

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 173.992 van 16 augustus 2007
in de zaak A. 184.589/XII-5158.**

In zake : 1. de n.v. KUMPEN,
 2. de n.v. IMTECH PROJECTS,
 samen vormend de t.h.v. KUMPEN-IMTECH BRANDWONDEN-
 CENTRUM,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat I. COOREMAN,
 kantoor houdende te BRUSSEL,
 Ninoofsesteenweg 643

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van
Landsverdediging,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'HOOOGHE en S. JOCHEMS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Loksumstraat 25.

tussenkommende partij :

de n.v. WYCOR,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. DE WOLF en J. TIMMERMANS,
kantoor houdende te MAARKEDAL,
Etikhovestraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. KUMPEN en de n.v.
IMTECH PROJECTS, samen vormend de t.h.v. KUMPEN-IMTECH BRAND-
WONDENCENTRUM, op 30 juli 2007 hebben ingediend om bij uiterst dringende
noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

"(i) de beslissing (zonder datum) van de Minister van Landsverdediging waarbij
werd beslist om de Overheidsopdracht van werken nr. 7IP041 betreffende de
inrichting van een nieuw brandwondencentrum te NEDER-OVER-HEEM-
BEEK na een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te gunnen aan
de 'firma Wycor n.v.' alsook een premie van 250.000 EUR toe te kennen aan
de 'Tijdelijke Handelsven(n)ootschap (THV) Kumpen -Imtech Brandwonden-
centrum' als tweede gerangschikte technisch conforme ontwerp
(ii) de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet te
gunnen aan de 'THV Kumpen - Imtech Brandwondencentrum'

(iii) de impliciete beslissing geen premie toe te kennen aan de inschrijver van het derde gerangschikte ontwerp en voor zover als nodig
(iv) de beslissing (zonder datum) van de Minister van Landsverdediging waarbij werd beslist om de overheidsopdracht volgens bestek 6IP007 niet te gunnen en om in toepassing van art. 17 & (lees §) 2, 1/ d) van de wet van 24/12/1993 over te gaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met de 4 geselecteerde inschrijvers die een offerte hebben ingediend en zonder wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 1 augustus 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 augustus 2007, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van voorzitter M.-R. BRACKE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. COOREMAN, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat D. D'HOOGHE, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat J. TIMMERMANS, die verschijnt voor de tussenkommende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. VERMEIRE;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Tussenkomst

Overwegende dat met een op 7 augustus 2007 aangetekend verzonden verzoekschrift de n.v. WYCOR, begunstigde van de eerste bestreden beslissing, vraagt om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat haar verzoek kan worden ingewilligd;

2. Feiten

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

2.1. In een synthesenota van 15 maart 2006 aan de minister van Landsverdediging wordt gewezen op de aanzienlijke reputatie van het militair

hospitaal te Neder-over-Heembeek op het vlak van de behandeling van brandwondenpatiënten, het groot belang van de daarmee gepaard gaande kennis en ervaring in het kader van de medische steun aan operaties en de hulp aan de Natie en de wens van Defensie om, in het kader van het beoogde partnerschap met het Universitair Verplegingscentrum Brugmann, zijn specifieke expertise en competentie in dit domein verder te ontwikkelen en het brandwondencentrum uit te bouwen tot een Europees referentiecentrum.

Volgens deze synthesesnota zou de inrichting en de uitrusting van het brandwondencentrum hiervoor geactualiseerd moeten worden en is het op basis van de evolutie van de medische inzichten en de introductie van nieuwe concepten voor de behandeling en hospitalisatie van brandwondenpatiënten in andere Europese centra noodzakelijk om de inrichting en de compartimentering van de kamers ter beheersing van de graduele besmettingsrisico's volledig opnieuw uit te denken.

Er wordt voorgesteld hiervoor een beperkte offerte-aanvraag onder de vorm van een wedstrijd uit te schrijven met als gunningscriteria de technische waarde (60 %) en de prijs (40 %).

In deze synthesesnota wordt de opdracht geraamd op 12.400.000 euro zonder btw en 15.000.000 euro met btw, "budgettaire raming" gebaseerd op een extrapolatie van de recente realisatie van het brandwondencentrum van het UZ Gent, onderverdeeld voor de "High Care entiteit", de "Medium Care entiteit", de "Low Care entiteit" en de "Sp en ambulante patiënten (no risk)" en rekening houdend met een prijsherziening 2 % en een bedrag van 600.000 euro premies "verdeeld over de laureaten" als volgt : resp. 250.000 euro voor de eerste, 200.000 euro voor de tweede en 150.000 euro voor de derde. Inbegrepen in dit bedrag is eveneens het vaste medische materieel dat in het kader van de aanneming dient geïnstalleerd te worden alsook de centrale monitoring, voor een geraamd totaal bedrag van 3.000.000 euro, btw inbegrepen.

2.2. In een advies van 10 april 2006 wijst de Inspectie van Financiën er onder meer op dat de kostenraming tussen oktober 2005 en maart 2006 verdubbelde en dat zij, rekening houdend met de techniciteit van het project en de hooggestelde ambitie om erkend te worden als Europees referentiecentrum, weinig vertrouwen heeft in de beheersbaarheid van de kosten. Zij dringt er daarom op aan dat het project wordt goedgekeurd binnen een welbepaalde gesloten budgettaire enveloppe.

2.3. In een antwoord van 25 april 2006 wijst Defensie er in dit verband op dat de raming van oktober 2006 gebaseerd was op een eerste ruwe schatting zonder grondige kennis van de concrete implicaties op infrastructuurgebied van de nieuwe medische inzichten inzake compartimentering en isolatie van de patiënten en van de technische vereisten die dit met zich brengt, terwijl de actuele raming het resultaat is van de sindsdien doorlopen preliminaire studiefase en rekening houdt met de ingewonnen informatie tijdens bezoeken aan andere recent (her)ingerichte brandwondencentra in andere Europese landen, meer bepaald het Cochin-ziekenhuis in Parijs, het Karolinska-ziekenhuis te Stockholm en het UZ Gent. Tevens wordt vermeld dat, om tegemoet te komen aan de wens van de Inspectie van Financiën inzake het vastleggen van een budgettaire enveloppe, in het bestek een clausule zal worden opgenomen dat de administratie, rekening houdend met de techniciteit en specificiteit van het project, veel belang hecht aan de beheersing van de kosten en dat, onafgezien van de gunningscriteria die ertoe leiden de offerte met de beste prijs/kwaliteit verhouding te kiezen, de administratie zich het recht voorbehoudt om de opdracht niet te gunnen indien de offertes de drempel van 15 miljoen euro overschrijden.

2.4. Op 28 april 2006 keurt de Ministerraad dit project goed onder meer op voorwaarde dat de raad op geregelde tijdstippen zal worden geïnformeerd over de evolutie van het dossier, inzonderheid wat betreft het opstellen van het lastenboek en de definitieve kostenraming en dat het dossier voor de definitieve gunning opnieuw aan de Ministerraad wordt voorgelegd.

2.5. In het Bulletin der Aanbestedingen van 9 mei 2006 en in het Europees Publikatieblad van 10 mei 2006 publiceert het Ministerie van Landsverdediging een aankondiging van opdracht voor de inrichting van een nieuw brandwondencentrum op de 5^e verdieping van het hoofdgebouw van het militair hospitaal te Neder-over-Heembeek, met inbegrip van de vaste medische uitrusting.

De opdracht betreft zowel het ontwerp als de uitvoering.

2.6. Tien ondernemingen dienen tijdig een kandidatuurstellingdossier in waaronder de n.v. HOUTCONSTRUCTIES WYCKAERT, waarvan de benaming later werd gewijzigd in de n.v. WYCOR, de s.a. AXIMA CONTRACTING, de t.h.v. DEVIS ENERGIEËN - FRANKI CONSTRUCT, de "Société Momentanée" CIT BLATON - CLOSE en de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM, waarvan de n.v. KUMPEN en de n.v. IMTECH PROJECT deel uitmaken.

2.7. Deze kandidatuurstellingdossiers worden onderzocht op hun overeenstemming met de selectiecriteria, wat leidt tot een selectieverslag van 5 juli 2006 en een niet-gedateerde beslissing waarbij de vijf voornoemde kandidaten worden geselecteerd.

2.8. Zij ontvangen vervolgens het bestek MRMP - I/P nr. 6IP007 en zijn bijlagen.

Dit bestek vermeldt in paragraaf 4 (pag. 7) dat het gaat om een beperkte offerteaanvraag in de vorm van een wedstrijd.

Paragraaf 8 bevat de gunningscriteria en bepaalt onder meer in punt a dat de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest waarvan wordt geoordeeld dat zij de meest voordelige is, rekening houdend met de criteria en gewichten (ponderaties) vervat in bijlage F, zijnde het criterium technische waarde (60 %) verder onderverdeeld in criteria rang 2 die verder onderverdeeld zijn in criteria rang 3, en het criterium prijs (40 %). Punt b omschrijft de methode ter bepaling van de voordeligste regelmatige offerte, methode waarin eerst wordt aangegeven hoe een cijfer wordt toegekend aan het criterium technische waarde, vervolgens hoe een cijfer wordt toegekend aan het criterium prijs en ten slotte dat "het eindcijfer dat aan elke offerte gegeven wordt, (...) het gewogen gemiddelde (is) van de cijfers uitgedrukt in %, rekening houdend met de ponderatie van de twee criteria rang 2", in toepassing van de vervolgens bepaalde formule. Vervolgens is in punt c bepaald wanneer een offerte als ontoereikend wordt beoordeeld ten overstaan van het hoofdobjectief "het nieuw brandwondencentrum zal een Europees referentiecentrum zijn", onder meer wanneer een inschrijving minder dan 60 % behaalt op het criterium rang 1, "Technische waarde", of minder dan 50 % behaalt op minstens één criterium rang 2 of minder dan 10 % behaalt op minstens één criterium rang 3, voor zover dit cijfer bepaald werd volgens de methode van punt 8 b 1. In punt d "budgettair plafond" is bepaald dat de aanbestedende overheid veel belang hecht aan de beheersing van de kosten, dat het concept moet rekening houden met een globaal budgettair plafond van 15 miljoen euro (btw en premies inbegrepen) en dat de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt de opdracht niet te gunnen indien de offertes deze drempel overschrijden.

2.9. Ook elders in het bestek, met name in de algemene voorschriften van de technische specificaties, deel A, pag. 2, wordt verwezen naar de doelstelling in termen van infrastructuur een referentiecentrum te worden op Europees niveau, met de toevoeging dat dit element "een van de doorslaggevende criteria" zal zijn

tijdens de evaluatie van de aanbiedingen. Ook tijdens de slide show op de eerste informatievergadering van 16 augustus 2006 wordt gesteld dat het brandwondencentrum gezien moet worden als een "REFERENTIE CENTRUM op EUROPEES NIVEAU op gebied van infrastructuur" en dat bij de evaluatie van het dossier meer belang zal worden gehecht "aan de KWALITEIT dan aan de prijs".

2.10. De t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM, (de verzoekende partijen), dient een basisofferte in en - naar eigen zeggen - vier vrije varianten. Offertes werden ook ingediend door de n.v. HOUTCONSTRUCTIES WYCKAERT (thans de n.v. WYCOR), door de s.a. AXIMA CONTRACTING en door de t.h.v. DEVIS ENERGIEËN - FRANKI CONSTRUCT.

2.11. In het gunningsverslag nr. 6IP007 worden na een administratieve analyse van de offertes alle offertes administratief conform geacht, zij het dat in het deel nazicht van de vormelijke conformiteit van varianten en opties wordt besloten dat voor de verzoekende partijen geen rekening kan worden gehouden met de vierde variëte die een voorbehoud bevat en ingaat tegen de essentiële bestekbepalingen, en dat voor de andere inschrijvers enkel rekening kan worden gehouden met de basisofferte.

Wat betreft de technische analyse neemt dit gunningsverslag de beoordeeling van de jury in een omstandig evaluatieverslag van het technische en logistieke luik van het bestek MRMP - I/P Nr. 6IP007 over : de offertes van de s.a. AXIMA CONTRACTING en de t.h.v. DEVIS ENERGIEËN - FRANKI CONSTRUCT zijn niet conform wat betreft de door de inschrijvers te leveren technische documenten, de n.v. HOUTCONSTRUCTIES WYCKAERT, de goedkoopste inschrijver voor een bedrag van 17.019.074,32 euro, btw inbegrepen, is technisch niet conform want ontoereikend wat betreft het hoofdobjectief "het nieuw brandwondencentrum zal een Europees referentiecentrum zijn" nu minder dan 60 % wordt gescoord op het criterium van rang 1, Technische waarde, te weten 46,02 %, minder dan 50 % wordt behaald op vier criteria van rang 2 en minder dan 10 % op vijf criteria van rang 3; de drie varianten van de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM zijn niet conform maar dit is wel het geval voor de basisofferte met een score van 74,19 % voor het criterium Technische waarde.

Tegelijk wordt in het gunningsverslag vastgesteld dat de prijs van deze enige conforme offerte, 25.516.574,99 euro, btw inbegrepen en na verbetering, het budgettair plafond zoals vastgesteld in paragraaf 8 d van het bestek,

15 miljoen euro, met meer dan 70 % overschrijdt en dan ook als onaanvaardbaar wordt beschouwd.

Verder wordt vastgesteld dat na analyse van de offertes is gebleken dat de ramingsprijs exclusief premies tot 18,4 miljoen euro of 19 miljoen euro incl. premies dient verhoogd en dit rekening houdend met de techniciteit en complexiteit, alsook met de hoge kwaliteitseisen van het project; als referentiebasis voor deze verhoging is volgens dit verslag uitgegaan van de prijs van de laagste inschrijver (17 miljoen euro) vermeerderd met de geraamde meerkost die theoretisch nodig is om tot een toereikende offerte te komen.

