

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.703 van 20 april 2011
in de zaak A. 199.689/XII-6545**

In zake: de NV ALIDES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbist
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Graaf van Hoornestraat 34
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ARTES-PROJECTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jozef Timmermans
kantoor houdend te 9000 Gent
Kasteellaan 158
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 april 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“A. de gemotiveerde gunningsbeslissing van 9 maart 2011 van Waterwegen en Zeekanaal nv waarbij de opdracht Promotieovereenkomst voor aanneming

van werken via onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, voorzien van een kantoorgebouw voor Waterwegen en Zeekanaal nv, Afdeling Bovenschelde (bestek 16 EGGE 10/15) wordt gegund aan Artes-Projects nv, voor een jaarlijkse huurprijs van 558.497,76 euro per jaar (excl. BTW) en de daaraan voorafgaande beslissing om de offerte van Artes-Projects nv als regelmatig te weerhouden.

- B. de impliciete beslissing van Waterwegen en Zeekanaal nv om de opdracht niet toe te kennen aan nv Alides”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 april 2011, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stijn Verbist, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De nv Waterwegen en Zeekanaal schrijft een onderhandelings-procedure met voorafgaande bekendmaking uit voor een promotieovereenkomst van aanneming van werken, in de aankondiging genoemd “Voorzien van een kantoorgebouw voor Waterwegen en Zeekanaal nv, afdeling Bovenschelde”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 27 juli 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

De aankondiging bevat de volgende korte beschrijving van de opdracht:

“De aanbestedende overheid wenst voor de huisvesting van haar afdeling Bovenschelde een met aandacht voor duurzaamheid nog te bouwen of te verbouwen gebouw te huren voor een periode van 27 jaar, en dit ten laatste vanaf december 2012.

Dit gebouw dient gelegen te zijn in het Gentse en vlot bereikbaar met openbaar vervoer (een reistijd van 20 min. – cf. de routeplanner van ‘DeLijn’, omstreeks 8u ‘s ochtends en 16.30u ‘s avonds tijdens de werkweek – van het treinstation Gent Sint-Pieters of Gent Dampoort) en, bij voorkeur nabij een waterweg”.

3.3. Dertien kandidaten dienen een dossier in. Op 19 november 2010 selecteert de aanbestedende overheid zeven kandidaten om een offerte in te dienen, waaronder de nv Alides en de nv Artes-Projects.

3.4. Het bestek 16EGGE/10/15 omschrijft in artikel 122 van deel II “Administratieve voorschriften” de werkwijze met betrekking tot de onderhandelingsprocedure:

“Alle ingediende offertes worden een eerste maal beoordeeld aan de hand van de opgegeven gunningscriteria.

Deze beoordeling is voor de aanbestedende overheid indicatief om te bepalen over welke offertes zij onderhandelt.

Hiertoe zal zijn één of meerdere onderhandelingsrondes organiseren, waarbij mogelijk één of meer offertes niet langer weerhouden worden”.

Artikel 115 van het bestek omschrijft de gunningscriteria:

“Onverminderd wat in artikel 122 is bepaald betreffende de werkwijze, wordt de totale waardering die aan offertes wordt toegekend, bekomen door de som te maken van de waarderingen per criterium zoals hieronder vermeld.

De gunningscriteria zijn:

1. de financiële balans van het project

Hierbij worden in aanmerking genomen:

- A) de huur per jaar te betalen door de aanbestedende overheid aan de promotor;
- B) de energiekost per jaar;
- C) de kost per jaar van het onderhoud van technische installaties;

[...]

Het aandeel van dit criterium in de beoordeling bedraagt 60% van het totaal.

subcriterium	A)	B)	C)
deelscore	50*	5	5

*De inschrijver dient minimaal een score van 35/50 voor dit subcriterium te behalen.

2. de ruimtelijke vertaling van de behoefte

Hier worden in rekening gebracht:

- A) de optimale ligging van het terrein/het bestaand gebouw volgens de in dit bestek gestelde voorwaarden;
- B) de mate waarin de structuur en de werking van de afdeling in het gebouwconcept terug te vinden is;

De beschrijving van de structuur, werking en ruimtevraag voor de afdeling Bovenschelde van W&Z zijn verder in dit document neergeschreven.

Het aandeel van dit criterium in de beoordeling bedraagt 20% van het totaal.

subcriterium	A)	B)
deelscore	5	15

3. architecturaal - technisch aspect

Hier worden minimaal in rekening gebracht:

A) de inpassing van het gebouw in de omgeving (de mate waarin de koppeling van het ontwerp aan de ligging bij of over een waterweg is gemaakt...) Een gebouw komt optimaal tot zijn recht als het aansluit bij de omgeving waarin het wordt gebouwd.

B) de uitstraling van het gebouw; dit is van belang voor het imago van de aanbestedende overheid.

C) de mate waarin de aanbestedende overheid al dan niet de enige gebruiker is van het gebouw en hoe, desgevallend, de eigen profilering van W&Z tot uiting wordt gebracht.

D) de wijze waarop door keuze van architectuur, concept, technische installaties, materiaal,... invulling wordt gegeven (naar o.a. comfort en duurzaamheid) aan de minimaal gestelde technische eisen uit dit bestek.

Het aandeel van dit criterium in de beoordeling bedraagt 20% van het totaal.

Subcriterium	A)	B)	C)	D)
deelscore	3	4	3	10

”.

Deel III van het bestek bevat een omstandige projectomschrijving, waarbij onder meer wordt vermeld:

“Het ideale gebouw dat door de inschrijver wordt voorgesteld om er de afdeling Bovenschelde van W&Z te huisvesten ligt in het Gentse en voldoet bij voorkeur aan volgende criteria m.b.t. de ligging:

- een reistijd van 20 min (cf. de routeplanner van ‘De Lijn’, omstreeks 8 u ‘s ochtends en 16.30u ‘s avonds tijdens de werkweek) van het treinstation Gent Sint-Pieters of Gent Dampoort;
- nabij een waterweg (in het beheer van W&Z)”.

Deel IV ten slotte bevat het eisenpakket met onder punt 6 een aantal prestatie-eisen.

3.5. De offertes moeten worden ingediend uiterlijk op 28 januari 2011. Vooraf vindt een toelichtingvergadering plaats en met een brief van 10 januari 2011 worden de gestelde vragen en de antwoorden hierop van de aanbestedende overheid meegedeeld aan de kandidaten.

3.6. Vier kandidaten dienen uiteindelijk een offerte in: de nv Alides, de nv Artes-Projects, de nv Denys en de tijdelijke handelsvennootschap ECPD – MGD – Jan De Nul.

De nv Alides biedt een locatie aan in het centrum van Gent, met een tuin palend aan de Neerschelde. De nv Artes-Projects biedt een locatie aan te Merelbeke, aan de Ringvaart om Gent.

3.7. De aanbestedende overheid onderzoekt eerst de regelmatigheid van de ingediende offertes. In dat kader stelt zij vast dat alle offertes, behalve deze van de nv Denys, “invulling gaven aan de essentiële administratieve en technische bepalingen van het bestek”. Zij besluit dat alle offertes regelmatig zijn met uitzondering van deze ingediend door de nv Denys en dat de offerte van deze inschrijver niet verder wordt meegenomen in de beoordeling.

