt nagestreefd namelijk garanderen dat de gekozen inschrijver in staat zal zijn om de opdracht op een kwaliteitsvolle manier uit te voeren ten behoeve waarvan de vereiste aandacht is gegaan naar de referenties die voor de voorgedragen sleutelpersonen in de aanvraag tot deelneming uitdrukkelijk en eenduidig zijn aangereikt. Voorts lijkt de interpretatie en toepassing die de verwerende partij aan de selectieleidraad geeft –

ook al is die naar haar eigen inzichten “streng” – de grenzen van de redelijkheid niet te buiten te gaan, noch de mededinging te hebben beperkt.

VIII. Besluit

30. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op twee september tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Kaat Leus,
bijgestaan door

Bart Tettelin,

De griffier

Bart Tettelin

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Kaat Leus