Het gunningsverslag stelt vervolgens voor de opdracht niet te gunnen vermits er van de vier inschrijvers die een offerte hebben ingediend, drie inschrijvers zijn met een onregelmatige offerte en één met een offerte waarvan de prijs als onaanvaardbaar wordt beoordeeld, en om in toepassing van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten over te gaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met de vier inschrijvers die een offerte hebben ingediend en dit zonder wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, aangezien al deze inschrijvers werden geselecteerd en in die hoedanigheid beantwoorden aan de minimumeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak, zoals bepaald door de Koning, en aangezien zij alle vier een administratief conforme offerte hebben ingediend, reden waarom er geoordeeld wordt dat zij voldoen aan de formele eisen van de lopende procedure. Tevens wordt beslist om geen premies uit te betalen in de huidige opdracht en deze mee te nemen naar de nieuwe opdracht, premies die voorzien worden "voor de drie best gerangschikte technisch conforme ontwerpen na dit dat gekozen wordt voor de uitvoering" en om het verslag van niet gunning te laten gelden als "AVA" voor de lancering van de nieuwe overheidsopdracht voor een bedrag van 19 miljoen euro, premies inbegrepen.

Dit gunningsverslag is in fine door de verwerende partij zonder vermelding van datum voor akkoord ondertekend.

2.12. Op 15 maart 2007 geeft de Inspectie van Financiën een negatief advies over het voorstel om de procedure te herbeginnen op basis van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993, blijkbaar omdat volgens haar niet is voldaan aan de voorwaarde dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd, terwijl in casu wordt beoogd het budgettaire plafond dat in het oorspronkelijk bestek bepaald was op 15 miljoen euro, btw en

premies inbegrepen, op te trekken tot 19 miljoen euro, zodat alleen beslist kan worden de opdracht niet te gunnen en geheel opnieuw te beginnen hetzij met een afgeslankt bestek hetzij met een substantieel verhoogde budgettaire enveloppe, verhoogd plafondbudget dat wellicht andere inschrijvers zal aanzetten om ook een offerte in te dienen. Tevens wordt betwijfeld of de laagste inschrijver, de n.v. HOUTCONSTRUCTIES WYCKAERT, waarvan de offerte technisch ontoereikend werd beoordeeld, wel beantwoordt aan de wettelijke vereiste dat haar offerte aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed zodat zij niet meegenomen zou kunnen worden in de nieuwe onderhandelingsprocedure en men ze mits een meerprijs van 1,4 miljoen euro ook niet kan conformeren aan de eisen van het bestek.

2.13. Zich niet aansluitend bij dit negatief advies machtigt de Ministerraad op 18 maart 2007 de verwerende partij om, gezien het belang van de inrichting van een nieuw brandwondencentrum, via een budgetverhoging, de overheidsopdracht herop te starten middels een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op basis van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 met diegenen die een administratief conforme offerte hebben ingediend.

2.14. Met een brief van 2 april 2007 wordt aan de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM meegedeeld dat haar offerte niet werd "uitgekozen" en dat in toepassing van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 werd beslist om over te gaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking zonder wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de opdracht, waarvoor zij zou worden uitgenodigd.

Bijgevoegd is een motivering van de onregelmatigheid van de bij de offerte gevoegde varianten en een niet-gedateerde gemotiveerde beslissing van niet-gunning. Daarin wordt vastgesteld dat alle firma's die een offerte indienden administratief conform zijn, dat alleen de verzoekende partijen een technisch conforme offerte indienden, met name de basisofferte voor een bedrag van 25.516.574,99 euro, btw inbegrepen, dat deze prijs van de enige regelmatige offerte het in het bestek vastgestelde budgettaire plafond van 15 miljoen euro met meer dan 70 % overschrijdt en derhalve door de aanbestedende overheid als onaanvaardbaar wordt beschouwd, reden waarom beslist wordt de opdracht niet te gunnen en in toepassing van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 werd beslist om over te gaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met de

vier geselecteerde inschrijvers die een offerte hebben ingediend en dit zonder wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht.

In de begeleidende brief wordt in toepassing van artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 een termijn van 10 dagen toegekend om kennis te geven van een beroep ingesteld bij de Raad van State, via een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, of voor de gewone rechter, via een procedure in kort geding, en wordt verwezen naar de annulatiebevoegdheid van de Raad.

Deze gemotiveerde beslissing van niet-gunning is de "voor zover als nodig" volgens de omschrijving van het voorwerp in het begin van het verzoekschrift aangevochten vierde bestreden beslissing en wordt in de nota gedateerd op 18 maart 2007, dit is de datum van de goedkeuring van het voorstel door de Ministerraad.

2.15. Met een brief van 16 april 2007 wordt de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM uitgenodigd deel te nemen aan de nieuwe onderhandelingsprocedure en wordt het bestek MRMP - I/P Nr. 7IP041 meegegeeld. Inzake gunningscriteria herneemt dit in paragraaf 8 de tekst van het eerste bestek (zie punt 2.8.).

Het zij opgemerkt dat in de Franstalige versie van dit bestek in punt b 3 niet verwezen wordt naar "twee criteria rang 2" maar naar "chaque critère d'attribution".

De bepaling inzake het "budgettaire plafond" blijft ongewijzigd op 15 miljoen euro. De verhoging van de ramingsprijs tot 18,4 miljoen euro zonder premies of 19 miljoen euro met premies, is volgens de nota een interne maatregel met het oog op budgettaire dekking.

Bijlage F luidt als volgt :

"Gunningscriteria

De gunningscriteria zijn als volgt gestructureerd:

(1) CRITERIA RANG 1

(a) Criteria Rang 2

(i) Criteria Rang 3

De gunningscriteria met ponderaties zijn:

(1) TECHNISCHE WAARDE: 60/100

(a) Beheersing van de besmettingsrisico's: 20/100

(i) Pertinentie en doeltreffendheid (*): 45/100

(ii) Doelmatigheid en intrinsieke waarde (*): 30/100

(iii) Creativiteit en betrouwbaarheid (*): 25/100

(b) Beheersing van temperatuur en vochthuishouding: 15/100

(i) Pertinentie en doeltreffendheid (*): 1/3

(ii) Doelmatigheid en intrinsieke waarde (*): 1/3

(iii) Creativiteit en betrouwbaarheid (*): 1/3

- (c) Monotoring en dispatching: 15/100
 - (i) Elektronische apotheekkast: 15/100
 - (ii) Elektronische apotheekdispenser: 5/100
 - (i) Elektronische apotheekkoelkast: 5/100
 - (ii) Koelkast voor bloed: 5/100
 - (iii) Patiëntendossier + WS: 30/100
 - (iv) Patiëntenmonitoring + centrale + schermen: 50/100
- (d) Vaste medische uitrusting: 15/100
 - (i) Therapie bad (MU 1): 45/100
 - (ii) Techn Arm bad ambu pat (MU 3)/ Technische arm HC (MU 3): 1/100
 - (iii) Techn balk HC (MU 4/MU6): 1/100
 - (iv) Techn balk multisas (MU 5): 1/100
 - (v) Techn. Balk HC (MU 4/6): 1/100
 - (vi) Technische arm bad MC (MU 7): 1/100
 - (vii) Techn balk kamer ambul patiënten (MU 8// kamer MC (MU 8): 3/100
 - (viii) Plafondliftsysteem: 3/100
 - (ix) Mobiele hangkasten + rail + karren: 5/100
 - (x) Systeem voor het ophangen van manden/laden: 3/100
 - (xi) Linnenzakhouder: 2/100
 - (xii) Vuilzakhouder: 2/100
 - (xiii) Zuurstoffleshouder: 1/100
 - (xiv) Meopafleshouder: 1/100
 - (xv) Utilitycombinatie: 2/100
 - (xvi) Rek voor bedpannen (voor opslag van meerdere bedpannen) (inox): 1/100
 - (xvii) Klompenwasser: 2/100
 - (xviii) Hang - wc in hoogte verstelbaar met ingebouwd navulbaar ontsmettingsreservoir: 5/100
 - (xix) Handgreep voor mindervalide met ingewerkte wc-rol houder: 1/100
 - (xx) Lavabo met ergonomische buikuitsparing (enkel): 2/100
 - (xxi) Scrub lavabo (dubbel): 3/100
 - (xxii) Negatoscoop: 2/100
 - (xxiii) Rekken voor mandjes (inox): 1/100
 - (xxiv) Monoscialitiek: 6/100
 - (xxv) Afwasmachine (intensief): 5/100
- (e) Beheersing van de hygiëne (bouwmaterialen): 15/100
 - (i) Pertinentie en doeltreffendheid (*): 1/3
 - (ii) Doelmatigheid en intrinsieke waarde (*): 1/3
 - (iii) Creativiteit en betrouwbaarheid (*): 1/3
- (f) Brandcompartimentering:: 10/100
 - (i) Pertinentie en doeltreffendheid (*): 1/3
 - (ii) Doelmatigheid en intrinsieke waarde (*): 1/3
 - (iii) Betrouwbaarheid (**): 1/3
- (g) Uitbatingskosten technische installaties: 5/100
 - (i) Verbruikskosten: 1/3
 - (ii) Onderhoudskosten: 1/3
 - (iii) Ergonomie: 1/3
- (h) Graad van studie: 5/100
 - (i) Volledigheid van de offerte: 1/2
 - (ii) Structuur en leesbaarheid van de offerte: 1/2
- (*) Betekenis van de gebruikte terminologie
 1. 'pertinentie' en 'doeltreffendheid'

- a. 'pertinentie': heeft betrekking op de mate waarin het geheel conceptueel tegemoet komt aan het objectief gesteld in de hogere rang (bv. 'beheersing besmettingsrisico's')
- b. 'doeltreffendheid': heeft betrekking op de mate waarin de oplossing technisch tegemoet komt aan de uitgedrukte behoeften
- 2. 'doelmatigheid' en 'intrinsieke waarde'
 - a. 'doelmatigheid': heeft betrekking op de beoordeling van de inzet van middelen in de brede betekenis bij gebruik van de stallatie (dit kan bv. zijn impact op de inzet van Pers, impact op de functioneringswijze,...). De rechtstreekse verbruikskosten en onderhoudskosten van de technische installaties zijn hierin niet inbegrepen en maken het voorwerp uit van een apart criterium.
 - b. 'intrinsieke waarde': = meerwaarde van een oplossing t.o.v. de 'materiële' waarde op zich (bv. meerwaarde van een systeem voortvloeiend uit de positieve impact op een ander systeem)
- 3. 'creativiteit' en 'betrouwbaarheid'
 - a. 'creativiteit': betreft de mate van originaliteit van het aangeboden t.o.v. de mogelijke oplossing aangereikt door de Aanbestedende Overheid alsook de mate waarin rekening gehouden wordt met aspecten die niet impliciet of expliciet vermeld zijn in het behoeftedossier
 - b. 'betrouwbaarheid' beoordeelt de duurzaamheid van de aangeboden oplossing en de coherentie van het geheel
 - c. Opmerking: de aspecten 'creativiteit' en 'betrouwbaarheid' worden samen beoordeeld. Dit houdt in dat een origineel 'creatief' idee slechts zal gevaloriseerd worden als het 'betrouwbaar' blijkt.

(**) Bij de beoordeling van dit criterium wordt geen belang gehecht aan het aspect 'creativiteit'.

(2) PRIJS: 40/100

Het te beschouwen bedrag voor de vergelijking van de offertes zal gevormd worden door rekening te houden met de meetstaat door de inschrijver bijgevoegd aan Bijl A (Aanh 2)".

Punt 9 betreft de evaluatie en bepaalt de samenstelling van de jury die de technische waarde zal beoordelen en de cijfers toekennen met eenparigheid van stemmen, regelt het eigendom en gebruik van de projecten en bepaalt inzake premies dat de drie best gerangschikte technisch conforme ontwerpen na dit dat gekozen werd voor de uitvoering aanleiding zullen geven tot het toekennen van premies aan de inschrijvers van 250.000 euro voor de tweede geklasseerde, 200.000 euro voor de derde geklasseerde en 150.000 euro voor de vierde geklasseerde.

2.16. De vier uitgenodigde ondernemingen, de n.v. HOUTCONSTRUCTIES WYCKAERT/WYCOR, groepering AXIMA CONTRACTING, de t.h.v. DEVIS ENERGIEËN - FRANKI CONSTRUCT en de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM dienen alle tijdig, dit is voor 14 mei 2007, een offerte in; de tijdelijke handelsvereniging van de verzoekende partijen dient in feite een basisofferte in en twee vrije varianten.

In het gunningsverslag Nr. 7IP041 worden deze offertes administratief conform bevonden.

2.17. De technische evaluatie gebeurde overeenkomstig het bestek door de daartoe aangestelde jury en bestond uit een nazicht van de volledigheid en ontvankelijkheid van de gevraagde technische documenten (luik 1), het nazicht van conformiteit met de onontbeerlijke eisen waaraan het medisch materieel bij voorlopige oplevering dient te voldoen zoals gesteld in deel M van bijlage C bij het bestek (luik 2) en een evaluatie van de offertes volgens de criteria en gewichten hernomen in bijlage F bij het bestek (luik 3), en gaf aanleiding tot een omstandig evaluatieverslag van het technische en logistieke luik van het bestek MRMP-I/P Nr. 7IP041.

In dat kader werd in een eerste evaluatie van de initieel ontvangen offertes op basis van de technische sleutelementen -sleutelementen die een inzicht zouden geven in het voorgestelde project in zijn globaliteit en in de specificiteit van iedere offerte en die werden geïdentificeerd op basis van een tijdens de eerste evaluatie uitgevoerde analyse van het technische en logistieke luik van de initieel ontvangen offertes en van het bij het bestek gevoegde behoeftendossier- per offerte nagegaan welke de tekortkomingen zijn ten overstaan van het bij het bestek gevoegde behoeftendossier, opgedeeld in onaanvaardbare, ernstige en matige tekortkomingen, lijst die werd toegelicht aan de betrokken inschrijvers en op basis waarvan eventueel verbeteringen konden worden ingediend die op hun beurt onderworpen zouden worden aan een eerste evaluatie op tekortkomingen. Het was blijkens dit evaluatieverslag de bedoeling dat de onderhandelingen op die manier leiden tot een offerte die door de technische evaluatiecommissie als toereikend kan worden beschouwd.