De overblijvende offertes worden vervolgens vergeleken aan de hand van de gunningscriteria. Aangezien de thv ECPD – MGD – Jan De Nul voor het eerste subcriterium “de huur per jaar te betalen door de aanbestedende overheid aan de promotor” van het eerste gunningscriterium “de financiële balans van het project” met een score van 34,59 op 50 niet het door het bestek opgelegde minimum van 35 op 50 haalt, wordt zij niet voor verdere beoordeling in aanmerking genomen. Enkel de offertes van de nv Alides en van de nv Artes-Projects worden verder beoordeeld. Dit leidt tot volgende voorlopige totaalscores:

- de nv Alides: 81,06 op 100,
- de nv Artes-Projects 79,73 op 100.

De beoordelingscommissie beslist tot een eerste onderhandelingsronde met beide inschrijvers.

3.8. Aan de twee resterende inschrijvers wordt met brieven van 18 februari 2011 een aantal vragen gesteld, te beantwoorden uiterlijk op 25 februari 2011. De nv Alides antwoordt op 24 februari 2011 en de nv Artes-Projects op 25 februari 2011.

Op 28 februari 2011 vindt overleg plaats tussen de beoordelingscommissie en de nv Alides, respectievelijk de nv Artes-Projects. Tijdens dit overleg worden ook de door de inschrijvers bezorgde schriftelijke antwoorden besproken.

Aansluitend op het overleg en in functie van de besprekingen maken zowel de nv Alides als de nv Artes-Projects op 2 maart 2011 een bijkomend schrijven en aanvullende documentatie over.

De aldus na de eerste onderhandelingen verder aangepaste en verduidelijkte offertes van de nv Alides en van de nv Artes-Projects worden vervolgens opnieuw vergeleken aan de hand van de gunningscriteria. Dit leidt uiteindelijk tot een score van 83,81 op 100 voor de nv Alides en 86,35 op 100 voor de nv Artes-Projects.

In het beoordelingsverslag van 7 februari 2011 (lees: 7 maart 2011) stelt de beoordelingscommissie dan ook voor de opdracht te gunnen aan de nv Artes-Projects, als meest voordelige en regelmatige inschrijver.

3.9. Verwijzend naar het “gunningsverslag d.d. 7 maart 2011” waarvan de motivering en het voorstel geheel wordt onderschreven, beslist de aanbestedende overheid op 9 maart 2011 om de opdracht te gunnen aan de nv Artes-Projects. Dit is de eerste bestreden beslissing. De erin vervatte impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv Alides is de tweede bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekende brief van 18 maart 2011 en een faxbericht deelt de aanbestedende overheid aan de nv Alides mee dat haar offerte niet werd gekozen. De gemotiveerde gunningsbeslissing (met de selectiebeslissing) wordt bijgevoegd alsook een “communicatieversie” van het beoordelingsverslag, gedateerd op 15 maart 2011. In fine wordt vermeld dat de aanbestedende overheid een wachttermijn van 15 kalenderdagen in acht zal nemen.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 8 april 2011 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Artes-Projects om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens wordt haar verzoek ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Verwerende partij en tussenkomende partij werpen op dat de vordering niet ontvankelijk is in de mate dat ook de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevraagd van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij.

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

7. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

8. De aankondiging van de voorliggende opdracht werd evenwel bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing. De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Overeenkomstig het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een eerste middel roept verzoekende partij de schending in van “de formele motiveringsplicht en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen”.

In essentie voert verzoekende partij daartoe aan dat het gunningsverslag van 7 maart 2011, dat de basis lijkt te vormen van de motivering van het bestreden besluit, haar niet met de bestreden beslissing werd meegedeeld en dat zij hiervan ook niet eerder kennis had, zodat geen rekening kan worden gehouden met de in dat gunningsverslag opgenomen motieven en de bestreden beslissing bijgevolg geen enkel motief uitdrukt dat tot de eindbeslissing kan leiden. Samen met het bestreden gunningsbesluit van 9 maart 2011 werd haar wel een “communicatieversie” van het beoordelingsverslag meegedeeld, maar deze “communicatieversie” van 15 maart 2011 is niet het gunningsverslag van 7 maart 2011 en kan onmogelijk tot grondslag hebben gediend van het bestreden gunningsbesluit dat immers van voordien dateert en dat ook niet verwijst naar een communicatieversie van het gunningsverslag. Uit de benaming van “communicatieversie” van het gunningsverslag van 15 maart 2011 kan worden afgeleid dat er diverse versies van het gunningsverslag bestaan, minstens een gewone versie van 7 maart 2011 en een communicatieversie van 15 maart 2011.

Beoordeling

10. De bestreden beslissing van 9 maart 2011 verwijst naar en steunt op een “gunningsverslag d.d. 7 maart 2011” waarvan de motivering en het voorstel “geheel wordt onderschreven”.

De integrale versie van dit 36 bladzijden tellende verslag werd door verwerende partij als vertrouwelijk stuk aan de Raad van State voorgelegd.

Uit nazicht blijkt dat het gunningsverslag van 7 maart 2011 waarnaar de bestreden beslissing verwijst, overeenstemt met de “communicatieversie van het beoordelingsverslag” van 15 maart 2011 en die verzoekende partij, zoals zij zelf erkent, ontving samen met de bestreden beslissing. Het enige verschil lijkt te zijn: de bijkomende vermelding “communicatieversie” op de eerste bladzijde, de anonimisering van gegevens over de oppervlakte, eenheidsprijs en huur van de nv Denys, de datum en de vermelding van de leden van de beoordelingscommissie.

Aldus blijkt dat er geen twee verschillende gunningsverslagen bestaan zoals verzoekende partij meent, maar slechts één.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. In het tweede middel roept verzoekende partij de schending in van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de materiële motiveringsplicht, van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ en van het gelijkheidsbeginsel.

In essentie voert zij aan dat de offerte van de nv Artes-Projects ten onrechte regelmatig werd verklaard nu deze offerte niet voldoet aan de essentiële technische bepalingen van het bestek. Deze stelling wordt vervolgens geconcretiseerd aan de hand van twee besteksbepalingen, namelijk inzake het E-peil en het watergebruik.

Beoordeling

12.1. Wat betreft het E-peil (de maat voor energiebehoefte) van het gebouw, blijkt uit deel IV van het bestek met het eisenpakket, met name punt 6 met de prestatie-eisen, onder Groep 2 “Energie”, punt 6.2.3 “Eind- en primair energieverbruik”, dat wordt gevraagd een gebouw te ontwerpen dat een E-peil haalt tussen 90 en 70.

12.2. Het beoordelingsverslag bevat bij de initiële beoordeling van de offertes – dus vóór de onderhandelingen – voor de nv Artes-Projects de volgende beoordeling inzake het E-peil:

“Het aanvankelijk E-peil voor gebouwen in het project blijkt een eind boven 100 te liggen. Door een meer verfijnde ingave van verlichting komt het E-peil op ca. 90. Verder vermeldt de offerte dat werken op luchtdichtheid en meer doorgedreven technieken i.p.v. basistechnieken het E-peil nog kunnen reduceren”.

12.3. Aangezien het E-peil in het voorstel van de nv Artes-Projects aldus “een eind boven 100” blijkt te liggen, voldoet haar offerte volgens verzoekende partij niet aan de bestekvereiste dat het E-peil zich dient te situeren tussen 90 en 70. Het beoordelingsverslag vermeldt vervolgens wel dat “door een meer verfijnde ingave van verlichting het E-peil [komt] op ca 90”, maar circa 90 bevindt zich volgens verzoekende partij niet met zekerheid tussen 70 en 90. Verwerende partij stelt dan ook niet met zekerheid vast dat aan de minimale bestekvereiste terzake zal worden voldaan. Gelet op het feit dat het initiële E-peil een eind boven 100 lag, is het volgens verzoekende partij eerder waarschijnlijk dat het E-peil, zelfs na verfijnde ingave van verlichting, hoger zal zijn dan 90.

12.4. De offerte van de nv Artes-Projects vermeldt inzake het E-peil:

“Volgens het terechtwijzend bericht van 10 januari 2011 geldt als E-peil voor kantoren E100. Bijgaand document van Asteria bevestigt dat in dit gebouw een E-peil van 90 makkelijk wordt gehaald”.

In dat document van Asteria Energy Consulting, waaruit door verwerende partij wordt geciteerd en dat zich in het administratief dossier bevindt, wordt vermeld:

“Momenteel wordt voor de kantoren telkens een E-peil berekend dat telkens een stuk boven de E100 ligt. De grote boosdoener van dit hoge E-peil ligt vooral bij de forfaitaire berekening voor de verlichting. Indien we per ruimte de exacte armaturen (met Wattages, fluxcodes,...) kunnen inrekenen zal het E-peil een stuk dalen. Via standaardtechnieken + gedetailleerde ingave van de verlichting zou zeker een E-peil van E90

worden gehaald. Om dit E-peil nog lager te krijgen, zou men een lichtdichtheidsmeting kunnen laten uitvoeren wat terug een positieve invloed zou hebben op het E-peil (er kan ± 10 E-punten worden gezakt)”.

Om het E-peil (E70-E60) nog lager te krijgen zou zeker moeten gewerkt worden met meer doorgedreven technieken (warmtepomp, PV-installatie, ...) in plaats van standaardtechnieken”.

12.5. De door verzoekende partij ingeroepen overweging in het beoordelingsverslag lijkt in het licht van het voorgaande te moeten worden begrepen.

In dit licht lijkt in het beoordelingsverslag dan ook niet te worden geoordeeld dat de offerte van de nv Artes-Projects wat betreft het aangeboden E-peil niet conform zou zijn, maar lijkt veeleer geoordeeld dat waar het aanvankelijke E-peil voor de gebouwen in het project door forfaitaire berekening voor de verlichting boven de 100 liggen, uit de offerte blijkt dat via een meer verfijnde ingave van de verlichting het E-peil op 90 komt en dit gebeurlijk nog kan worden verbeterd wanneer daartoe de maatregelen genomen worden zoals aangehaald in het advies.

In de huidige stand van het geding wordt aldus niet aangetoond dat het vereiste E-peil tussen 70 en 90 niet wordt gehaald.

12.6. De grief inzake het E-peil berust op een onjuiste feitelijke veronderstelling.

13.1. Inzake het watergebruik stelt het bestek in het voornoemde deel IV Eisenpakket, hoofdstuk 6 Prestatie-eisen, onder Groep 3 milieu- en duurzaamheid, in artikel 6.3.3 onder meer:

“Watergebruik

Minimale te voorziene ingrepen zijn:

- Regenwater wordt opgevangen en gebruikt voor het automatisch spoelen van urinoirs en het manueel spoelen van de toiletten.
[...]

13.2. Het beoordelingsverslag vermeldt in de beoordeling van de offertes na de onderhandelingen, wat de offerte van de nv Artes-Projects betreft, onder meer het volgende inzake het watergebruik:

“Uit de onderhandelingsfase is duidelijk dat de inschrijver bereid is hergebruik van regenwater te voorzien. Het water in de vijver kan ten aanzien van de voor het gebouw te voorziene hemelwaterputten als bufferend fungeren”.

13.3. Verzoekende partij stelt dat hieruit blijkt dat het hergebruik van regenwater niet is voorzien in de offerte hoewel dit een minimale vereiste was.

13.4. In de huidige stand van het geding lijkt evenwel uit het dossier te kunnen worden afgeleid dat hergebruik van regenwater wel reeds in de offerte was voorzien.

De voornoemde overweging in het beoordelingsverslag moet worden gelezen in samenhang met de volgende opmerking, na de eerste beoordeling van de offertes en vóór de onderhandelingen, in dit kader gemaakt over de offerte van de nv Artes-Projects: “het is niet duidelijk uit de offerte of hemelwater wordt opgeslagen en herbruikt”, en de bijgevolg aan de nv Artes-Projects na de eerste beoordeling van de offertes in de brief van 18 februari 2011 gestelde vraag 8: “Het is niet duidelijk uit de offerte of hemelwater wordt opgeslagen en hergebruikt”.

In haar brief van 25 februari 2011 antwoordt de nv Artes-Projects met de volgende passage die geciteerd wordt in het verzoekschrift tot tussenkomst en bevestigd wordt in het administratief dossier:

“De nodige putten en pompen zijn voorzien om een recuperatie van regenwater voor de spoeling van de toiletten mogelijk te maken, zoals gevraagd in art. 6.3.3. watergebruik.

De voorzieningen zijn:

[...]”.

Aldus lijkt de offerte van de nv Artes-Projects te voldoen aan de betrokken besteksvereiste aangezien regenwater wordt opgevangen en gebruikt voor spoeling van de toiletten.

Dat dit reeds in de initieel ingediende offerte was voorzien blijkt ook uit de daarbij gevoegde stedenbouwkundige vergunning die vermeldt:

“Het ontwerp voorziet in een hemelwaterput van 15.000 liter. Het hemelwater uit deze hemelwaterput wordt hergebruikt”.

13.5. De grief inzake het watergebruik berust aldus op een onjuiste feitelijke veronderstelling.

14. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

15. In het derde middel roept verzoekende partij de schending in van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, het transparantiebeginsel het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 Grondwet, van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ door de schending van de bestekbepalingen en van artikel 115 KB 8 januari 1996”.

In dit omstandig uitgewerkt middel werpt verzoekende partij in essentie op dat de offerte van de nv Artes-Projects bij de toetsing aan de gunningscriteria op veel gunstiger en welwillender wijze werd benaderd dan de offerte van verzoekende partij. Zij meent dat dit in het algemeen blijkt uit de totaal verschillende benaderingswijze die uit de bespreking van elk gunningscriterium naar voren komt en in het bijzonder uit de beoordeling van bepaalde gunningscriteria en subcriteria.

Beoordeling

16. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid onttrokken zou zijn aan het wettigheidstoezicht van de Raad. Aldus kan hij onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

Hij kan in dat kader onder meer nagaan of de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers en of geen andere gunningscriteria werden gehanteerd, zoals onder meer opgeworpen in dit middel.