Daarbij werd blijkbaar eerst luik 1 en 2 geëvalueerd en een lijst van tekortkomingen meegedeeld aan de betrokkenen met mogelijkheid tot verbetering, waarna de offerte van de t.h.v. DEVIS ENERGIEËN - FRANKI CONSTRUCT in het evaluatieverslag niet conform werd beschouwd, en werd vervolgens voor de overblijvende inschrijvers overgegaan tot een eerste evaluatie ten gronde wat leidde tot een lijst met tekortkomingen ten overstaan van de tijdens de analyse geïdentificeerde technische sleutelementen.

Op 7 juni 2007 wordt aldus door de n.v. WYCOR een verbeteringsvoorstel ingediend in de vorm van een basisofferte en een nieuw samengesteld dossier varianten, en door de verzoekende partijen een verbeteringsvoorstel met een basisofferte en een nieuw samengestelde, economischere, variante 1a. Nadat op

8 juni 2007 ten overstaan van deze beide inschrijvers verduidelijkingen werden gevraagd en deze werden bekomen, oordeelt de jury dat geen verdere verbeteringen dienen aangebracht te worden.

Op 13 juni 2007 worden de onderhandelingen afgerond en vraagt de aanbestedende overheid aan de verzoekende partijen, de groepering AXIMA en de n.v. WYCOR hun "best and final offer" (BAFO) in te dienen.

De drie firma's dienen op 18 juni 2007 hun BAFO in.

Voor de verzoekende partijen gaat het blijkens het gunningsverslag om de basisofferte ten belope van 21.327.533,51 euro, excl. btw, verbeterd als 21.315.399,94 euro, excl. btw en 20.066.479,23 euro, excl. btw, verbeterd als 20.054.345,06 euro, excl. btw voor de vrije variëte 1a. Voor de n.v. WYCOR gaat het wat betreft de basisofferte om een bedrag van 14.702.645,58 euro excl. btw.

2.18. In het voornoemde evaluatieverslag wordt, na een omstandige bespreking en quoterings van de offertes in het licht van de diverse subcriteria van het criterium Technische waarde, de BAFO basisofferte van de groepering AXIMA als ontoereikend beoordeeld omdat een wezenlijk aantal keren een globale beoordeling van minder dan 9 % wordt behaald voor criteria rang 3 zodat deze offerte technisch niet conform wordt geacht. De BAFO basisofferte van de n.v. WYCOR en van de verzoekende partijen worden wel als toereikend beoordeeld evenals de BAFO variëte van deze t.h.v. en krijgen respectievelijk een score op technische waarde van 76,71 %, 78,89 % en 74,73 %.

De BAFO variëte van de n.v. WYCOR wordt als ontoereikend en technisch niet conform beoordeeld omdat een globale beoordeling van minder dan 10 % wordt behaald op het criterium van rang 3 verbruikskosten.

In het gunningsverslag worden deze conclusies en rangschikking wat betreft de technische waarde, met weergave van de score per criterium rang 2, overgenomen (evenals de conclusie dat de offerte van de t.h.v. DEVIS ENERGIEËN - FRANKI CONSTRUCT reeds in de eerste fase technisch niet conform werd geacht), waarna wordt overgegaan tot een analyse van de prijzen voor de technisch conforme offertes en de meest voordelige offerte wordt bepaald, zijnde de basisofferte van de n.v. WYCOR die omwille van de lagere prijs waarop 68,36 wordt gescoord, een eindscore behaalt van 73,37; de basisofferte van de verzoekende partijen, die voor hen het meest voordelig zou zijn vergeleken met variëte 1a, wordt, omwille van de hogere prijs waarop 31,64 wordt gescoord, tweede geklasseerd met een eindscore van 59,99 punten.

Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de n.v. WYCOR voor een bedrag van 17.790.201,15 euro, btw inbegrepen, en om in toepassing van de paragraaf 9 c van het bestek - volgens het verslag inhoudende dat "de best gerangschikte technisch conforme ontwerpen na dit dat gekozen werd voor uitvoering aanleiding geven tot het toekennen van een premie"- aan de verzoekende partijen een premie toe te kennen van 250.000 euro.

Dit gunningsverslag is door de verwerende partij, zonder vermelding van datum, voor akkoord ondertekend.

2.19. In haar advies van 9 juli 2007 vermeldt de Inspectie van Financiën dat het haar bevreemdt dat het groot prijsverschil tussen de offertes van de n.v. WYCOR en van de verzoekende partijen niet sorteert in een groter verschil in kwaliteit, en dat het merkwaardig is dat de huidige conforme offerte van de n.v. WYCOR slechts 771.000 euro duurder is dan haar offerte in de voorgaande procedure die als niet conform werd afgewezen. De Inspectie merkt verder op dat deze offerte opnieuw op een veel lager prijsniveau ligt dan die van de concurrentie. Tegelijk meldt de Inspectie dat haar werd verzekerd dat het bestek noch inhoudelijk noch qua uitvoeringstermijnen werd aangepast ten overstaan van de eerste beperkte offerte-aanvraag, dat alle niet-conformiteiten die in de eerste procedure werden vastgesteld geheel werden weggewerkt en dat deze vooral te maken hadden met een ongelukkige indeling van de oppervlakte en een onevenwicht tussen verwarming en isolatie, gebreken die zonder grote bijkomende kosten konden opgevangen worden, dat de administratie van oordeel is dat de gekozen offerte nu geheel aan het behoeftenprogramma en aan de eisen van het bestek voldoet en er geen bijkomende aanpassingen of uitbreidingen nodig zijn en dat desgevraagd de administratie het grote prijsverschil tussen beide offertes enkel kon verklaren door de bijzonder hoge kwaliteit van de gebruikte materialen, de afwerking en het gebruiksgemak in de duurdere offerte terwijl het bestek slechts een hoge kwaliteit oplegde, terwijl de goedkoopste inschrijver die reeds veel voor Defensie gewerkt heeft de aanmerkingen op zijn initiële offerte zeer goed heeft begrepen en zijn ontwerp nauwkeurig heeft afgestemd op de eisen van het bestek, wat zijn lage inschrijvingsprijs zou verklaren.

Uiteindelijk geeft de Inspectie van Financiën haar akkoord, maar slechts op de uitdrukkelijke voorwaarde dat de opdracht wordt gegund tegen een volstrekt forfaitaire prijs zonder verrekeningen, voorwaarde waarop in de nota van de Ministerraad wordt geantwoord dat het forfaitair karakter van de opdracht in het bestek al herhaaldelijk werd benadrukt.

Op 19 juli 2007 gaat de Ministerraad akkoord met het voorstel in het gunningsverslag en hernomen in die nota "met dien verstande dat duidelijk wordt afgesproken dat het volstrekt forfaitair karakter van de offerte zal gewaarborgd worden bij de gunning van de opdracht". De volgende dag werd ook een begrotingsakkoord verleend op voorwaarde dat rekening werd gehouden met de voorwaarden gesteld in het advies van de Inspectie van Financiën.

2.20. Met een brief van 20 juli 2007 wordt aan de verzoekende partijen meegedeeld dat hun offerte niet uitgekozen werd, met in bijlage de niet-gedateerde gemotiveerde gunningsbeslissing. Dit is de eerste bestreden beslissing die in de nota gedateerd wordt op 19 juli 2007, datum van goedkeuring van het voorstel door de Ministerraad.

Daarin wordt beslist de opdracht toe te wijzen aan de n.v. WYCOR als meest voordelige regelmatige offerte voor een bedrag van 17.790.201,15 euro, btw incl, en een premie van 250.000 EUR toe te kennen aan de verzoekende partijen als het best gerangschikte ontwerp na dit dat gekozen werd. In deze beslissing wordt vermeld dat alle offertes administratief conform zijn, wordt een korte beschrijving gegeven van de procedure van technische evaluatie en onderhandelingen met de conclusie dat de offertes van de groepering AXIMA en van de t.h.v. DEVIS ENERGIEËN - FRANKI CONSTRUCT technisch niet conform en onregelmatig zijn, dat de offerte van de n.v. WYCOR 76,71 % scoorde op technische waarde, de basisofferte van de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM 78,89 % en haar variante 1a 74,73 %, dat uit vergelijking en kwotering van de basisofferte en de variante 1a blijkt dat de eerste de meest voordelige is voor de t.h.v., wordt voor de offerte van de n.v. WYCOR en deze basisvariante de score bepaald voor het criterium prijs, met name 68,36 % resp. 31,64 % en dat de eindscore voor de n.v. WYCOR 73,37 % is en voor de basisofferte van de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM 59,99 %. Bijgevoegd is eveneens een bijlage met de scores van de n.v. WYCOR en de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM, basisofferte en variante 1a, op de verschillende subcriteria rang 2 en 3 van het criterium Technische waarde, zonder verdere verantwoording van elke score.

Deze beslissing en bijlage luiden als volgt :

"1. Definitie van de opdracht

Overheidsopdracht van werken nr. 7IP041 betreffende de inrichting van een nieuw brandwondencentrum te NEDER-OVER-HEEMBEEK - onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

2. Uitgenodigde firma's

- N.V. Houtconstructies Wyckaert
 - Groepering bestaande uit Axima Contracting s.a.. Bureau d'Architecture Emile Verhaegen, GEIJT.S., Potteau Labo, hierna genoemd 'Groepering Axima'.
 - Tijdelijke Handelsvennootschap Devis Energieën - Franki Construct
 - Tijdelijke Handelsvennootschap Kumpen - Imtech Brandwondencentrum
- Alle uitgenodigde firma's hebben een offerte ingediend.

3. Administratieve analyse

Alle offertes zijn administratief conform

4. Technische analyse en onderhandelingen

a. Beschrijving van de procedure

Het technische luik van de offertes is voor technische evaluatie overgemaakt aan een daartoe opgerichte jury conform Art 23 van het KB van 08/01/96, samengesteld volgens Art 9.b van het bestek.

De technische evaluatie is opgebouwd uit drie luiken:

- (1) Luik 1: evaluatie van de volledigheid en ontvankelijkheid van de gevraagde technische documenten zoals gesteld in Bijl D van het bestek.
- (2) Luik 2: evaluatie van de conformiteit met de onontbeerlijke eisen (l2) waaraan het medische materieel bij voorlopige oplevering dient te voldoen, zoals gesteld in deel M van de Bijl C aan het bestek.
- (3) Luik 3: evaluatie van de offertes volgens de criteria en gewichten hernomen in bijlage F van het bestek.

Dit vertaalde zich als volgt:

datum	actie
ontvangst offertes	evaluatie luik (1) en (2)
24 Mei 07	mededeling tekortkomingen- start onderhandelingsfase
start als situatie luik (1) = OK	evaluatie luik (3): initiële analyse
start na evaluatie luik (3)	vaststelling tekortkomingen en besprekingen
13 Jun 07	aanvraag BAFO - einde onderhandelingsfase
18 Jun 07	ontvangst BAFO
start 18 Jun 07	evaluatie luik (3): technisch eindverslag

b. Resultaten van de technische analyse

- (1) De offertes van Gpg Axima en van THV Devis Energieën - Franki Construct zijn technisch niet-conform (zie de motieven van onregelmatigheid in bijlage, enkel voor de betrokken firma's).
- (2) De eindscores voor de toereikende offertes zijn (zie detail in bijlage A van de huidige gemotiveerde beslissing):
 - (a) Wycor n.v.: 76,71 %;
 - (b) THV Kumpen-Imtech Brandwondencentrum (basisofferte): 78,89 %;
 - (c) THV Kumpen-Imtech Brandwondencentrum (variante 1a): 74,73 %;

5. Bepaling van de meest voordelige offerte

1. In aanmerking genomen offertes:

- (1) Wycor nv: de basisofferte.
- (2) THV Kumpen~Imtech BWC:

Om de meest voordelige offerte voor de inschrijver te bepalen, werden zijn basisofferte en variante la na BAFO vergeleken en

gekwoteerd conform Par 8.b(2) en (3) van het bestek. Uit deze vergelijking is gebleken dat de basisofferte de meest voordelige is voor de inschrijver.

b. Bepaling van de score op het criterium Prijs

(1) De prijzen voor de in aanmerking genomen offertes waren bij het indienen van het Best and Final Offer:

(a) Wycor nv: 14.702.645,58 EUR excl. BTW, hetzij 17.790.201,15 EUR BTW in.

(b) THV Kumpen-Imtech BWC (basisofferte): 21.327.533,51 excl BTW, verminderd met 12.134,17 EUR (posten 4.16 en 4.17: dubbele aanbieding VoIP en klassieke telefonie), hetzij 25.791.633,20 EUR BTW in.

(2) De bepaling van de score op het criterium prijs is gebeurd volgens Par 8.b.(2) van het bestek.

c. Bepaling van de eindscore

De bepaling van de eindscore is gebeurd volgens Par 8.b.(3) van het bestek: $= (0,40 \times \text{Kwotering Prijs}) + (0,60 \times \text{Kwotering Technische Waarde})$

d. Resultaat van de berekeningen:

	Prijs BAFO (BTW in)	Kwotering Prijs	Kwotering Tech	Kwotering Totaal	Eind- klasse- ment
Wycor nv	17.790.201,15	68,36	76,71	73,37	1
THV Kumpen-Imtech	25.791.633,20	31,64	78,89	59,99	2

e. Besluit

(1) de firma Wycor nv heeft de meest voordelige offerte ingediend en wordt gekozen voor uitvoering.

(2) THV Kumpen-Imtech BWC heeft in toepassing van Par 9.c van het bestek met het best, gerangschikte technisch conforme ontwerp na dit dat gekozen werd voor uitvoering, recht op een premie van 250.000 EUR

6. Beslissing

Ik beslis de opdracht toe te wijzen aan de firma Wycor nv, aangezien zij de meest voordelige regelmatige offerte ingediend heeft, en dit voor een bedrag van 17.790.201,15 EUR BTW in. In toepassing van § 9.c van het bestek, beslis ik een premie van 250.000 EUR toe te kennen aan THV Kumpen-Imtech Brandwondencentrum.

(...)