17.1. De eerste grief die verzoekende partij aanbrengt betreft het eerste subcriterium “A. de optimale ligging van het terrein/het bestaand gebouw volgens de in dit bestek gestelde voorwaarden” van het tweede gunningscriterium “de ruimtelijke ligging van de behoefte”.

17.2.1. In het kader van de vergelijking van de offertes van verzoekende partij en van de nv Artes-Projects vermeldt het beoordelingsverslag met betrekking tot dit subcriterium:

“Het bestek voor dit project vermeldt volgende eisen qua ligging:

Deel III

- een reistijd van 20 min (cf. de routeplanner van ‘De Lijn’, omstreeks 8u ‘s ochtends en 16.30 u ‘s avonds tijdens de werkweek) van het treinstation Gent Sint-Pieters of Gent Dampoort;
- nabij een waterweg (in beheer van W&Z)

Deel IB -4. Technische uitrusting – ICT/serverlokaal

-voor de koppeling met externe netwerken bestaan 2 mogelijkheden:

- o koppeling met publieke operator,
- o koppeling op netwerk Vlaamse Overheid

Het 2de alternatief geniet de voorkeur”.

17.2.2. De offerte van de nv Artes-Projects scoort voor dit gunnings-criterium na de eerste beoordeling van de offertes en voor de onderhandelingen 3,25 op 5. Dit wordt als volgt verantwoord:

“Gelet op de ligging aan een economische waterweg (doch niet aanpalend), variatie in reistijd van en naar hoofdtreinstation Gent St.-Pieters, de minder gunstige reisfrequentie en minder gunstige grootte van alle minimumreistijden (welke iets beter zijn voor het hoofdstation Gent St.-Pieters) en de relatief korte afstand tot het glasvezelnetwerk van de Vlaamse overheid, is de commissie van oordeel dat deze inschrijver voor dit criterium 3,25/5 verdient”.

Verzoekende partij scoort 3 op 5. Dit wordt als volgt verantwoord:

“Gelet op de ligging meteen aanpalend aan een niet-economische waterweg, de variatie in reistijd van en naar hoofdtreinstation Gent St.-Pieters, de evenwel gunstige reisfrequentie en gunstige grootte van de minimumreistijden, maar de grote afstand tot het glasvezelnetwerk van de Vlaamse overheid, is de commissie van oordeel dat deze inschrijver voor dit criterium 3/5 verdient”.

Na de onderhandelingsronde wordt deze beoordeling voor de nv Artes-Projects behouden. De beoordeling van verzoekende partij wordt echter als volgt bijgesteld:

“De beoordeling van deze offerte in dit gunningscriterium blijft behouden zoals op basis van het schriftelijk dossier, met uitzondering van volgend punt waarover in de onderhandelingsronde informatie werd verschaft:

- Mbt. de mogelijkheid tot netwerkaansluiting via het net van de Vlaamse Overheid wijst toetsing aan het netwerk uit dat aansluiting op glasvezelkabel (met bandbreedte 1Gbit) op 1.5 km afstand mogelijk is. Dit is ver en gelet op de ligging op de binnenstad niet eenvoudig om een toelating naar de aanleg van een (optimaal) aansluittracé te krijgen. Uit de onderhandelingsronde blijken diverse private operatoren wel over glasvezelkabel te beschikken in de omgeving (ca. 200m). Indien voor deze optie wordt gekozen dient naast de aansluitingskost (raming 15.000 euro) van dit gebouw ook een aansluiting van de maatschappelijke zetel (raming 30.000 euro) bij dezelfde provider voorzien te worden én een jaarlijkse huurkost van de lijn (uitgaande van de gekende tarieven kan dit ingeschat worden op 24.000 euro per jaar voor een bandbreedte van 20Mbit).

Gelet op de conclusies uitgaande van het aanvankelijk dossier en het bovenstaande mbt. de netwerkaansluiting, oordeelt de beoordelingscommissie dat de score voor dit subcriterium vermindert naar 2,75/5”.

17.2.3. Aldus lijken de onderscheidende elementen in de offerte van verzoekende partij, respectievelijk deze van de nv Artes-Projects te zijn: de gunstige reisfrequentie en gunstige grootte van de minimumreistijden in het voordeel van verzoekende partij; de ligging aan een economische waterweg en de relatief korte afstand tot het glasvezelnetwerk van de Vlaamse overheid in het voordeel van de nv Artes-Projects.

17.3 Verzoekende partij formuleert een reeks kritieken op deze beoordeling.

17.3.1. Wat betreft de ligging nabij een waterweg, toont verzoekende partij niet aan dat de ligging van het door haar voorgestelde gebouw aan de Neerschelde beter dient te worden beoordeeld dan de ligging van het gebouw van de nv Artes-Projects aan de economisch gebruikte Ringvaart en in de nabijheid van het sluizencomplex.

In de mate dat zij daartoe aanvoert dat het gebouw van de nv Artes-Projects niet “paalt aan” water blijkt niet uit het bestek dat dit vereist was. De ligging “nabij” een waterweg volstaat volgens het bestek voor het “ideale” gebouw en uit het dossier blijkt dat het gebouw aangeboden in de offerte van de nv Artes-Projects “nabij” de waterweg Ringvaart gesitueerd is. Verzoekende partij betwist niet dat dit een waterweg in het beheer van W&Z is.

In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat het bestek niet vereiste dat de nabij gelegen waterloop een economisch gebruikte waterloop zou zijn, toont zij niet aan dat de voorkeur van verwerende partij voor de ligging van het door het door de nv Artes-Projects voorgestelde gebouw nabij een waterweg waar commerciële vaart plaatsvindt -om daarmee te worden geassocieerd- zich als onredelijk of onverwacht voldoet. Het lijkt immers geenszins onredelijk dat de “optimale ligging” verschillend wordt beoordeeld, wanneer het voorgestelde gebouw gelegen is nabij een economisch belangrijke waterweg, dan wanneer dit

gebouw zich is de nabijheid van een niet-economisch gebruikte waterweg bevindt. Het lijkt dan ook niet te gaan om een nieuw criterium maar slechts om een motief waarom de offerte van de nv Artes-Projects op dit subcriterium beter werd geacht.

Of deze waterweg al dan niet zichtbaar is vanuit het aangeboden gebouw lijkt, anders dan verzoekende partij meent, niet van aard om deze betere beoordeling van de offerte van de nv Artes-Projects onredelijk te maken. Dit lijkt immers in het bestek niet uitdrukkelijk gevraagd. Er is enkel sprake van een ligging bij voorkeur nabij een waterweg.

Voorts lijkt verzoekende partij er aan voorbij te gaan dat de Ringvaart zichtbaar lijkt bij de toegang tot het gebouw vanaf de Ringweg. Vanuit de normale ingang en toegangsweg tot het door verzoekende partij voorgestelde gebouw lijkt dit niet het geval voor de Neerschelde achteraan de tuin van het gebouw.

In de mate dat zij vragen stelt bij het al dan niet zichtbaar zijn van het sluiscomplex te Merelbeke vanuit het door de nv Artes-Projects voorgestelde gebouw toont zij niet aan dat dit van aard is de toegekende scores decisief te beïnvloeden.

17.3.2. In de mate dat verzoekende partij bekritiseert dat de aangeboden locatie tevens is beoordeeld voor wat betreft de ligging van de externe netwerken ten aanzien van het aangeboden gebouw, toont zij niet met de vereiste ernst aan dat dit geen onderdeel kan zijn van de “de optimale ligging van het terrein/het bestaand gebouw volgens de in dit bestek gestelde voorwaarden”.

Eén van die voorwaarden is blijkens deel IV “Eisenpakket” immers de koppeling aan een extern netwerk en in het bijzonder de koppeling aan het netwerk van de Vlaamse Overheid welke voor verwerende partij de voorkeur geniet, en uit het beoordelingsverslag blijkt dat deze laatste koppeling moeilijker is wanneer dit netwerk, zoals blijktbaar bij verzoekende partij, op grotere afstand ligt van het gebouw.

Naar aanleiding van de vaststelling van dit minpunt bij de eerste beoordeling van de offertes werd dit verder in de onderhandelingsronde besproken, onderzocht en beoordeeld. Dit leidt tot de reeds aangehaalde beoordeling van de offerte van verzoekende partij met vermindering van de score naar 2,75/5.

Verwerende partij lijkt aldus de grote afstand en de mogelijke problemen om toelating voor de aanleg van een optimaal aansluittracé te krijgen voor aansluiting op de glasvezelkabel van de Vlaamse overheid, als een negatief punt te hebben beoordeeld wat betreft de ligging van het voorgestelde gebouw.

Dat dergelijke aansluiting niet onmogelijk is zoals verzoekende partij benadrukt, volstaat niet om die beoordeling onredelijk te achten.

Gelet op de vereiste koppeling aan een extern netwerk en in het bijzonder de koppeling aan het netwerk van de Vlaamse Overheid die voor verwerende partij de voorkeur geniet, lijkt de afstand tot dit netwerk ook te kunnen worden beschouwd als de “ruimtelijke vertaling van (een) behoefte”. Gelet op die preferentiële aansluiting, lijkt het dan ook niet onredelijk of onverwacht dat de afstand tot het glasvezelnetwerk van de Vlaamse overheid een beoordelingselement is in het kader van de optimale ligging van het terrein/bestaande gebouw en dus van het eerste subcriterium van het tweede gunningscriterium.

Evenmin toont verzoekende partij aan dat de beoordeling van de ligging van het gebouw in functie van de koppelingen met externe netwerken, niet tot het hier besproken eerste subcriterium van het tweede gunningscriterium maar tot het vierde subcriterium “de wijze waarop door keuze van architectuur, concept, technische installaties materiaal...invulling wordt gegeven (naar o.a. comfort en duurzaamheid) aan de minimaal gestelde technische eisen uit dit bestek” van het derde gunningscriterium “architecturaal-technisch aspect” dient te behoren. Dit vierde subcriterium lijkt geen betrekking te hebben op de locatie van het voorgestelde gebouw of terrein, doch op de keuze van de architectuur, enz. ter plekke en de invloed ervan op de technische eisen van het bestek.

In de mate dat zij stelt dat de negatieve financiële impact bij aansluiting op het dichterbij gelegen netwerk van private operatoren niet in rekening mocht worden gebracht bij voornoemd eerste subcriterium van het tweede gunningscriterium doch bij het eerste gunningscriterium “de financiële balans van het project” had moeten worden beoordeeld, rijst de vraag of in dat eerste gunningscriterium de kostprijs van de aansluiting op een extern netwerk, de kosten van het verkrijgen van een aansluiting (de uit te voeren werken) en de onderhoudskosten van een netwerkaansluiting wel voorzien zijn. De subcriteria “de huur per jaar te betalen door de aanbestedende overheid aan de promotor” en “de energiekost per jaar” lijken niet onmiddellijk relevant en het subcriterium “de kost per jaar van het onderhoud van technische installaties”, lijkt veeleer betrekking te hebben op de onderhoudskost van de technische installaties die zich in het in gebruik te nemen gebouw bevinden.

Evenmin blijkt op het eerste gezicht dat verwerende partij de score van verzoekende partij op dit subcriterium niet kon bijstellen na de onderhandelingsronde zelfs wanneer verzoekende partij in die onderhandelingen geen nieuwe gegevens zou hebben aangebracht. Het lijkt immers niet onredelijk dat verwerende partij na de onderhandelingsronde, op basis van de geraamde kostprijs van een zelfs hypothetische aansluiting van het voorgestelde gebouw op een glasvezelnetwerk van een private operator, die elementen mee in rekening heeft gebracht bij de beoordeling van de optimale ligging, te meer nu zij met betrekking tot preferentiële aansluiting op het net van de Vlaamse overheid vaststelde dat niet alleen de afstand daartoe ver is (1,5 km), maar bovendien “de ligging in de binnenstad niet eenvoudig [is] om een toelating naar de aanleg van een (optimaal) aansluittracé te krijgen”. Het bestek geeft haar trouwens de bevoegdheid om “zelf [na te gaan] hoe vlot het voorgestelde gebouw op dit netwerk aansluitbaar is”. Evenmin lijkt hierdoor het subcriterium “optimale ligging” ten overstaan van de mogelijke glasvezelnetwerken herleid tot een financieel criterium. Aangezien geen bijkomend financieel criterium lijkt te worden toegepast, lijkt bijgevolg ook niet de oorspronkelijke weging van het eerste financieel gunningscriterium gewijzigd.

Dergelijke herbeoordeling na de eerste onderhandelingsronde lijkt evenmin deze nabijheid van het glasvezelnetwerk twee maal te wegen.

In de mate dat verzoekende partij in dit verband eveneens opmerkt dat verwerende partij in dit kader opnieuw het subcriterium herleidt tot een financieel criterium door met betrekking tot het door de nv Artes-Projects voorgestelde gebouw te motiveren dat op het glasvezelnetwerk van de Vlaamse overheid kan worden aangesloten via “de bestaande aansluiting van het sluiscomplex te Merelbeke zodat geen bijkomende bijdrage in de onderhoudskost dient voorzien te worden”, lijkt zij enkel te overwegen dat zij aldus geen bijkomende bijdrage in de onderhoudskost van het Vlaamse glasvezelnetwerk aan de Vlaamse overheid zal dienen te betalen en lijkt dit opnieuw vreemd aan het derde subgunningscriterium “De kost per jaar van het onderhoud van technische installaties” van het eerste gunningscriterium.

In de mate dat verzoekende partij in dit kader nog opmerkt dat verwerende partij haar voorkeur voor aansluiting op het glasvezelnetwerk van de Vlaamse overheid niet motiveert, wordt in de huidige stand van het geding niet aangetoond dat een aanbestedende overheid er toe gehouden is de keuzes die zij in haar bestek maakt, te motiveren. Zij stelt trouwens ook niet dat het bestek op dit punt onwettig is.

17.3.3. In de mate dat verzoekende partij opmerkt dat haar offerte en de aangeboden locatie goed scoort voor wat betreft de reistijden en alleszins beter dan die van het gebouw aangeboden door de nv Artes-Projects, blijkt uit het beoordelingsverslag dat verwerende partij de verschillen in reistijd vaststelde.