Omschrijving criterium	Rang 1	Rang 2	Rang 3	THV Kumpen Imtech BASIS	THV Kumpen Imtech Variante 1 a	Wycor nv
				%	%	%
Beheersing van de besmettingsrisico's		20,0%		70,00	60,00	65,00

Pertinentie en doeltreffendheid			45,0%	70	60	60
Doelmatigheid en Intrinsieke waarde			30,0%	70	60	60
Creativiteit en betrouwbaarheid			25,0%	70	60	80
Beheersing van temperatuur en vochthuishouding		15,0%		76,67	70,00	73,33
Pertinentie en doeltreffendheid			33,3%	70	70	60
Doelmatigheid en Intrinsieke waarde			33,3%	80	70	80
Creativiteit en betrouwbaarheid			33,3%	80	70	80
Monitoring en dispatching		15,0%		99,00	99,00	97,00
Elektronische apotheekkast			5,0%	90	90	80
Elektronische apotheekdispenser			5,0%	90	90	80
Elektronische apotheekkoelkast			5,0%	100	100	90
koelkast voor bloed			5,0%	100	100	90
Patiëntendossier + WS			30,0%	100	100	100
Patiëntenmonitoring + centrale + schermen			50,0%	100	100	100
Vaste medische uitrusting		15,0%		91,40	91,40	91,10
Therapiebad (MU1)			45,0%	90	90	90
Techn arm ambu pat (MU3) /technische arm HC (MU3)			1,0%	90	90	90
Technische balk HC (MU4/MU6)			1,0%	90	90	90
Techn balk multisas (MU5)			1,0%	90	90	90
Techn balk HC (MU4/6)			1,0%	90	90	90
Technische arm bad MC (MU7)			1,0%	90	90	90
Techn balk kamer ambul patiënten (MU8) / kamer MC (MU8)			3,0%	100	100	100
Plafondliftsysteem Mobiele hangkasten + rail + karren			3,0%	90	90	90

Mobiele hangkasten + rail + karren			5,0%	90	90	90
Systeem voor ophangen van manden / laden			3,0%	90	90	90
Linnenzakhouder			2,0%	100	100	100
Vuilzakhouder			2,0%	100	100	100
Zuurstoffleshouder			1,0%	100	100	60
Meopafleshouder			1,0%	100	100	100
Utilitycombinatie			2,0%	100	100	100
Rek voor bedpannen (voor opslag van meerdere bedpannen (inox))			1,0%	100	100	100
Klompenwasser			2,0%	90	90	90
Hang-wc in hoogte verstelbaar met ingebouwde navulbaar ontsmettingsreservoir			5,0%	100	100	100
Handgreep voor mindervalide met ingewerkte wc-rol houder			1,0%	100	100	100
Lavabo met ergonomische buiuitsparing (enkel)			2,0%	80	80	80
Scrub lavabo (dubbel)			3,0%	90	90	60
Negatoscoop			2,0%	80	80	100
Rekken voor mandjes (inox)			1,0%	90	90	90
Monoscialitiek			6,0%	90	90	100
Afwasmachine (intensief)			5,0%	90	90	90
Beheersing van de hygiëne (bouwmaterialen)		15,0%		76,67	70,00	76,67
Pertinentie en doeltreffendheid			33,3%	80	70	80
Doelmatigheid en Intrinsieke waarde			33,3%	70	70	70
Creativiteit en betrouwbaarheid			33,3%	80	70	80
Brandcompartimentering		10,0%		70,00	70,00	70,00
Pertinentie en doeltreffendheid			33,3%	70	70	70
Doelmatigheid en Intrinsieke waarde			33,3%	70	70	70

Betrouwbaarheid			33,3%	70	70	70
Uitbatingskosten technische installaties		5,0%		66,67	63,33	60,00
Verbruikskosten			33,3%	60	50	60
Onderhoudskosten			33,3%	70	70	60
Ergonomie			33,3%	70	70	60
Graad van studie		5,0%		60,00	60,00	60,00
Volledigheid van de offerte			50,0%	60	60	60
Structuur en leesbaarheid van de offerte			50,0%	60	60	60
Technische waarde	60%			78,89	74,73	76,71

"

In de begeleidende brief wordt in toepassing van artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 een termijn van 10 dagen toegekend om kennis te geven van een beroep ingesteld bij de Raad van State, via een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, of voor de gewone rechter, via een procedure in kort geding, en wordt verwezen naar de annulatiebevoegdheid van de Raad.

Naar eigen zeggen ontvingen de verzoekende partijen deze brief op 24 juli 2007, datum die de verwerende partij niet betwist.

2.21. Op 25 juli 2007 vraagt de raadsman van de verzoekende partijen bij aangetekende brief - en naar eigen zeggen ook bij telefax, e-mail en gewone post- om bij hoogdringendheid, gelet op de lopende termijn, kopie over te maken van de gunningsverslagen en van de mogelijk gegeven adviezen voor deze opdracht alsook voor de eerdere offerte-aanvraag. Hieraan zou volgens de verzoekende partijen geen gevolg zijn gegeven, hetgeen de verwerende partij niet betwist.

2.22. Op 30 juli 2007, dit is binnen de toegekende wachttermijn, wordt de onderhavige vordering ingediend;

3. De ontvankelijkheid van de vordering

3.1. Overwegende dat door de verwerende en de tussenkomende partij diverse excepties van onontvankelijkheid van de vordering worden opgeworpen :

3.1.a. Wat betreft de vierde aangevochten beslissing, volgens de nota van 18 maart 2007, om de overheidsopdracht volgens het bestek 6IP007 niet te gunnen, voert de verwerende partij samengevat aan dat het beroep ter zake laattijdig is. Dit is naar haar oordeel immers geen voorbeslissing waarvan volgens de rechtspraak van het arrest de n.v. Labonorm, nr. 152.173, van 2 december 2005, de onwettigheid nog op ontvankelijke wijze kan worden ingeroepen in het kader van beroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. Ook werd die voorbeslissing zelf niet aangevochten. Aangezien dit geen voorbeslissing is van de bestreden gunningsbeslissing van 19 juli 2007 in de nieuwe gunningsprocedure 7IP041, maar een eindbeslissing (die de eerste gunningsprocedure 61P007 afsluit) die niet kan worden beschouwd als een complexe operatie met de nieuwe procedure en die door de verzoekende partijen niet binnen de beroepstermijn werd aangevochten, is deze beslissing definitief. De onwettigheid ervan kan dan ook niet worden ingeroepen als middel dat zou kunnen leiden tot de vernietiging van later genomen beslissingen.

De tussenkomende partij formuleert in essentie dezelfde exceptie met de toevoeging dat de conclusie dat de beslissing tot stopzetting van de eerste procedure een eindbeslissing is en niet gelijk gesteld kan worden met de beslissing de opdracht opnieuw te gunnen via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en dat die beslissingen niet beschouwd kunnen worden als onderdelen van een zelfde beslissing of complexe rechtshandeling bevestigd wordt door het feit dat beide beslissingen een andere rechtsgrond hebben : terwijl de stopzettingsbeslissing rechtsgrond vindt in artikel 18 van de wet van 24 december 1993 steunt de beslissing de opdracht opnieuw te gunnen maar dan via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op artikel 17, § 2, 1/, d) van die wet.

De verwerende partij merkt in dit verband nog op dat de beslissing van 18 maart 2007 om niet aan de verzoekende partijen te gunnen en de procedure stop te zetten ook niet onrechtstreeks via artikel 159 van de Grondwet zou kunnen worden aangevochten, nu dit artikel 159 volgens vaste rechtspraak van de Raad van

State slechts van toepassing is op reglementaire akten en niet op individuele beslissingen.

3.1.b. In de mate de vierde bestreden beslissing ook de beslissing inhoudt dat op grond van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 wordt overgegaan tot onderhandeling zonder bekendmaking met de vier geselecteerde inschrijvers die een offerte indienden, zou dit volgens de verwerende partij eventueel een voorbeslissing kunnen zijn, maar roept zij dienaangaande het gebrek aan belang in. Aangezien de verzoekende partijen ter zake geen specifiek belang formuleren en de Raad van State niet vrijelijk de grenzen van de rechtsstrijd kan bepalen, zou dit belang immers gelijkgesteld moeten worden met het belang opgenomen in de algemene uiteenzetting ter zake in het verzoekschrift en de uiteenzetting van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, met name het behouden van de kans de opdracht alsnog te bekomen en de mogelijkheid op herstel in natura, terwijl de schorsing c.q. nietigverklaring van de beslissing over te gaan tot die onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking dit nadeel niet kan weren, nu dit deze procedure teniet doet terwijl de eerste procedure definitief is stopgezet, hetgeen moeilijk te verenigen is met het streven van de verzoekende partijen alsnog de opdracht in de wacht te slepen. Zij verwijst ter zake ook naar het arrest de n.v. Fortis Corporate Insurance, nr. 173.471 van 12 juli 2007.

Ook hier werpt de tussenkommende partij in feite dezelfde exceptie op met bijkomend een verwijzing naar het arrest Antwerpse Bouwwerken e.a., nr. 165.404 van 30 november 2006.

3.1.c. Inzoverre de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevraagd van de beslissing de opdracht toe te wijzen aan de n.v. WYCOR werpt de tussenkommende partij op dat deze vordering onontvankelijk is wegens gebrek aan belang nu de verzoekende partijen geen enkele kans hebben op het bekomen van de opdracht gelet op het in het bestek opgenomen budgettair plafond van 15 miljoen euro. Alhoewel zij erkent dat die bepaling enkel inhoudt dat het bestuur zich het recht voorbehoudt de opdracht niet te gunnen indien de offertes deze drempel overschreden en dus geen verplichting daartoe bevat en dus ook niet uitsluit dat de opdracht wordt toegewezen aan een offerte die dit plafond in zekere mate overschreed, zouden de verzoekende partijen in casu zeer goed weten welke prijs voor het bestuur onaanvaardbaar was nu hun prijs van 25.516.574,99 euro, btw inclusief, in de eerste offerte-aanvraag procedure onaanvaardbaar was geacht en zij

desalniettemin thans opnieuw in hun BAFO een offerte indienen met een zelfs nog iets hogere prijs, nl. 25.791.633,20 euro, inclusief btw, zodat vaststaat en vaststond dat dit door het bestuur als een onaanvaardbare overschrijding van het plafond zou worden aanzien en dat het bestuur niet bereid is om de opdracht tegen die prijs toe te wijzen te meer nu de voorwaarden van de opdracht niet werden -en niet konden worden- gewijzigd. Het argument van de verzoekende partijen dat haar prijzen in het kader van de onderhandelingsprocedure niet onaanvaardbaar werden geacht gaat niet op daar het bestuur slechts ten aanzien van de offerte die als de meest voordelige wordt aanzien, dus die van de n.v. WYCOR, moet onderzoeken of de prijs ook aanvaardbaar is in de zin van inpasbaar binnen het budget en nu het zeker in een onderhandelingsprocedure geen zin heeft reeds de prijs van de initiële offertes op hun aanvaardbaar karakter te toetsen aangezien het eigen aan die procedure is dat over de prijs onderhandeld kan worden en de BAFO prijs substantieel lager kan liggen dan de initieel aangeboden prijs. De tussenkomen partij stelt in dit verband dat de verzoekende partijen waarschijnlijk gemeend hebben dat het voor de andere inschrijvers onmogelijk zou zijn om tegen een substantieel lagere prijs op gelijkwaardige wijze aan de technische vereisten van het bestek te voldoen zodat zij, door vast te houden aan hun hogere prijs, de verwerende partij ertoe zou kunnen brengen de opdracht toch tegen die hogere prijs toe te wijzen, en zich buiten het spel van de mededinging te kunnen plaatsen, terwijl in casu door de mededinging waarbij de n.v. WYCOR een zeer grote inspanning leverde om een concurrentiële doch volledig technisch conforme offerte in te dienen, een technisch gelijkwaardige offerte kon worden bekomen tegen een substantieel lagere prijs, nadeel dat de verzoekende partijen aan zichzelf te wijten zouden hebben.

In dit kader voert de tussenkomen partij nog kort aan dat noch op basis van het eerste middel noch op basis van het tweede middel een schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing om de opdracht aan de n.v. WYCOR toe te wijzen aan de verzoekende partijen het beoogde voordeel kan verschaffen, met name het herwinnen van de mogelijkheid om zich alsnog de opdracht te zien toewijzen. Het ernstig bevinden van het eerste middel zou de hele onderhandelingsprocedure dermate vitiëren dat de opdracht evenmin aan de verzoekende partijen kan worden toegewezen. Ook indien het tweede middel ernstig zou worden bevonden en het bestuur zou overgaan tot een betere motivering en dit per hypothese ertoe zou leiden dat de offerte van de verzoekende partijen als de meest voordelige wordt gerangschikt, zouden zij het beoogde voordeel niet kunnen

bekomen nu vaststaat dat de geboden prijs door het bestuur als onaanvaardbaar wordt beschouwd en dat zij de opdracht geenszins tegen die prijs wenst te gunnen.

3.1.d. Inzoverre de schorsing wordt gevraagd van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partijen stelt de verwerende partij dat geen enkel middel wordt geformuleerd waaruit zou blijken dat de opdracht enkel en alleen aan hen kon worden gegund zodat de vordering op dat punt onontvankelijk is.

De tussenkomende partij werpt ter zake op dat de vordering op dat punt onontvankelijk is bij gebrek aan belang om dezelfde reden, het budgettair plafond, als dit het geval is voor de toewijzingsbeslissing.

3.1.e. Wat betreft de gevraagde schorsing van de impliciete beslissing om geen premie toe te kennen aan de verzoekende partijen als inschrijver van het derde gerangschikte ontwerp wordt door de verwerende partij aangevoerd dat de Raad van State onbevoegd is nu de verzoekende partijen in wezen de toekenning beogen van een premie waarop zij op basis van paragraaf 9c van het bestek 7IP041 menen recht te hebben, zodat het gaat om een geschil over een subjectief recht.

De tussenkomende partij merkt op dat zij niet zal ingaan op die impliciete beslissing en dat zij veronderstelt dat de verwerende partij het nodige verweer zal voeren met betrekking tot de wettigheid van die beslissing, met de toevoeging dat zelfs indien de Raad van State het onregelmatig karakter van deze impliciete beslissing zou bevestigen, dit geen enkele invloed heeft op de wettigheid en regelmatigheid van de andere beslissingen en dan ook hoogstens kan leiden tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van die impliciete beslissing;

3.2. Overwegende dat de excepties als volgt worden beoordeeld :

3.2.a. In de mate de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevraagd van de beslissing, blijkbaar van 18 maart 2007 en meegedeeld met een brief van 2 april 2007, om de opdracht in het kader van de eerste offerte-aanvraag procedure niet te gunnen en dus deze opdracht stop te zetten te meer nu een nieuwe procedure wordt aangevat, kan prima facie met de verwerende partij en de tussenkomende partij worden aangenomen dat het hier niet gaat om een voorbeslissing van de bestreden toewijzingsbeslissing in het kader van de huidige

onderhandelingsprocedure maar om de eindbeslissing van de vorige offerte-aanvraag procedure : het gegeven dat de stopzettingsbeslissing en de beslissing tot het aanvaarden van de onderhandelingsprocedure tegelijk in één formele akte werd genomen doet aan die vaststelling geen afbreuk, daar een onderscheid moet worden gemaakt tussen het negotium en het instrumentum. Het gaat in casu prima facie om twee autonome beslissingen.

Aangezien die beslissing tot niet-gunning, die in het kader van het bestek 6IP007 meegedeeld werd met een brief van 2 april 2007 met vermelding van de beroepsmogelijkheden, pas op 30 juli 2007, dit is buiten de beroepstermijn, wordt aangevochten, lijkt de vordering op dat punt dan ook laattijdig en dus onontvankelijk.

Aldus moet in de huidige stand van het geding worden aangenomen dat de stopzettingsbeslissing definitief is. Dit heeft prima facie tot gevolg dat de eventuele onwettigheid ervan niet meer kan worden ingeroepen ter ondersteuning van een beroep tegen de toewijzingsbeslissing in het kader van de nieuwe onderhandelingsprocedure. Het gaat immers op het eerste gezicht niet om een onderdeel van de complexe rechtshandeling gevormd door de onderhandelingsprocedure.

Het in het eerste middel ingeroepen artikel 159 van de Grondwet leidt ter zake niet tot een andere conclusie nu dit artikel de Raad van State niet toelaat om een eventuele onregelmatigheid van een definitief geworden, vroegere individuele maatregel, in aanmerking te nemen als middel tot nietigverklaring van een latere akte.

3.2.b. In de mate dat ook de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevraagd van de beslissing, blijkbaar van 18 maart 2007 en meegedeeld met een brief van 2 april 2007, om over te gaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen meer dan vier maanden hebben gewacht om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging van die beslissing te vorderen.

Prima facie is die vordering dan ook laattijdig en derhalve onontvankelijk.

Het argument van de verzoekende partijen ter terechtzitting dat het commercieel niet mogelijk zou zijn tegelijk die beslissing aan te vechten en aan de onderhandelingsprocedure deel te nemen, leidt niet tot een andere conclusie aangezien dit bezwaarlijk tot gevolg kan hebben dat een beroepstermijn, die de rechtszekerheid beoogt, niet loopt en evenmin dat de vereiste in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid voldoende prompt en diligent op te treden niet meer geldt.

Aangezien die beslissing prima facie de eerste beslissing vormt in het kader van een nieuwe complexe rechtshandeling lijkt dit evenwel niet tot gevolg te hebben dat de beweerde onwettigheid van de keuze voor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking waaraan alle in het kader van de eerste opdracht geselecteerde inschrijvers die een (administratief conforme) offerte indienden kunnen deelnemen, niet meer als middel kan worden ingeroepen tegen de toewijzingsbeslissing, nu dit de verzoekende partijen niet definitief uitsloot, hoogstens inhield dat er mededinging zou zijn (zie infra eerste middel).

3.2.c. Thans dient onderzocht of de vordering ontvankelijk is wat betreft de toewijzingsbeslissing zelf.

De tussenkomen partij is immers van oordeel dat de verzoekende partijen geen kans hebben op het bekomen van de opdracht nu de geboden BAFO prijs zelfs hoger zou zijn dan de prijs geboden in de eerste procedure en die door het bestuur onaanvaardbaar werd geacht.

Deze exceptie, die overigens nauw verband houdt met het verweer inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel (zie infra punt 6), moet worden verworpen om reden dat de Raad van State niet in de plaats van het bestuur de offertes kan beoordelen en evenmin in de plaats van het bestuur kan beslissen dat de opdracht in ieder geval niet gegund zal of mag worden gegund aan de verzoekende partijen, want onaanvaardbaar gelet op het overschrijden van het budgettaire plafond van 15 miljoen euro. Dit geldt in casu des te meer nu dit bestek niet bepaalt dat het bestuur in elk geval de opdracht niet zal gunnen wanneer de offerte een hogere prijs bevat dan dit plafond maar enkel dat het bestuur zich dit recht voorbehoudt en nu blijkbaar intern in een hogere budgettaire enveloppe werd voorzien namelijk 19.000.000 euro met premies en exclusief btw. Indien het tweede middel ernstig zou worden bevonden, kan dit verder leiden tot een nieuwe

motivering en eventueel zelfs andere scores op het criterium Technische waarde, hetgeen voor de overheid misschien een reden zou kunnen zijn anders te oordelen over dat plafond of het aanvaardbaar karakter in dat licht van bepaalde prijzen.

3.2.d. In de mate de schorsing wordt gevraagd van de impliciete beslissing de opdracht niet toe te wijzen aan de verzoekende partijen, lijkt met de verwerende partij te moeten worden vastgesteld dat geen van de ingeroepen middelen, indien ernstig c.q. gegrond, duidelijk de rechtsplicht inhouden om de opdracht aan de verzoekende partijen te gunnen, zodat de vordering op dat punt onontvankelijk lijkt.

3.2.e. In de mate de schorsing van de impliciete beslissing wordt gevraagd geen premie toe te kennen aan de inschrijver van het derde gerangschikte ontwerp, volgens het derde middel is dit de tijdelijke handelsvennootschap van de verzoekende partijen voor wat betreft haar variante 1a, lijkt met de verwerende partij aangenomen te moeten worden dat het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van die vordering de toekenning van een subjectief recht betreft zodat de Raad van State niet bevoegd is om van de vordering op dat punt kennis te nemen.

Daarnaast dient vastgesteld dat niet wordt aangegeven welk moeilijk te herstellen ernstig nadeel de verzoekende partijen lijden doordat impliciet beslist werd geen premie van 200.000 euro toe te kennen aan de verzoekende partijen voor hun variante 1a, daar dat nadeel hoogstens financieel lijkt en dus ook in beginsel herstelbaar is, zodat de vordering tot schorsing op dat punt ook om die reden verworpen moet worden. Evenmin blijkt trouwens waarom de vordering op dat punt uiterst dringend is;

4. De schorsingsvoorwaarden

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

5. De ernst van de middelen

Eerste middel

5.1.1. In het eerste middel roepen de verzoekende partijen de schending in van de artikelen 1 en 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de beginselen van behoorlijk bestuur waaronder in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel. De ingeroepen rechtsregels en beginselen worden in essentie geschonden geacht omdat de opdracht werd toegekend na toepassing van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 terwijl niet voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden van dat artikel enerzijds nu niet is aangetoond dat de prijs geboden in de offerte van de verzoekende partijen, offerte die als enige regelmatige offerte werd beschouwd in die offerte-aanvraagprocedure, "onaanvaardbaar" zou zijn en anderzijds omdat niet is aangetoond dat de andere bij de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking betrokken kandidaten in het kader van de eerste procedure een offerte hadden ingediend die voldeed aan de formele eisen van de opdracht. Aldus zou de bestreden beslissing ook niet steunen op en gemotiveerd worden door draagkrachtige en redelijke motieven.

Dit alles wordt vervolgens in het verzoekschrift omstandig toegelicht.

In die toelichting wordt vooreerst benadrukt dat de bestreden beslissing ten onrechte steunt op de bewering dat in de eerste procedure slechts onaanvaardbare prijzen werden voorgesteld terwijl die beslissing tot niet-gunning ter zake enkel stelt dat de prijs geboden door de verzoekende partijen in de enige regelmatige offerte het in het bestek vastgestelde budgettair plafond met meer dan 70 % overschrijdt en daarom onaanvaardbaar is zonder dat zij stelt dat abnormaal hoge prijzen werden gehanteerd terwijl dergelijk budgettair plafond geen concrete raming van de prijs is en dus niet als referentiepunt of vergelijkingspunt kan aanzien worden om de prijs van de inschrijving van de verzoekende partijen al dan niet als aanvaardbaar te beschouwen en terwijl, zelfs wanneer dat plafond aanzien zou

kunnen worden als een eigen concrete raming van het bestuur, uit het overschrijden van dat plafond niet zomaar afgeleid kan worden dat de geboden prijs onaanvaardbaar is nu dit ook het gevolg kan zijn van het feit dat het bestuur onvoldoende rekening hield met de moeilijkheidsgraad van de werken of de reële kostprijs van de in de opdracht gevraagde technologieën zodat in ieder dossier concreet moet worden onderzocht of een overschrijding van de geraamde prijs niet alsnog gerechtvaardigd is. Er zou niet blijken dat een zorgvuldig voorafgaand marktonderzoek of -bevraging werd gedaan om een raming van de opdracht te kunnen opstellen rekening houdend enerzijds met de actuele prijzen voor de hoogtechnologische installaties en medische uitrusting met het oog op de uitdrukkelijke doelstelling een Europees referentiecentrum uit te bouwen, doelstelling vertaald in zeer hoog gestelde technische eisen, en anderzijds naar aanleiding van de offerte-aanvraag met een grote discrepantie tussen het vooropgesteld budgettair plafond en de prijs geboden door de laagste regelmatige offerte die als enige aan de technische vereisten van het bestek voldeed. De overheid had moeten besluiten dat haar vooropgesteld budget niet realistisch was in het licht van in het bestek gestelde eisen, temeer nu een technisch hoogstaande kwaliteit van de uit te voeren werken als hoofdobjectief wordt gesteld door het bestuur zoals blijkt uit het bestek zelf, de weging van de gunningscriteria (60/100 voor technische waarde en 40/100 voor prijs, de methode van berekening van het eindcijfer waarin enkel criteria van rang 2 (technische waarde) werden behouden, alsook uit de nadruk die erop werd gelegd tijdens de informatiesessie.

De verzoekende partijen stellen verder dat het bestuur naar aanleiding van de onderhandelingsprocedure zelf aangeeft van oordeel te zijn dat de prijzen zoals geboden door verzoekende partijen niet abnormaal hoog zijn en gerechtvaardigd worden door de zeer hoge technische kwaliteit van de offerte daar deze offerte niet als onregelmatig wegens abnormaal hoge prijzen wordt geweerd, en dat geen enkele geboden prijs in de eerste offerte-aanvraagprocedure of in de onderhandelingsprocedure abnormaal hoog of laag werd geacht maar dat alle prijzen door het bestuur werden "weershouden".

Nu de geboden prijs van de andere niet in aanmerking genomen ontwerpen, die technisch niet conform werden geacht, noch in het kader van de offerte-aanvraag noch in het kader van de onderhandelingsprocedure werd meegedeeld, zou evenmin op dit punt sprake kunnen zijn van enige objectieve

vergelijking om te besluiten tot onaanvaardbaarheid van de door verzoekende partijen geboden prijs.

Aangezien deze beslissing daarom onwettig is zou ook de daarop steunende latere beslissing, die er haar rechtsgrond in vindt, onwettig zijn.

Het feit dat zij de eerdere gemotiveerde beslissing tot niet-gunning niet hebben aangevochten zou niet tot ongegrondheid van dit middel leiden nu in toepassing van artikel 159 van de Grondwet de hoven en rechtbanken en dus ook de Raad van State de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen slechts mogen toepassen in zoverre deze niet onwettig zijn zodat de Raad van State bij de beoordeling van de wettigheid van de bestreden toewijzingsbeslissing die haar grond en bestaansreden vindt in de eerder genomen gemotiveerde beslissing tot niet gunning rekening moet houden met de eventuele onwettigheid van de eerste beslissing.

Daarnaast wordt aangevoerd dat ten onrechte de naar aanleiding van de eerste procedure als onregelmatig verklaarde inschrijvers opnieuw werden uitgenodigd voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, hetgeen strijdig zou zijn met het ingeroepen artikel 17, § 2, 1/, d), dat bepaalt dat slechts tot onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking kan worden overgegaan voor zover alle inschrijvers worden geraadpleegd die voldoen aan de minimumeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak zoals bepaald door de Koning, en die een offerte indienen die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed, begrip dat niet wordt gedefinieerd maar dat volgens verzoekende partijen, nu de onderhandelingsprocedure slechts als uitzonderingsprocedure mag worden toegepast, zo gelezen moet worden dat ook de formeel bepaalde technische specificaties zoals opgenomen in het bestek zijn bedoeld, nu het niet voldoen aan de technische specificaties leidt tot absolute nietigheid van de offerte.

De verzoekende partijen wijzen er daarbij op dat de andere onregelmatige inschrijvers waaronder de n.v. WYCOR aldus de kans kregen hun fouten van de eerste procedure recht te zetten en een wel technisch conforme offerte in te dienen nu aangenomen kan worden dat hen, zoals ook aan de verzoekende partijen voor hun varianten, de redenen van onregelmatigheid werden meegedeeld.

5.1.2. De verwerende partij antwoordt in de nota vooreerst dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij de vordering gericht tegen de beslissing om beroep te doen op de onderhandelingsprocedure en dus ook niet bij een middel gesteund op de wettigheid van die beslissing, waarbij zij verwijzen naar het arrest de n.v. Ondernemingen Jan De Nul, nr. 166.264 van 21 december 2006.

Voorts zou het middel niet ernstig zijn aangezien het begrip "onaanvaardbare prijs" in de wet niet wordt gedefinieerd en het bestuur dan ook een zekere beleidsvrijheid heeft om haar eigen inschatting te maken en zich daarbij kan baseren op een vergelijking van de aangeboden prijzen met haar eigen raming die wel realistisch moet zijn, beoordeling die de Raad van State enkel kan sanctioneren indien manifest onredelijk. In casu zou de opgegeven motivering volstaan nu enerzijds wordt verwezen naar het feit dat er slechts technisch onregelmatige offertes werden ingediend dan wel een offerte met een prijs van 25.516.574,99 euro, btw inbegrepen of meer dan 70 % hoger dan het in het bestek opgenomen budgettair plafond van 15 miljoen euro. Dit geldt des te meer nu in het bestek al was aangegeven dat eventuele overschrijdingen konden leiden tot het stopzetten van de procedure.