In de mate dat verzoekende partij in dit verband opwerpt dat de variatie in reistijden negatief ten aanzien van haar offerte werd beoordeeld, terwijl dit niet als een toetsingselement in het bestek werd opgenomen, blijkt dat een bepaalde reistijd in deel III van het bestek is opgenomen als criterium waaraan het ideale gebouw bij voorkeur moet voldoen, waarbij deze dient te worden aangetoond aan de hand van de zogenaamde routeplanner van “De Lijn”. Het lijkt dan ook geenszins onredelijk of onverwacht dat verwerende partij tevens de variatie in reistijden, zoals deze zich op de beoordeelde momenten van de dag voordoet, in overweging heeft genomen. Zij lijkt hiermee ook geen nieuw gunningscriterium te hanteren. Het lijkt immers slechts te gaan om een element van de beoordeling van de reistijd en de optimale ligging.

Deze variatie heeft evenmin specifiek negatief gewogen voor de offerte van verzoekende partij alleen nu eenzelfde opmerking werd gemaakt bij de offerte van de nv Artes-Projects.

Verzoekende partij toont gelet op de andere vaststellingen met name de aard van de waterweg in de nabijheid, de vastgestelde variatie in reistijden en de locatie ten opzichte van aansluiting met het netwerk van de Vlaamse Overheid, niet aan dat zij daarom redelijkerwijze alleen een hogere score dan 2,75 voor haar offerte had kunnen verkrijgen. Omgekeerd toont zij niet aan dat de offerte van de nv Artes-Projects, omwille van deze mindere score op reistijden, redelijkerwijze enkel een lagere score dan 3,25 of minder dan verzoekende partij had kunnen krijgen. Zij scoorde immers beter voor wat betreft de ligging nabij een waterweg enerzijds en de ligging nabij een extern netwerk anderzijds.

17.3.4. In de mate dat verzoekende partij nog opmerkt dat overigens zeer positieve elementen in haar offerte eerder marginale aandacht krijgen, verduidelijkt zij niet welke punten bedoeld zijn. In de mate dat hiermee verwezen is naar de frequentie en betere preferente reistijd en desgevallend het palen aan de Neerschelde, blijkt dat hiermee rekening werd gehouden en toont verzoekende partij om de voormelde redenen niet aan dat dit had moeten leiden tot andere scores.

18.1. De tweede grief die verzoekende partij ontwikkelt, heeft betrekking op het tweede subcriterium “B) de uitstraling van het gebouw; dit is van belang voor het imago van de aanbestedende overheid” van het derde gunningscriterium “Architecturaal – technisch aspect”.

18.2. Verzoekende partij scoort hier 1,5 op 4 en de nv Artes-Projects 3 op 4.

Het gunningsverslag stelt ter zake voor verzoekende partij het volgende:

“De omgevende bebouwing in de Brusselsepoortstraat telt leegstaande winkels, slecht onderhouden gevels en is in het algemeen een beetje

verloederd. De beoordelingscommissie is van oordeel dat dit mogelijks problematisch is voor het imago van W&Z.

Het vernieuwde gebouw is en zal goed onderscheiden zijn in de Brusselsepoortstraat, het atrium zorgt voor een duidelijke inkompartij. De gevels van het gebouw worden ook aangepakt zodat het geheel een modernere uitstraling krijgt.

Voor de bezoeker is de relatie W&Z-water wellicht niet onmiddellijk duidelijk aangezien de ligging van de Neerschelde aan de achterkant van het gebouw van bij de inkom niet opgemerkt kan worden.

Bij benadering van de achterzijde is dit wel het geval, doch dit is niet de normale/gewenste toenaderingsrichting voor bezoekers.

Het renovatieproject op zich is geslaagd, doch de toestand van de omgeving beknot de uitstraling. Verder rekening houdend met het feit dat de bezoeker de interactie met water niet meteen kan opmerken, meent de beoordelingscommissie dat dit project in dit subcriterium 1,5/4 scoort”.

Voor het gebouw van de nv Artes-Projects stelt het
beoordelingverslag:

“Het nieuwe gebouw situeert zich in een kantoorcomplex dat in zijn totaliteit duidelijk herkenbaar is en klaar te situeren is nabij R4, E40 en E17. Het gebouw zelf echter wordt weggestopt tussen bestaande kantoorgebouwen.

Qua vormgeving is het voorgestelde gebouw een klassiek kantoorgebouw.

Voor de bezoeker is de relatie W&Z – water onmiddellijk duidelijk omdat door de herkenbaarheid van het kantoorcomplex dit op eenvoudige wijze kan gesitueerd worden en de nabijheid van de Ringvaart om Gent daartoe bijdraagt. De relatie W&Z is voor de bezoeker dan ook duidelijk zichtbaar.

Het nieuwbouwproject op zich verdwijnt in het complex dat op zich echter een herkenbaar en plaatsbaar geheel vormt. Ook rekening houdend met de directe en voor derden plaatsbare nabijheid van de Ringvaart om Gent en het sluiscomplex van Merelbeke, oordeelt de beoordelingscommissie dat dit 3/4 scoort”.

18.3. In de mate dat verzoekende partij opwerpt dat men “vraagtekens [kan] plaatsen” bij de beoordeling van het tweede subcriterium, lijkt

deze wijze van formulering van de grief alleen al een reden om te concluderen dat de grief niet de vereiste ernst heeft om aan te nemen dat verwerende partij in de geciteerde beoordeling haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan.

18.4.1. Ook de verder geformuleerde meer concrete kritiek toont in de huidige stand van het geding niet aan dat deze beoordeling en de toegekende scores de ingeroepen regels en beginselen schenden.

18.4.2. In de eerste plaats stelt verzoekende partij dat de vaststelling bij de offerte van de nv Artes-Projects dat “het gebouw zelf echter wordt weggestopt tussen bestaande kantoorgebouwen” onmogelijk positief kan wegen in de beoordeling. Ook dat het gebouw een “klassiek kantoorgebouw” is kan evenmin positief wegen in de beoordeling.

De vaststelling bij deze offerte dat “voor de bezoeker de relatie W&Z - water onmiddellijk duidelijk is”, staat volgens verzoekende partij ook haaks op de beoordeling van haar offerte dat “voor de bezoeker de relatie W&Z - water wellicht niet onmiddellijk duidelijk is”. Ook bij de inkom van het gebouw van de nv Artes-Projects kan het water niet direct worden opgemerkt maar wordt dit niet negatief overwogen. De bezoeker die het gebouw van verzoekende partij binnenin heeft betreden kan vanaf elke verdieping onmiddellijk de relatie met het water vaststellen, terwijl binnenin het gebouw van de nv Artes-Projects de relatie met het water hoogstens vanaf de vierde verdieping kan worden waargenomen en dan zelfs nog niet met zekerheid. Deze overweging is ook logisch niet correct aangezien niet valt in te zien hoe de herkenbaarheid van een kantoorcomplex de relatie W&Z - water duidelijk zou kunnen maken. Deze overweging is ook niet verenigbaar met hetgeen door de Beoordelingscommissie eerder over de nabijheid van het water wordt overwogen. Daaruit blijkt dat van een duidelijk relatie tussen het gebouw en water geen sprake is. Slechts vanaf de vierde verdieping zal er mogelijk zicht op het sluiscomplex van Merelbeke zijn. Het verband met de Ringvaart is voor de bezoeker derhalve niet duidelijk zichtbaar en er is van een duidelijk verband tussen W&Z en water dan ook materieel geen sprake.