De verwerende partij wijst daarbij nog op rechtspraak van de Raad van State die overschrijdingen van 25 % al voldoende achtte om een besluit van niet aanvaardbare prijs te rechtvaardigen. Zij betoogt dat ook ten opzichte van het aangepaste budget van 19 miljoen euro het nog gaat om een overschrijding van om en bij de 35 %, en dat de bewering dat de evaluatiedrempel van 15 miljoen euro niet zou kunnen worden aanvaard nu het gaat om een budgettair plafond en niet om een raming, niet alleen overdreven formalistisch is maar ook onjuist vermits aan het uittrekken van voldoende budgettaire ruimte uiteraard en zoals in casu een raming voorafgaat van wat mogelijk en haalbaar is. Verder zou ook een budgettair plafond zo niet bindend dan toch wel een belangrijke richtlijn zijn voor de inschrijvers en de aanbestedende overheid.

De bewering dat de inschatting niet voldoende concreet en realistisch zou zijn wordt betwist met de vaststelling dat de raming is gebaseerd op een vergelijking met de kosten die andere, befaamde ziekenhuizen voor vergelijkbare projecten hebben moeten maken. Er wordt weliswaar erkend dat naar aanleiding van de tweede procedure de budgettaire limiet intern werd opgetrokken tot 18,4 miljoen euro zonder en 19 miljoen euro met premies, maar dat dit niets

afdoet aan de oorspronkelijke budgettaire limiet en dat de prijs van de uiteindelijk geselecteerde kandidaat, 18.040.201,15 euro, btw en premies inbegrepen nog voldoende dicht bij de oorspronkelijke raming ligt om aan te nemen dat die verre van onredelijk was.

Tevens wordt het arrest de n.v. OIP, nr. 119.581 van 20 mei 2003 geciteerd dat, zelfs indien de raming gebrekkig lijkt, een geboden prijs die van die raming afwijkt nog steeds begrotingsmatig een probleem kan blijken.

In antwoord op de opmerking dat ten onrechte werd besloten dat de verzoekende partijen onaanvaardbare prijzen voorstelden nu deze niet abnormaal werden geacht, wordt ten slotte nog opgemerkt dat of de prijzen al dan niet abnormaal waren niet bepalend is bij de beoordeling of deze prijzen ook aanvaardbaar waren in toepassing van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 nu het gaat om verschillende begrippen met een verschillende logica en appreciatie waarbij het begrip abnormaal verband houdt met de realiteit van de kostprijs en het voorhanden zijn van een normale winstmarge terwijl het onaanvaardbaar karakter van een prijs veeleer verband houdt met het bedrag dat de overheid wil en kan betalen voor de uitvoering van de opdracht, en waarvoor de wet dan ook een verschillende terminologie hanteert.

Wat betreft de uitnodiging van inschrijvers die een technisch niet conform voorstel indienden, antwoordt de verwerende partij vooreerst dat artikel 17, § 2, 1/, d), niet uitdrukkelijk verbiedt om andere ondernemingen uit te nodigen dan zij die in de eerste procedure een offerte hebben ingediend die voldeed aan de formele eisen van het bestek maar bedoeld is om de belangen te beschermen van de deelnemers aan de eerste procedure die een offerte indienden die voldeed aan de formele eisen van de eerste procedure door hun recht op deelname aan de onderhandelingsprocedure bij het afbreken van de eerste procedure te waarborgen, belangen waaraan geen afbreuk zou worden gedaan door het verder opentrekken van de onderhandelingsprocedure door ook andere inschrijvers uit te nodigen, verruiming die de mededinging ten goede komt en de kans verhoogt dat een regelmatige offerte wordt ingediend die tegemoet komt aan de eisen van het bestek. Verder wijst zij op de rechtsleer (Flamme) die aanneemt dat ook alle aannemers bedoeld zijn die onregelmatige of onaanvaardbare offertes hebben ingediend op voorwaarde dat zij beantwoorden aan de criteria inzake economische en technische bekwaamheid en dat hun inschrijvingen niet zijn aangetast door formele

onregelmatigheden. Zij stelt dat ook de Raad van State, in het arrest de s.a. Bouygues Belgium e.a., nr. 156.427, van 15 maart 2006, aanneemt dat de offerte die voldoet aan de formele eisen van de eerste procedure niet mag gelijk gesteld worden met een regelmatige offerte, zodat terecht de andere inschrijvers werden uitgenodigd die een weliswaar technisch niet conforme maar wel administratief, dus formeel, regelmatige offerte indienden.

Het feit dat zij aldus hun offerte konden verbeteren op punten waarop zij technisch onregelmatig zijn verklaard, zou daaraan niets afdoen nu die verbetering juist het streefdoel is van artikel 17, § 2, 1/, d), en nu ook deze verbeteringsmogelijkheid bestond wanneer een gewone algemene offerteaanvraag al dan niet wedstrijd in plaats van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking was uitgeschreven.

5.1.3. De tussenkommende partij sluit zich inzake dit middel aan bij het verweer van de verwerende partij. Bij de exceptie van gebrek aan belang in de mate de schorsing van de tenuitvoerlegging van de toewijzingsbeslissing wordt gevraagd, geeft zij wel aan dat het ernstig bevinden van dit middel niet het beoogde voordeel, alsnog de opdracht kunnen bekomen, zou opleveren aangezien dit de hele onderhandelingsprocedure zou vitiëren.

Beoordeling

5.1.4.1. In de mate de verwerende en de tussenkommende partij het belang bij dit middel betwisten omdat dit, indien ernstig, zou inhouden dat ook de verzoekende partijen de opdracht niet kunnen bekomen, wordt in casu de toewijzingsbeslissing aan een concurrent aangevochten zodat de verzoekende partijen belang lijken te hebben bij dit middel, ook al zou dit inhouden dat de opdracht op basis van de onderhandelingsprocedure ook niet aan hen kan worden toegewezen, daar dit zou beletten dat de toewijzingsbeslissing wordt betekend. Een betekening van deze toewijzingsbeslissing bemoeilijkt ten stelligste het nagestreefde herstel in natura.

5.1.4.2. Het door het bestuur toegepaste en in het middel centraalingeropen artikel 17, § 2, 1/,d), van de wet van 24 december 1993 luidt als volgt :

"§ 2 Er kan bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners wanneer :

1/ In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten :

(...)

d) enkel onregelmatige offertes ingediend werden ingevolge aanbesteding of offerteaanvraag, of indien slechts onaanvaardbare prijzen voorgesteld werden, voor zover :

- de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en;

- de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak, zoals bepaald door de Koning, en die een offerte indienen die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeden".

In de gemotiveerde beslissing tot niet-gunning, waarbij ook beslist wordt over te gaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op deze basis, die met een brief van 2 april 2007 aan de tijdelijke handelsvennootschap (t.h.v.) van de verzoekende partijen werd meegedeeld, wordt vastgesteld dat alle firma's die een offerte indienden administratief conform zijn, dat alleen de t.h.v. van de verzoekende partijen een technisch conforme offerte indienden, nl. de basisofferte voor een bedrag van 25.516.574,99 euro, btw inbegrepen, dat deze prijs van de enige regelmatige offerte het in het bestek vastgestelde budgettair plafond van 15 miljoen euro met meer dan 70 % overschrijdt en derhalve door de aanbestedende overheid als onaanvaardbaar wordt beschouwd, reden waarom beslist wordt de opdracht niet te gunnen en in toepassing van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 over te gaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met de vier geselecteerde inschrijvers die een offerte hebben ingediend en dit zonder wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht.

Er lijkt te kunnen worden aangenomen dat deze motivering afdoende is in het licht van het vereiste in artikel 17, § 2, 1/, d), en ook voldoet aan de formele motiveringsplicht nu het de verzoekende partijen in staat stelt zich ter zake te verweren zoals zij in voorliggend verzoekschrift doen.

Aangezien het begrip "onaanvaardbare prijs" niet wordt gedefinieerd in artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 kan met de verwerende partij, prima facie aangenomen worden dat de overheid ter zake een zekere beleidsvrijheid heeft om hiervan een eigen inschatting te maken, zij het dat dergelijke beslissing niet op willekeurige wijze mag worden genomen en moet

steunen op een in feite en in rechte aanvaardbaar motief. De Raad van State kan daarbij niet in de plaats van het bestuur oordelen maar kan wel in het kader van zijn wettigheidsstoezicht, zij het enkel marginaal, nagaan of het bestuur in zijn concrete beoordeling niet buiten de grenzen van zijn appreciatierecht is getreden en een kennelijk onredelijke appreciatie sanctioneren.

Prima facie lijkt het bestuur niet kennelijk onredelijk te hebben geoordeeld door een prijs die 70 % boven de budgettaire raming ligt als onaanvaardbaar te bestempelen.

Tevens dient in casu vastgesteld dat het in paragraaf 8 d van het bestek vermelde budgettaire plafond blijkens het administratief dossier steunt op en de weergave is van een door het bestuur gemaakte raming, blijkbaar na bezoek aan een aantal andere recent (her)ingerichte brandwondencentra en een extrapolatie van de kosten voor de inrichting van het brandwondencentrum van het UZ Gent.

Aldus wordt zoals de verzoekende partijen zelf noodzakelijk achten wel degelijk vergeleken met een raming die steunt op een voorafgaand onderzoek.

Het feit dat deze raming achteraf, maar enkel intern, in het licht van de prijs van de ingediende offertes werd verhoogd tot 18.400.000 euro zonder premies of 19.000.000 euro met premies, leidt, prima facie, niet zonder meer tot de conclusie dat de eerste raming irrealistisch of onzorgvuldig was, te meer nu de opdracht uiteindelijk toegewezen wordt aan een technisch conform geachte offerte voor een prijs van 17.790.201,15 euro of 18.040.201,15 euro, btw en premies inbegrepen, dus ruim onder dat nieuw plafond en maar ongeveer 20 % boven het eerste plafond.

Ter zitting benadrukken de verzoekende partijen nog dat de eerste raming niet realistisch is aangezien het brandwondencentrum van het UZ Gent geen vergelijkbaar project is en geen Europees referentiecentrum, het niet diende te beantwoorden aan dezelfde technische eisen, het slechts een bedrag betrof van 1,7 miljoen euro en dateert van 2005 terwijl de prijzen intussen stegen met 15 % en dat ook de aanpassing niet realistisch zou zijn aangezien uitgegaan wordt van de prijs van een technisch niet conforme offerte met toevoeging van 1,4 miljoen euro,

hetgeen volgens de verzoekende partijen niet zou volstaan om te voldoen aan het bestek.

Los van de vaststelling dat het blijkens de eerste raming ging om een raming van de prijzen voor de inrichting te Gent, met een budget voor vaste uitrusting en een prijssherziening, worden de beweringen van de verzoekende partijen evenwel op geen enkele wijze aangetoond. Blijkbaar wordt op het eerste gezicht een ogenschijnlijk technisch conforme offerte ingediend tegen een prijs die onder het nieuwe budget ligt en ca 20 % hoger is dan het eerste plafond, hetgeen in de huidige stand van het geding aannemelijk maakt dat de raming waarop het plafond steunt niet kennelijk irrealistisch is. Dit alles geldt des te meer nu de door de verzoekende partijen ingediende offertes aanzienlijk afwijken van beide ramingen.

In de mate de verzoekende partijen ter zitting verwijzen naar het negatief advies van de Inspectie van Financiën, dient opgemerkt dat de Inspectie inderdaad vragen stelt over de verhouding prijsverschil en kwaliteitsscore en de stijging van de score van de n.v. WYCOR op technische waarde, maar ook wijst op het antwoord van het bestuur en uiteindelijk gunstig adviseert op voorwaarde dat de opdracht wordt gegund tegen volstrekt forfaitaire prijs, wat blijkbaar het geval is.

Ook het feit dat de prijzen van de verzoekende partijen of van de andere inschrijvers in de eerste offerte-aanvraagprocedure noch in de onderhandelingsprocedure abnormaal hoog of laag werden bevonden, houdt, prima facie, niet in dat deze prijzen niet onaanvaardbaar geacht kunnen worden, nu het lijkt te gaan om verschillende begrippen met een eigen doelstelling.

In de mate aanstoot wordt genomen aan het feit dat ook de inschrijvers werden uitgenodigd die in het kader van de eerste procedure een technisch niet conform voorstel indienden en niet enkel de verzoekende partijen die als enige een technisch conforme offerte indienen, kan prima facie met de verwerende partij aangenomen worden dat de verwijzing naar inschrijvers die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeden - de vereiste dat andere inschrijvers voldoen aan de minimumeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak, zoals bepaald door de Koning, wordt in casu niet betwist - niet lijkt te vereisen dat voldaan werd aan alle, ook technische specificaties opgenomen in het bestek, maar veeleer dat voldaan werd aan de vormvereisten dit

wil zeggen dat de offerte administratief conform was zoals in casu. Anders zou, zo lijkt het, niet alleen eerder verwezen zijn naar het bestek als geheel maar zou, zeker wanneer alleen technisch niet conforme offertes werden ingediend en wanneer aangenomen wordt dat niemand anders mag deelnemen, deze bepaling niet toepasbaar zijn en de doelstelling de mededinging zo veel mogelijk te behouden onmogelijk worden.

Bovendien kunnen de verzoekende partijen niet worden gevolgd in hun algemene bewering dat elke afwijking van elke technische bepaling van het bestek noodzakelijkerwijze leidt tot de absolute nietigheid of substantiële onregelmatigheid van een offerte.

Het argument dat aldus de inschrijvers met een technisch niet conforme offerte de kans krijgen de niet conformiteiten in de onderhandelingsprocedure recht te zetten, leidt prima facie niet tot een andere conclusie alleen al omdat deze mogelijkheid ook bestaat wanneer na de stopzetting van een eerste procedure een nieuwe offerte-aanvraag in de plaats van een onderhandelingsprocedure was begonnen.

Wat de opwerping van de raadsman van de verzoekende partijen ter zitting betreft, te weten dat er sprake is van onvoldoende transparantie en ongelijke behandeling aangezien de andere inschrijvers kennis kregen van de redenen waarom hun offerte technisch niet conform was en dit dus konden rechtzetten, terwijl zij weliswaar wisten dat zij technisch conform waren maar niet dat hun offerte op technisch vlak blijkbare te goed was en dat indien dit was gezegd, zij een aangepaste offerte met een lagere prijs hadden ingediend, moet worden vastgesteld dat dit een nieuw middel is dat niet in het verzoekschrift werd opgeworpen en daarom, zeker in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, niet kan worden onderzocht te meer dit middel onderdeel ook eerder kon worden opgeworpen. Tevens lijkt de mededeling dat een geboden prijs in het licht van het budgettaire plafond in het bestek als onaanvaardbaar wordt beschouwd al voldoende aan te geven dat een technisch conforme maar goedkopere offerte wordt verwacht.

Gelet op wat voorafgaat is het eerste middel niet ernstig.

Tweede middel

5.2.1. In het tweede middel wordt de schending ingeroepen van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, het algemene rechtsbeginsel houdende materiële en formele motiveringsplicht, het beginsel van gelijkheid der inschrijvers, de gelijke behandeling, het transparantiebeginsel, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het redelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, in essentie omdat in de bestreden gunningsbeslissing met betrekking tot de beoordeling van de offertes enkel wordt verwezen naar een puntenverslag zonder enige concrete motivering van de eigenlijke punten die werden toegekend aan de hand van de verschillende gunningscriteria en doordat in de bestreden beslissing geen enkele redelijke en deugdelijke verklaring wordt gegeven voor de manifeste tegenstrijdigheid tussen enerzijds het zeer groot prijsverschil tussen de twee bij de beoordeling betrokken offertes en anderzijds de zeer gelijklopende beoordeling van hun technische kwaliteit.

Vooreerst wordt met verwijzing naar bepaalde rechtspraak vastgesteld dat het voor de motivering niet volstaat in het bestek een gedetailleerde methodiek van de puntenberekening alsook de vermelding van de samenstelling van de jury op te nemen, indien vervolgens in de gunningsbeslissing enkel een tabel met de punten gegeven voor de onderscheiden criteria wordt gegeven, aangezien in die omstandigheden onmogelijk kan worden afgeleid hoe de quoterings tot stand gekomen en vooral hoe de offertes met elkaar werden vergeleken zodat totale willekeur niet is uitgesloten. Het werken met een jury die met eenparigheid de punten toekent zou de aanbestedende overheid niet ontslaan van haar motiveringsplicht vermits ook de objectiviteit van de beoordeling van de jury enkel gecontroleerd kan worden aan de hand van de motivering van de punten, motivering die in casu ontbreekt zodat elke controle achteraf van de puntentoekenning voor de verschillende elementen van het criterium technische waarde onmogelijk is en dus ook niet kan nagegaan worden waarom de offerte van de n.v. WYCOR op de technische waarde slechts ongeveer 2 % minder scoort dan de basisofferte van de verzoekende partijen (76,71 % vergeleken met 78,89 %); enkel de puntentoekenning voor de prijs zou gecontroleerd kunnen worden. Verder wordt gesteld dat er in casu ook objectieve redenen zijn om te twijfelen aan de afwezigheid van willekeur en de objectiviteit waarmee de geselecteerde offertes werden beoordeeld op hun technische waarde nu geen enkele verklaring wordt gegeven voor de manifeste

tegenstrijdigheid tussen enerzijds het zeer verschillend prijsniveau van de geselecteerde offertes en anderzijds de gelijklopende punten toegekend voor het kwaliteitsniveau, terwijl dergelijk groot prijsverschil -zeker nu de offertes van de verzoekende partijen niet werden geweerd omdat ze abnormaal hoge prijzen zouden bevatten- enkel gebaseerd kan zijn op een zeer groot verschil in kwaliteit en zich dus had moeten vertalen in een even groot verschil in de toe te kennen score op het criterium Technische waarde. Ten slotte wordt benadrukt dat de technische kwaliteit in het bestek als hoofdobjectief werd gesteld en dat het criterium kwaliteit steeds als het belangrijkste en doorslaggevende werd aangeduid in het bestek en tijdens informatievergaderingen zodat de verzoekende partijen er dan ook op mochten vertrouwen dat bij de beoordeling van hun ontwerpen de technische kwaliteit van de verschillende ontwerpen op objectieve wijze met elkaar zou worden vergeleken en dat de zeer hoge technische kwaliteit van hun offerte bij de finale beoordeling de doorslag zou geven, terwijl in casu geen dergelijke correcte en objectieve beoordeling van de technische waarde is gemaakt waarin het logische verschil in kwaliteit gezien het zeer grote prijsverschil tot uiting kwam. Zij leiden uit de bestreden beslissing bijgevolg af dat er bij de beoordeling van de technische waarde van de offertes manifest met twee maten en gewichten is gewerkt met als enig doel de opdracht te kunnen gunnen aan de inschrijver met de laagste prijs terwijl het bestek de technische kwaliteit als belangrijkste gunningscriterium naar voren schuift en het bestek op pag. 10 bij de methode ter bepaling van de voordeligste regelmatige offerte en bij de bepaling van de eindscore enkel de criteria van rang 2 heeft vooropgesteld en dus de prijs als gunningscriterium van rang 1 zelfs heeft uitgesloten. Alhoewel bijlage F met de specificatie van de gunningscriteria weliswaar logisch zou inhouden dat de criteria prijs en technische kwaliteit criteria van rang 1 zijn en de criteria van rang 2 enkel subcriteria van de technische waarde nu het criterium prijs geen subcriteria heeft, zou uit het bestek dat op pag. 10 uitdrukkelijk voorziet dat voor het bepalen van de eindscore enkel rekening wordt gehouden met de criteria van rang 2 afgeleid kunnen worden dat bij het bepalen van de eindscore enkel rekening wordt gehouden met de subcriteria van de technische waarde, waarop de verzoekende partijen het best scoorden. Zelfs indien rekening zou worden gehouden met de ponderatie van de gunningscriteria van rang 1, prijs en technische waarde, zou de beslissing strijdig zijn met het bestek en het "patere legem beginsel" dat de overheid ertoe verplicht een correcte beoordeling te maken van de offertes aan de hand van de door haar zelf vooropgestelde beoordelingsschema's en ponderatie van de gunningscriteria en subcriteria, houding die zou wijzen op een de facto wijziging van het bestek en meer

bepaald van de beoordelingscriteria na de opening en de indiening van de offertes met een manifeste schending van de gelijkheid der inschrijvers tot gevolg waarbij de inschrijver die inschreef met een lagere kwaliteit en dus met een lagere prijs op onwettige wijze wordt bevoordeeld ten overstaan van de inschrijver die inschreef met een veel hogere kwaliteit en dus veel hogere prijs terwijl indien de bestekbepalingen zouden worden toegepast het bestuur meer belang zou hechten aan de kwaliteit dan aan de prijs van de geboden ontwerpen.

5.2.2. De verwerende partij antwoordt in essentie dat anders dan de verzoekende partijen voorhouden de prijs wel als gunningscriterium in het bestek werd opgenomen, zelfs met een belangrijk gewicht van 40 % en dat zij ten onrechte uit artikel 8 b 3 afleiden dat de eindscore bepaald zou worden zonder rekening te houden met de prijs daar die bepalingen enkel inhouden dat bij het inbrengen van de scores voor de technische criteria ook rekening moet worden gehouden met de specifieke afweging van de criteria in rang 2 en dat enige onduidelijkheid enkel het gevolg is van een materiële vergissing in de vertaling van deze bepaling waarbij de Franstalige tekst geen twijfel laat over de werkelijke strekking ervan.

Verder benadrukt zij dat de verzoekende partijen tegelijk de schending inroepen van de formele en materiële motiveringsplicht, wat volgens de rechtspraak van de Raad van State niet kan, aangezien het tweede inhoudt dat men de beweerdelijk afwezige motieven kon doorgronden, indruk die nog zou worden versterkt doordat de verzoekende partijen uitvoerig ingaan op de beweerdte schending van het gelijkheidsbeginsel en de Raad van State trachten te overtuigen dat zij ten onrechte een te lage score kregen want op vele punten vergelijkbaar met deze van de n.v. WYCOR en dat bij de beoordeling naar aanleiding van de puntentoekenning de grenzen van het redelijk aanvaardbare zijn overschreden.

Zij meent dat de kennisgeving voldoet aan de formele motiveringsplicht nu met verwijzing naar het eindverslag van de jury, de eindscores voor het technisch criterium worden vastgelegd, met in bijlage de specifiek door de jury toegekende score voor elk onderdeel van het technisch gunningscriterium, score die samen met de score voor het prijsvoorstel, in de ponderatieformule wordt verwerkt om tot de eindscore te komen. Alhoewel de scores voor de onderdelen van het technisch criterium op hun beurt niet verder werden gemotiveerd, motivering die wel is opgenomen in het evaluatieverslag van de jury, zou het voor de verzoekende partijen duidelijk zijn waarop elk resultaat sloeg nu elke score in

hun omschrijving in artikel 8 1 b van het bestek onmiddellijk de motieven bevat waarom een bepaald onderdeel van de offerte aldus wordt gekwoteerd, bv. 100 % duidt erop dat het voorstel "state of the art" is in vergelijking met de verwachtingen van de overheid terwijl een score 60 % duidt op een voorstel dat identiek is aan hetgeen de aanbestedende overheid had gevraagd.

Op het argument dat er sprake is van willekeur nu de hogere prijs van de verzoekende partijen wijst op een hogere kwaliteit van hun voorstel in vergelijking met dat van de n.v. WYCOR terwijl geen verklaring wordt gegeven voor het grote prijsverschil in vergelijking met het geringe verschil in score op technische waarde, antwoordt de verwerende partij dat het kortzichtig is om hoge prijzen automatisch gelijk te stellen met een hoge kwaliteit terwijl zij in casu integendeel geen significante meerwaarde ten aanzien van haar verwachtingen en vraagspecificatie vaststelde ten gevolge van de hogere prijzen van de verzoekende partijen, dat het prijsverschil op geen enkele wijze kon meespelen bij de beoordeling van de technische waarde van de offertes nu de jury, die het technisch luik beoordeelde, op geen enkel moment kennis had van de prijzen, opgenomen in een afzonderlijk luik van de offerte en dat het grote prijsverschil lijkt te moeten worden toegeschreven aan de hoge kwaliteit van de gebruikte materialen en afwerking in het voorstel van de verzoekende partijen zonder dat dit op doorslaggevende wijze tot extra voordelen/meerwaarde leidde in het licht van de concrete gebruikseisen en gunningscriteria van de overheid, terwijl het voorstel van de n.v. WYCOR op zeer precieze wijze inspeelde op de behoeften van het bestuur en deze daardoor een financieel interessant voorstel kon formuleren. Gelet op dit alles alsook op de beleidsvrijheid van het aanbestedend bestuur zou de door de verzoekende partijen geleverde kritiek op de toekenning van de punten niet overtuigen om te besluiten tot een schending van het gelijkheidsbeginsel.

5.2.3. De tussenkommende partij sluit zich wat dit middel betreft aan bij het verweer dat de verwerende partij ter zake ontwikkelt. Bij de exceptie van gebrek aan belang in de mate de schorsing van de tenuitvoerlegging van de toewijzingsbeslissing wordt gevraagd, geeft zij wel aan dat het ernstig bevinden van dit middel niet het beoogde voordeel, alsnog de opdracht kunnen bekomen, zou opleveren aangezien, zelfs wanneer na een nieuwe motivering de offerte van de verzoekende partijen als de meest voordelige zou voorkomen, vaststaat dat hun prijs budgettair door het bestuur als onaanvaardbaar wordt beschouwd en dat het bestuur de opdracht geenszins tegen die prijs wenst te gunnen.

Beoordeling

5.2.4.1. In de mate de tussenkomen de partij stelt dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij dit middel aangezien het ernstig bevinden ervan hoogstens kan leiden tot een aangepaste motivering maar niet tot het verkrijgen van de opdracht, zelfs niet wanneer de offerte van de verzoekende partijen dan als meest voordelige zou voorkomen, kan verwezen worden naar de eerdere bespreking van de exceptie van gebrek aan belang bij het aanvechten van de toewijzingsbeslissing (zie punt 3.2.c supra).

5.2.4.2. Vooreerst dient vastgesteld dat het bestek uitdrukkelijk twee gunningscriteria bepaalt, technische waarde met een ponderatie van 60 % en prijs met een ponderatie van 40 %, en nergens stelt dat enkel de technische waarde als criterium in aanmerking zal worden genomen. Er kan dan ook prima facie geen rekening worden gehouden met het bezwaar dat ook rekening werd gehouden met het aspect prijs, nu dit juist conform het bestek is en niet blijkt dat aan de prijs een hogere waarde werd toegekend dan bepaald in het bestek.

De ingeroepen bepaling in par. 8 b 3 van het bestek, die voor de eindscore enkel naar criteria van rang 2 verwijst (die er enkel zijn voor "de Technische waarde") kan in het licht van een vereiste globale en nuttige lezing van het bestek, dan ook bezwaarlijk letterlijk in die zin worden gelezen, en betreft een materiële misslag zoals ook bevestigd wordt in de juiste en blijkbaar oorspronkelijke Franse tekst.

De formele motivering van een toewijzingsbeslissing moet, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt. Zulks houdt in dat een verzoekende partij, als inschrijver waarvan de offerte niet werd gekozen, uit de motivering zelf van de toewijzingsbeslissing moet kunnen afleiden om welke redenen de gekozen offerte de voorkeur verdient boven de hare.

Het materiële motiveringsbeginsel vereist dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag, dat het werkelijk bestaande feiten moet betreffen die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid worden vastgesteld. Zo hiervan al niet op afdoende wijze blijk van gegeven moet worden in het besluit zelf lijkt de mogelijkheid tot controle hierop te vereisen dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier.

Een en ander impliceert dat de teleurgestelde inschrijvers -en uiteindelijk ook de Raad van State- moeten kunnen achterhalen hoe tot de beoordelingen is gekomen.