Inzake de vaststelling dat het door de nv Artes-Projects voorgestelde nieuwbouwproject “op zich verdwijnt in het complex dat op zich echter een herkenbaar en plaatsbaar geheel vormt” merkt verzoekende partij op dat niet het complex conform het gunningscriterium moet worden beoordeeld, doch het gebouw zelf en de uitstraling van het gebouw, niet de uitstraling van het complex waarin het gebouw verdwijnt.

18.4.3. In de mate dat verzoekende partij aldus opmerkt dat het verdwijnen van het voorgestelde gebouw in het complex bezwaarlijk een positief punt kan zijn, blijkt niet dat verwerende partij dit als positief punt beoordeelde. Zij heeft daarentegen wel als positief beoordeeld dat het kantorencomplex, waarin het voorgestelde gebouw zich situeert, “in zijn totaliteit duidelijk herkenbaar is en klaar te situeren is nabij R4, E40 en E17”, dat dit kantoorcomplex “op zich echter een herkenbaar en plaatsbaar geheel vormt” en dat voor de bezoeker de relatie W&Z onmiddellijk duidelijk is of zoals gesteld in het besluit “de directe en voor derden plaatsbare nabijheid van de Ringvaart om Gent en het sluiscomplex van Merelbeke”.

Verzoekende partij toont ook op het eerste gezicht niet aan dat verwerende partij niet redelijkerwijze minder zwaar kon tillen aan dit verdwijnen van het voorgestelde gebouw in het complex wat betreft “imago” en “uitstraling naar derden” dan aan de ligging van het door verzoekende partij voorgestelde gebouw in, volgens het beoordelingsverslag, een afgeleefde buurt met leegstaande winkels.

Evenmin toont zij op het eerste gezicht aan waarom het feit dat het bij de nv Artes-Projects gaat om een klassiek kantoorgebouw, wat het beoordelingsverslag trouwens vaststelt, de toegekende score onredelijk zou maken.

18.4.4. Voorts toont verzoekende partij niet aan dat in het kader van dit subcriterium alleen rekening zou kunnen worden gehouden met het voorgestelde gebouw maar niet ook met het complex waarvan dit gebouw desgevallend deel uitmaakt.

Wanneer de uitstraling van een gebouw wordt beoordeeld, lijkt het immers niet onredelijk of onverwacht dat tevens rekening wordt gehouden met de uitstraling en de herkenbaarheid van het complex waarvan het voorgestelde gebouw deel uitmaakt. In een dergelijk complex lijkt de uitstraling van een gebouw immers in belangrijke mate mee te worden bepaald door de uitstraling van het geheel. Inzake “Uitstraling” verwijst het bestek in artikel 5.1 trouwens naar de uitstraling van zowel het gebouw als “zijn directe omgeving”.

18.4.5. In de mate dat verzoekende partij ten slotte de beoordeling van “de relatie W&Z – water” in dit kader betwist en stelt dat haar offerte hier ongelijk werd behandeld aangezien ook bij de nv Artes-Projects het water bij de inkom van het gebouw niet onmiddellijk kan worden opgemerkt, toont zij niet aan dat hier blijkbaar in het kader van de uitstraling van het voorgestelde gebouw ook beoordeelde relatie met water enkel vanuit het zicht vanuit het gebouw op water kan worden beoordeeld en niet ook de herkenbaarheid en situering van de voorgestelde gebouwen ten overstaan van nabije waterwegen. Een gebouw lijkt ook zonder dat er van op alle plaatsen in het gebouw zicht is op water, herkenbaar en situeerbaar te kunnen zijn ten aanzien van nabijgelegen belangrijke waterwegen.

19.1. De derde en laatste grief die verzoekende partij ontwikkelt, heeft betrekking op het vierde subcriterium “de wijze waarop door keuze van architectuur, concept, technische installaties materiaal,... invulling wordt gegeven (naar o.a. comfort en duurzaamheid) aan de minimaal gestelde technische eisen uit dit bestek” van het derde gunningscriterium “architecturaal – technisch aspect”, alsook op de minimale bestekvereisten.

19.2.1. Verzoekende partij verwijst in de eerste plaats naar punt 5.1 “Uitstraling” van deel 5 “Basiseisen gebouw (en omgeving)” van deel IV “Eisenpakket” van het bestek:

“De uitstraling van een gebouw en zijn directe omgeving heeft te maken met de kwaliteit van de architectuur, haar interactie met de omgeving, en haar weerspiegelen van cultuur en taakhoud van W&Z”.

Zij stelt dat de offerte van de nv Artes-Projects geenszins voldoet aan “deze basiseisen”. De uitstraling van het gebouw en de directe omgeving weerspiegelen geenszins de cultuur en de taakhoud van W&Z. Vanaf het gebouw is geen enkele waterweg zichtbaar. Slechts vanaf de vierde verdieping is het sluizencomplex te Merelbeke eventueel zichtbaar. Het gebouw gaat volledig op in een gebouwencomplex en kent op zich geen enkele uitstraling.

Alhoewel verwerende partij nergens uitdrukkelijk heeft bepaald bereid te zijn af te wijken van bovenmelde basiseisen, wordt de opdracht toch gegund aan een project dat kennelijk niet aan deze basiseisen voldoet.

19.2.2. Voorts werpt verzoekende partij op dat de nv Artes-Projects in het beoordelingsverslag extra wordt beloond door, na de onderhandelingsfase, te voldoen aan technische minimumvereisten uit het bestek terwijl verzoekende partij gesanctioneerd wordt terwijl haar offerte toch aan minimumbestekvereisten voldoet.

Zij verwijst daartoe naar de beoordeling van het vierde subcriterium van het derde gunningscriterium. Hier geldt dus niet de vraag of de minimaal gestelde technische eisen van het bestek worden gerealiseerd - dat deze eisen worden gerealiseerd is evident een noodzakelijke regelmatigheidsvereiste van de offerte -, maar gaat het om de wijze waarop door keuze van architectuur, concept, technische installaties, materiaal, invulling wordt gegeven aan deze minimale technische eisen van het bestek.

Ofschoon aan haar voor dit subcriterium initieel slechts 5/10 werd toegekend was de beoordelingscommissie in het commentaar volgens verzoekende partij vrij positief:

“Concluderend kan gesteld worden dat deze offerte voor dit criterium beperkt informatie levert. Uit wat beschikbaar is blijkt dat ze behoorlijk invulling geeft aan de gevraagde technische uitrusting en basiseisen. Ook voor de 3 groepen onder de prestatie-eisen zijn de opmerkingen beperkt. Tot slot bevat de offerte een goed beeld van de toegangscontrole, vermeldt zij lokale regelmogelijkheden, een E en K-peil die iets beter zijn dan wat het bestek vereist en het hergebruik van hemelwater”.

De lage score van 5/10 kan niet worden verantwoord door de gunstige tot zeer gunstige overwegingen die eraan voorafgaan.