Uit het dossier blijkt in casu dat de voor het criterium Technische waarde toegekende punten, waar de discussie in feite over gaat, voor elk subcriterium van rang 2 en subcriterium van rang 3, worden gemotiveerd in een omstandig evaluatieverslag, opgesteld door een jury zonder dat blijkt dat deze kennis had van de aangeboden prijzen.

Dit evaluatieverslag werd echter, voor het indienen van het administratief dossier, niet aan de verzoekende partijen meegedeeld. Zij kregen enkel kennis van de "gemotiveerde beslissing". In deze beslissing wordt vermeld dat alle offertes administratief conform zijn, wordt een korte beschrijving gegeven van de procedure van technische evaluatie en onderhandelingen met de conclusie dat de offertes van de groepering AXIMA en van de t.h.v. DEVIS ENERGIEËN - FRANKI CONSTRUCT technisch niet conform en derhalve onregelmatig zijn, dat de offerte van de n.v. WYCOR 76,71 % scoorde op technische waarde, de basisofferte van de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM 78,89 % en haar variante 1a 74, 73 %, dat uit vergelijking en kwotering van de basisofferte en de variante 1a blijkt dat de eerste de meest voordelige is voor de t.h.v., wordt voor de offerte van de n.v. WYCOR en deze basisvariante de score bepaald voor het criterium prijs, nl. 68,36 % resp. 31, 64 %, dat de eindscore voor de n.v. WYCOR 73,37 % is en voor de basisofferte van de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM 59,99 %. Bijgevoegd is eveneens een bijlage met de scores van de n.v. WYCOR en de t.h.v. KUMPEN - IMTECH BRANDWONDENCENTRUM, basisofferte en variante 1a, op de verschillende subcriteria rang 2 en 3 van het criterium Technische waarde, zonder verdere verantwoording van elke score.

Aangenomen lijkt te moeten worden dat door die mededeling in beginsel het doel van de voormelde wet van 29 juli 1991 niet werd bereikt, nu uit de medegedeelde gegevens op zich de verzoekende partijen, voor het instellen van de vordering, niet kunnen afleiden op grond van welke feitelijke gegevens en beoordeling tot die puntentoekenning werd gekomen.

Wel dient met de verwerende partij vastgesteld dat volgens het bestek, pt. 8 b, 3 elke score van minder dan 10 % tot 100% voor de criteria van rang 3 staat voor een wijze van beoordelen gaande van onaanvaardbaar voor score onder 10 %, "aangebodene is te verbeteren tijdens de uitvoering" voor score 30 %, "aangebodene heeft een minwaarde, maar aanvaardbaar" voor score 50 %, "aangebodene is gelijkwaardig aan het voorstel van het bestuur" voor score 60, "aangebodene heeft een meerwaarde" voor score 70 %, "aangebodene heeft een aanzienlijke meerwaarde" voor score 80% en "state of the art" voor score 90 % in het bestek ook uitgedrukt als respectievelijk onaanvaardbaar, onvoldoende, middelmatig, voldoende, onderscheiding, grote onderscheiding en grootste onderscheiding. Alhoewel de wet van 29 juli 1991 inderdaad geen motivering van de motieven vereist zoals de verwerende partij betoogt, volstaat dit prima facie niet om in casu te aanvaarden dat door de score een afdoende motivatie werd gegeven. Die omschrijvingen lijken immers te vaag en maken geen voldoende controle mogelijk.

Wel is het zo dat de concrete inhoudelijke beoordeling per subcriterium van het gunningscriterium Technische waarde, bestaat en opgenomen is in het in het administratief dossier meegedeelde evaluatieverslag van de jury, waarnaar ook de gemotiveerde beslissing verwijst. Op die basis is prima facie een controle van de motieven mogelijk. Zoals reeds gezegd werd dit verslag niet aan de verzoekende partijen meegedeeld. Nochtans hebben de verzoekende partijen na ontvangst van de bestreden beslissing met een aangetekende brief van 25 juli 2007 aan de verwerende partij gevraagd om zo spoedig mogelijk in het bezit te worden gesteld van onder meer het gunningsverslag van de "huidige onderhandelingsprocedure" alsook van de mogelijke adviezen die werden gegeven.

Die omstandigheden in acht genomen en gelet op de specifieke situatie van de overheidsopdrachtenreglementering kan om dezelfde redenen als aangegeven in het arrest n.v. FDA Architecten & Ingenieurs, nr. 155.098 van 16 februari 2006 het niet meedelen van stukken die de motieven bevatten die gekend

moeten zijn om de bestreden beslissing te begrijpen in hoofde van de verzoekende partijen als een schending van de artikelen 2 en 3 van voornoemde wet van 29 juli 1991 worden aangemerkt.

Wat de opmerking van de verwerende partij betreft dat een rechtszoekende niet tegelijk de schending kan inroepen van de formele en de materiële motiveringsplicht, lijkt in casu de vaststelling te volstaan dat de verzoekende partijen nergens specifiek ingaan op of inhoudelijk kritiek leveren op de toegelaten scores voor het criterium technische waarde. Uit hun verzoekschrift blijkt nergens dat zij de motieven inzake de technische waarde kenden. Wat dit aspect betreft kan bezwaarlijk worden gesteld dat de verzoekende partijen tegelijk de schending inroepen van de formele en de materiële motiveringsplicht. Dienaangaande kan trouwens ook nog worden verwezen naar de overwegingen in voornoemd arrest nr. 155.098.

Uit wat voorafgaat volgt dat in de huidige stand van de procedure het middelonderdeel gestoeld op de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 23 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen ernstig is.

6. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel en uiterst dringende noodzakelijkheid

6.1. Wat de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, betogen de verzoekende partijen dat zij in de eerste plaats herstel in natura nastreven en het behoud van de kans om de litigieuze opdracht te bekomen en te kunnen uitvoeren, hetgeen blijkens de rechtspraak van de Raad van State op zich een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is in het licht van de richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989. Zij wijzen tevens op de zeer grote financiële omvang van de opdracht en de zeer belangrijke en prestigieuze referentiewaarde ervan, zelfs op Europees niveau, alsook op de rechtspraak van de Raad van State. Door de betekening van de beslissing aan de gekozen inschrijver zou de overeenkomst ontstaan, overeenkomst waardoor de vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid, gelet op het Feyfer Formanova arrest, nr. 87.983 van 15 juni 2000, zou worden afgewezen en de betrachting van de verzoekende partijen om zelf de opdracht uit te voeren ernstig zou worden bemoeilijkt.

Inzake de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid verwijzen de verzoekende partijen naar de vrees voor een nakende afsluiting van het gunningscontract wat de ambitie van de verzoekende partijen om zelf de litigieuze opdracht uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en zelfs onmogelijk maken, en stellen zij met de vereiste spoed en diligentie te zijn opgetreden doordat zij onmiddellijk na ontvangst van de bestreden toewijzingsbeslissing, bij brief van 20 juli 2007 maar pas ontvangen op 24 juli 2007, alles in het werk hebben gesteld om zo snel mogelijk het administratief dossier te kunnen inzien en hun raadsman te contacteren en door binnen de toegekende standstill periode de vordering in te dienen.

6.2. De verwerende partij voert in verband met het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de uiterst dringende noodzakelijkheid aan dat als regel geldt dat het onredelijk lang wachten van de verzoekende partij met het instellen van een vordering tot schorsing tegen haar moet worden ingebracht wanneer wordt geoordeeld over het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, en dat de verzoekende partijen in casu nalieten om onmiddellijk en op diligente wijze op te treden tegen de beslissing van 18 maart 2007 om een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, waartegen zij onder andere de vordering richten. Het zou niet opgaan om thans in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid voor te houden dat een beslissing van 18 maart 2007 waartegen het toen niet nodig werd geacht op te treden, thans plots een moeilijk te herstellen ernstig nadeel met zich zou brengen, en dergelijke laattijdigheid zou getuigen van een gebrek aan diligentie in hoofde van de verzoekende partijen wat betreft die beslissing.

De verwerende partij stelt verder dat, indien de verzoekende partijen werkelijk een ernstig nadeel meenden te ondervinden ten gevolge van het niet in de wacht slepen van de opdracht, zij reeds de beslissing die verzuimde hun offerte te kiezen in de eerste gelijkaardige opdracht met alle mogelijke middelen zou hebben aangevochten te meer zij daarin als enige technisch conform werden bevonden, hetgeen zij niet deden en wat een onmiskenbare indicatie zou zijn dat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel ingevolge het niet behalen van deze opdracht niet zo zwaar weegt als nu wordt beweerd.

Zij merkt ook nog op dat het wat betreft de vordering tot schorsing gericht tegen de impliciete beslissing om geen premie toe te kennen aan het derde

gerangschikte voorstel uitsluitend gaat om een financieel nadeel dat volgens vaste rechtspraak van de Raad van State geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel is.

Ten slotte wijst zij er nog op dat een verzoeker zich niet mag beperken tot het weergeven van vaagheden of algemeenheden maar integendeel precieze en concrete gegevens moet aanbrengen die aantonen welk persoonlijk moeilijk te herstellen ernstig nadeel hij precies en concreet ondergaat of dreigt te ondergaan, dat de uiteenzetting in casu te vaag en algemeen blijft nu enkel wordt vermeld dat het gaat om een belangrijke opdracht zonder aan de hand van concrete elementen uiteen te zetten waarop het mislopen van deze opdracht specifiek voor de verzoekende partijen een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is, dat het prijsvoorstel in de tweede procedure nagenoeg identiek is aan het voorstel in de eerste procedure (25.791.633,20 euro vergeleken met 24.265.757,52 euro) wat gelet op de budgettaire marge reeds als onaanvaardbaar werd beschouwd zodat de kans dat de opdracht thans tegen die prijs alsnog aan de verzoekende partijen zou worden toegewezen klein is, nu de omstandigheden ondertussen niet dusdanig zijn gewijzigd.

6.3. De tussenkomende partij sluit zich inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan bij het verweer dat de verwerende partij terzake zal ontwikkelen en verwijst wat betreft de uiterst dringende noodzakelijkheid naar de wijsheid van de Raad van State.

6.4. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende en de tussenkomende partij inderdaad een overeenkomst tot stand komen. Overeenkomstig het arrest nr. 87.983 FEYFER FORMANOVA van 15 juni 2000 van de Algemene Vergadering zou een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partijen om zelf de opdracht nog te bekomen en uit te voeren, ernstig bemoeilijken. Mede gelet op de aanzienlijke waarde van de in het geding zijnde opdracht, waarvan de geraamde waarde ook de Europese drempel voor bekendmaking overschrijdt en die in eerste instantie dan ook Europees bekendgemaakt werd, en gelet op de referentiewaarde ervan, te meer nu uitdrukkelijk door het bestuur de inrichting van een Europees referentiecentrum wordt nagestreefd, kan dan ook worden aangenomen dat de verzoekende partijen door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kunnen ondergaan. Voorts kan wegens

de dreigende betekening, die, onder verwijzing naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, door de verwerende partij in een brief van 20 juli 2007 wordt aangekondigd, in casu worden aanvaard dat de verzoekende partijen een beroep doen op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Anders dan de verwerende partij betoogt is aldus het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel voldoende concreet geformuleerd.

In de mate dat de verwerende partij opwerpt dat het feit dat de vordering wordt ingesteld tegen het einde van de beroepstermijn in de regel betrokken moet worden bij de beoordeling van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, kan hier de vaststelling volstaan dat wat betreft de toewijzingsbeslissing zelf zeker niet gewacht werd tot het einde van de beroepstermijn.

Wat de stelling van de verwerende partij betreft dat, indien de verzoekende partijen werkelijk een ernstig nadeel meenden te ondervinden ten gevolge van het niet in de wacht slepen van de opdracht, zij reeds de beslissing die verzuimde haar offerte te kiezen in de eerste gelijkaardige opdracht, met alle mogelijke middelen zou hebben aangevochten te meer zij daarin als enige technisch conform werd bevonden, hetgeen zij evenwel niet deden, kan worden opgemerkt dat de verzoekende partijen toentertijd eveneens werd meegedeeld dat zij zouden kunnen deelnemen aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking zodat zij alsnog de kans hadden de opdracht te bekomen. In die omstandigheden kan niet zonder meer aangenomen worden dat het feit dat die eerste beslissing tot niet-gunning niet onmiddellijk met alle middelen werd aangevochten, inhoudt dat de verzoekende partijen thans zich niet meer kunnen beroepen op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel wanneer zoals in casu overgegaan wordt tot toewijzing aan een concurrent.

Wat de opmerkingen van de verwerende partij betreft dat het prijsvoorstel van de verzoekende partijen in de tweede procedure nagenoeg identiek is aan het voorstel in de eerste procedure, volgens haar 25.791.633,20 euro vergeleken met 24.265.757,52 euro, voorstel dat gelet op het budgettaire plafond van 15 miljoen euro als onaanvaardbaar werd beschouwd, zodat de kans dat de opdracht thans tegen die prijs alsnog aan de verzoekende partijen zou worden toegewezen

klein is, kan worden verwezen naar het onderzoek van de door de tussenkomende partij opgeworpen exceptie inzake het belang van de verzoekende partijen bij het aanvechten van de toewijzingsbeslissing (zie punt 3.2.c. supra),

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. WYCOR in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de minister van Landsverdediging van ongekende datum en meegedeeld bij brief gedateerd op 20 juli 2007 houdende de toewijzing van de werken nr. 71PO41 betreffende de inrichting van een nieuw brandwondencentrum te Neder-Over-Heembeek na een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aan de n.v. WYCOR en de ermee samenhangende beslissing tot toekenning van een premie van 250.000 euro aan de t.h.v. KUMPEN-IMTECH BRANDWONDENCENTRUM.

Artikel 3.

De vordering wordt voor het overige verworpen.

Artikel 4.

Dit arrest zal worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het geschorste besluit.

Artikel 5.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zestien augustus tweeduizend en zeven, door :

Mevr.	M.-R. BRACKE,	voorzitter van de Raad van State,
Mevr.	T. TEMMERMAN,	toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

T. TEMMERMAN.

M.-R. BRACKE.