Alhoewel de offerte van de nv Artes-Projects volstrekt niet blijkt te voldoen aan de bestekvereisten (de beoordelingscommissie stelt vast: “De offerte maakt niet echt de link tussen de keuze van architectuur, concept en technische installaties enerzijds en technische eisen uit het bestek”, met vervolgens, volgens verzoekende partij, “een hele waslijst van hoofdzakelijk negatieve bemerkingen inzake de technische eisen”) krijgt zij 4/10 toegekend, hetgeen slechts 1 punt lager is dan de offerte van verzoekende partij die, aldus de beoordelingscommissie, aan alle punten van het bestek leek te beantwoorden. Hieruit blijkt volgens verzoekende partij een kennelijk ongelijke behandeling van de offertes.

Ook de puntenstijging die volgt na de eerste onderhandelingsronde waarbij verzoekende partij 6/10 scoort maar nv Artes-Projects 7/10 vertoont volgens verzoekende partij dezelfde manifeste ongelijke behandeling van de inschrijvers. De beoordelingscommissie stelt voor verzoekende partij in hoofdzaak een aantal positieve punten (5 in totaal) vast, 1 punt is neutraal (het alternatief voor de vloer) en 1 punt is negatief (daglicht). Hoewel de 5 positieve punten moeten worden gerekend bij de zeer positieve basis van de offerte van verzoekende partij scoort zij op dit punt slechts 1 punt extra. De punten die vervolgens worden besproken inzake de nv Artes-Projects betreffen slechts het voldoen aan de minimale bestekvereisten, doch niet de wijze waarop met deze minimale bestekvereisten wordt omgegaan. De offerte van verzoekende partij, die reeds initieel voldeed aan alle minimale bestekvereisten, kreeg slechts een initiële score van 5/10 terwijl de offerte van de nv Artes-Projects welke initieel niet, en slechts na de onderhandelingsfase (deels) zou voldoen aan de minimale bestekvereisten, alleen hierdoor een score behaalt van 7/10.

19.3.1. In het kader van de eerste beoordeling van de offertes scoort verzoekende partij op het vierde subcriterium van het derde gunniscriterium 5 op 10 en de nv Artes-Projects 4 op 10. Na de onderhandelingsronde en nadat zij hun offertes hadden verduidelijkt en aangevuld scoort verzoekende partij 6 punten en de nv Artes-Projects 7 punten.

Verzoekende partij ziet hierin een ongelijke beoordeling in essentie omdat de nv Artes-Projects, aldus na onderhandelingen bijkomende punten zou hebben verkregen door het louter op punt stellen van de offerte tijdens de onderhandelingsronde naar een besteksconforme offerte en daarvoor 7 punten kreeg terwijl verzoekende partij *ab initio* al een bestekconforme offerte indiende en daarvoor dan slechts 5 punten kreeg.

19.3.2. In de mate dat zij hiermee aanvoert dat de offerte van de nv Artes-Projects initieel onregelmatig was want niet conform met de in dit middel geciteerde basiseis “uitstraling”, wordt dit in dit middel niet duidelijk geconcretiseerd. Deze niet-conformiteit kan in ieder geval niet worden afgeleid uit de vermelding in het beoordelingsverslag dat de offerte niet echt de link maakt tussen de keuze van architectuur, concept en technische installaties enerzijds en technische eisen uit het bestek. Dit kan ook niet worden afgeleid uit de bewering dat vanaf het gebouw geen enkele waterweg zichtbaar is. Verzoekende partij toont immers niet aan dat dit een minimumvereiste van het bestek is en erkent zelf dat het sluizencomplex van Merelbeke vanaf de vierde verdieping eventueel zichtbaar is en volgens het beoordelingsverslag de Ringvaart. In dit verband en in verband met de uitstraling van het gebouw en van het complex kan worden verwezen naar de reeds besproken grieven ter zake. Voor zover het al om basiseisen zou gaan wordt om dezelfde redenen niet aangetoond dat hiervan door de nv Artes-Projects werd afgeweken.

19.3.3. Het beoordelingsverslag vermeldt bij dit subcriterium voor de offerte van verzoekende partij:

“Uit de onderhandelingsprocedure zijn elementen die mbt. dit subcriterium verder naar voor komen als positief: maatregelen om overmatige hitte in ruimtes aan de zuidelijk gerichte gevel goed te voorkomen, het invullingsconcept (verhoogde vloer,...) biedt flexibiliteit naar herindeling, verwarmings- en koelingsconcept met lokale regelmogelijkheden.

Eerder negatief zijn: de nood aan badgen ter hoogte van de liften en centrale trap (wordt als oncomfortabel aanzien), de blijvende moeilijkheid een optimale planindeling ten aanzien van daglicht te voorzien, inzake belevingswaarde van de ruimtes is het niet kunnen openen van ramen een gemis.

Derhalve is de beoordelingscommissie van mening dat dit project na de onderhandelingen op dit subcriterium kan opgetrokken worden tot 6/10”.

Voor de offerte van de nv Artes-Projects wordt vermeld:

“Uit bijsturing van planinvullingen en het correct vermelden van raampartijen tussen grondplannen en gevelplannen onderling blijkt het serverlokaal nu qua grootte te voldoen, en zijn daglichtvragende functies inderdaad in beraamde ruimtes voorzien.

In de onderhandelingsprocedure komen m.b.t. dit subcriterium volgende elementen naar voor als positief: maatregelen om overmatige hitte in ruimtes aan de zuidelijk gerichte gevel goed te voorkomen, inzake belevingswaarde van de ruimtes is het kunnen openen van ramen in vele kantoren meegenomen, het invullingsconcept (verhoogde vloer,...) biedt flexibiliteit naar herindeling, verwarmings- en koelingsconcept met lokale regelmogelijkheden, energiebesparende maatregelen inzake elektriciteit en water.

Derhalve is de beoordelingscommissie van mening dat dit project na de onderhandelingen op dit subcriterium kan opgetrokken worden tot 7/10”.

Aldus stelt verzoekende partij ten onrechte dat voor haar slechts één negatief punt zou zijn vastgesteld vergeleken met 5 positieve punten. Tevens lijkt zij voorbij te gaan aan de voor de nv Artes-Projects vastgestelde positieve punten. Waar veel van deze maatregelen ook te lezen zijn voor de offerte van verzoekende partij, geldt dit bv. niet voor de opmerking “inzake belevingswaarde van de ruimtes is het kunnen openen van ramen in vele kantoren meegenomen”. Evenmin worden hier de negatieve opmerkingen gemaakt die bij de offerte van verzoekende partij werden gemaakt.

Er wordt dan ook op het eerste gezicht niet aangetoond dat verwerende partij hier niet redelijkerwijze een hogere score kon toekennen aan de offerte van de nv Artes-Projects dan aan de offerte van verzoekende partij. Evenmin wordt vastgesteld dat de offerte van de nv Artes-Projects enkel bestekconform was na onderhandelingen zodat in de huidige stand van het geding ook de ingeroepen ongelijke behandeling niet wordt aangetoond.

20. Geen van de aangevoerde grieven kan worden aanvaard. Het derde middel is in zijn geheel niet ernstig.

VIII. Besluit

21. Nu geen van de drie middelen ernstig werd bevonden, dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Artes-Projects tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 april 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra