

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.518 van 29 mei 2012
in de zaak A. 204.448/XII-6917**

In zake: de NV BESIX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AZ JAN PALFIJN GENT AV
autonome verzorgingsinstelling
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf

Tussenkommende partij:

de NV CORDEEL ZETEL TEMSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 april 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Raad van Bestuur van het AZ Jan-Palfijn Gent AV, Autonome Verzorgingsinstelling, dd. 27 maart 2012, waarbij werd beslist om in de

onderhandelingsprocedure met bekendmaking ‘Verbouwing en uitbreiding AZ Jan Palfijn Gent AV’ de firma Cordeel als voorkeursbieder aan te duiden en de [nv Besix] niet als voorkeursbieder te weerhouden”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 mei 2012 heeft de nv Cordeel Zetel Temse gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 mei 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Patrick Devers en Carlos De Wolf, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Leopold Schellekens en Sarah Moens, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 autonome verzorgingsinstelling Algemeen Ziekenhuis Jan Palfijn schrijft een overheidsopdracht voor een aanneming van werken uit met als voorwerp de “Verbouwing en uitbreiding van het ziekenhuis AZ Jan Palfijn Gent AV Site I”.

De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 juni 2011 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 juni 2011.

3.3. Na indiening van de aanvragen tot deelneming wordt aan de geselecteerde kandidaten een kopie bezorgd van het bestek met referentiedatum 30 september 2011 en worden zij uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek omschreven als volgt:

“Het bouwprogramma omvat een renovatieproject, met gedeeltelijke inbreiding en uitbreiding, omvattende ruwbouw, technische installaties en afwerking, met als betrokken entiteiten en/of diensten: inkom met vide, trappenhuizen, liften, stookzaal, administratie, kleedkamers, beddenhuis, operatiekwartier en recovery, intensieve zorgen, sterilisatie, dagklinieken, medische beeldvorming, poli, spoedafdeling, mortuarium, apotheek, logistiek, magazijn, personeelsrestaurant, keuken, ondergrondse doorgang, diverse bergingen en technische ruimtes.”

Het procedureverloop wordt in het bestek toegelicht als volgt:

- “De geselecteerde kandidaten ontvangen een bestek waarin (alleen) de werken voor het winddicht opleveren van de ruwbouw worden opgenomen. Dit bestek wordt aangevuld met een prestatiebestek ‘technieken’ en een prestatiebestek ‘afwerking’ voor alle overige werken.
Er wordt van de kandidaat-inschrijver verwacht dat hij een concrete offerte voor ieder bestek indient, samen met een plan van aanpak inzake de invulling van de werken.
Tenslotte wordt tevens gevraagd een eerste concrete schets te geven van de wijze waarop de kandidaat-inschrijver denkt om te gaan met de gevraagde resultaatsverbintenis.
- Na indienen van de offertes zullen deze in een eerste fase geëvalueerd worden op basis van de gunningscriteria. Deze evaluatie heeft tot doel te bepalen welke inschrijvers het best geplaatst zijn om aan de onderhandelingsfase deel te nemen. Het

aantal deelnemers dat tot de onderhandelingsfase wordt uitgenodigd, wordt door de aanbestedende overheid bepaald op basis van de evaluatie van ingediende offertes (cfr. gunningscriteria). Het aantal deelnemers wordt beperkt tot 3 (shortlist).

De inschrijvers worden geïnformeerd van het feit dat ze niet op de shortlist weerhouden zijn en bijgevolg niet worden uitgenodigd om een BAFO-offerte in te dienen.

Indien voor de shortlist weerhouden inschrijvers zich terugtrekken of indien zou blijken dat de onderhandelingen niet tot een gunstig resultaat leiden, kan de aanbestedende overheid de volgende best gerangschikte inschrijver alsnog uitnodigen om een BAFO in te dienen.

- De 3 kandidaten van de shortlist ontvangen een BAFO-bestek. Hierin zijn alle beschikbare elementen voor een finale offerte verenigd. Het betreft naast de geactualiseerde ruwbouwfase een geactualiseerde inhoudelijke omschrijving van alle overige werken. Deze laatste omvat tenminste:

- (1) beknopte programmadefinities,
- (2) de vereiste kwaliteitsstandaarden.

Daarnaast worden ook de basiseisen inzake de resultaatsverbintenis ter beschikking gesteld.

De kandidaat wordt geacht in zijn BAFO-offerte op te nemen:

- de gesloten ruwbouwkost (volgens gedetailleerde meetstaat, op te maken door de inschrijver)
- de kostprijs (per lot of ‘discipline’) van de andere werken (‘technieken’ en ‘afwerking’), eveneens gebaseerd op éénheidsprijzen en hoeveelheden.
- een definitief voorstel omtrent de invulling van de resultaatsverbintenis en
- een projectplan.

De resultaatsverbintenis omvat een engagement met betrekking tot de vereiste kwaliteit, timing en budget.

Het voorziet ter zake tevens in een garantie en een incentivevoorstel met betrekking tot het al dan niet behalen van de gestelde objectieven (zowel kwaliteit als timing en budget).

- Het doel van de BAFO-fase bestaat er onder meer in de prijs/kwaliteitsverhouding te optimaliseren en op basis van de evaluatie van de offertes en de onderhandelingen, rekening houdend met de gunningscriteria, een voorkeursbieder aan te duiden. Iedere inschrijver die, na een BAFO te hebben ingediend, niet wordt aangeduid als voorkeursbieder, wordt geacht zich in de wachtkamer te bevinden.
- Met deze voorkeursbieder zullen daarna finale besprekingen worden aangegaan met als voornaamste doel om waar mogelijk, de prijs/kwaliteitsverhouding en de draagwijdte van de aan te gane rechten en verplichtingen verder te optimaliseren en definitief vast te leggen.

- Indien de onderhandelingen met de voorkeursbieder niet tot een gunstig resultaat leiden kan de aanbestedende overheid besluiten de volgende best gerangschikte inschrijver uit de ‘wachtkamer’ alsnog als ‘voorkeursbieder’ aan te wijzen en met hem verdere onderhandelingen op te starten.
- Na een finale bespreking van en onderhandelingen over het BAFO-voorstel wordt overgegaan tot gunning en toewijzing.
- De inschrijver is vrij om varianten (zowel voor materialen als voor uitvoeringswijze) voor te stellen en dit voor zover de wettelijke bepalingen en de gevraagde normeringen worden gerespecteerd. Hij zal aantonen dat de technische performanties en de esthetische aspecten van de voorgestelde alternatieven minstens vergelijkbaar zijn met deze welke het bestek voorziet.
- Tijdens de onderhandelingen (met de voorkeursbieder) worden de bestekken en bijhorende plannen voor de diverse werken verder uitgewerkt en geoptimaliseerd, dit met het oog op een globale verbetering. De vooropgestelde kwaliteitseisen, budget- en timinggaranties blijven hierbij onverminderd van toepassing. De aanbestedende overheid zal hierbij handelen in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel zodat deze wijzigingen niet van die aard zullen zijn dat de vergelijking van de eerste offerte van de inschrijvers niet meer geldig zou zijn.

- Door het indienen van een offerte aanvaarden de inschrijvers onvoorwaardelijk de inhoud van het bestek en de invulling van de onderhandelingsprocedure zoals deze in het bestek beschreven is en aanvaarden zij zelf door de bepalingen ervan gebonden te zijn. Indien een inschrijver in dat verband een bezwaar heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende post binnen zeven kalenderdagen na ontvangst van het bestek, bekend te maken aan de aanbestedende overheid met omschrijving van de reden.

[...]”.

Voorts bepaalt het bestek de volgende gunningscriteria:

“De aanbestedende overheid kiest de regelmatige offerte die hem het voordeligste lijkt met inachtneming van de hierna volgende gunningscriteria, opgesomd in volgorde van afnemend belang:

- Prijs voor uitvoering van de bestekken ‘gesloten ruwbouw’, ‘technieken (loten 1 t.e.m. 6)’ en ‘afwerking’: 55 punten
- Administratief-juridische waarde van de resultaatsverbintenis, waarbij zowel de aspecten kwaliteit, timing, verzekering als budget spelen, inclusief de garanties en het incentivevoorstel die ter zake aangeboden worden: 25 punten
- Waarde projectplan, waaruit de technisch-organisatorische haalbaarheid van de aangeboden engagementen moet blijken: 20 punten”.

De wijze van beoordeling van deze gunningscriteria wordt nader toegelicht op de bladzijden 18 en 19 van het bestek.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 22 november 2011. Volgende inschrijvers dienen een offerte in:

- thv Depret – Roegiers – Maes – Van Roey – Van Laere;
- thv Jan Palfijn, bestaande uit CEI-De Meyer – CFE (MBG);
- nv Besix;
- nv Cordeel Zetel Temse.

3.5. Vervolgens verricht verwerende partij een tussentijdse evaluatie met het oog op de samenstelling van een zogenaamde “shortlist” van drie inschrijvers.

Met betrekking tot het administratief onderzoek van de offertes wordt geoordeeld dat globaal alle offertes voldoende informatie bevatten in het kader van de in het bestek gestelde eisen.

De toetsing van de offertes aan de gunningscriteria, leidt onder meer tot de volgende samenvattende puntentabel:

	THV CEI-De Meyer – CFE (MBG)	Besix	Cordeel	THV Depret-Roe giers-Maes- Van Roey- Van Laere
Inschrijvingsbedrag (55 %)	32,10	29,21	26,60	22,10
Administratief- juridische waarde resultaatsverbintenis (25 %)	18	18	20	18
Waarde projectplan (20 %)	17	15	19	20
Totaalscore (100 %)	67,10	62,21	65,60	60,10

Aldus wordt voorgesteld om thv Jan Palfijn, nv Besix en nv Cordeel Zetel Temse op te nemen op de shortlist en uit te nodigen om een BAFO-offerte in te dienen.

3.6. Bij beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij van 21 december 2011 wordt dit voorstel goedgekeurd, “onder voorbehoud van juridisch-technisch nazicht, met mandatering van de bestuurder-directeur geflankeerd door de voorzitter, overeenkomstig de tijdelijke bevoegdheidsgoedkeuring in de Raad van Bestuur van 22-11-2011, inzake de definitieve vaststelling van de shortlist, met bekrachtiging achteraf. De definitieve shortlist zal dan op de volgende Raad van Bestuur bekrachtigd worden”.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 31 december 2011 wordt aan thv Depret – Roegiers – Maes – Van Roey – Van Laere meegedeeld dat zij niet op de shortlist werd opgenomen.

De overige inschrijvers worden bij aangetekend schrijven van 4 januari 2012 in kennis gesteld van het feit dat zij werden opgenomen op de shortlist en gevraagd om een offerte in te dienen tegen uiterlijk 6 februari 2012. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het BAFO-bestek.

3.8. In het BAFO-bestek worden voormelde bepalingen uit het eerste bestek omtrent het BAFO-bestek en het verdere verloop van de procedure hernomen. Hetzelfde geldt voor de gunningscriteria en toelichting erbij.

3.9. De drie inschrijvers die op de shortlist werden opgenomen dienen allen tijdig een BAFO-offerte in en worden vervolgens uitgenodigd voor onderhandelingen.

3.10. Met een schrijven van 9 maart 2012 worden de drie geselecteerde inschrijvers, elk wat betreft de door hen ingediende offerte, in kennis gesteld van het ontwerp van tussentijds evaluatieverslag.

Hierbij wordt door verwerende partij aangegeven dat zij er bijzonder belang aan hecht dat de offerte op een correcte wijze zou worden gewaardeerd en geïnterpreteerd en biedt zij de mogelijkheid om eventuele correcties met betrekking tot de inhoud van de beoordeling op grond van de gunningscriteria, te bezorgen uiterlijk tegen 10 maart 2012.

Alle inschrijvers maken gebruik van deze mogelijkheid.

3.11. Aangezien er wat de offerte van nv Besix betreft onduidelijkheid bleef bestaan over de planning, wordt nog een overlegvergadering georganiseerd op 14 maart 2012 waarbij door nv Besix een aantal documenten werden bezorgd die bij het verslag werden gevoegd.

3.12. Vervolgens wordt het tussentijds evaluatieverslag inzake de aanwijzing van een voorkeursbieder gefinaliseerd.

De toetsing van de offertes aan de gunningscriteria, leidt onder meer tot de volgende samenvattende puntentabel:

	THV CEI-De Meyer – CFE (MBG)	Besix	Besix variante	Cordeel
Inschrijvingsbedrag (55 %)	27,84	27,81	27,57	26,78
Administratief- juridische waarde resultaatsverbintenis (25 %)	15	17,75	15,75	20
Waarde projectplan (20 %)	16	15	15	17
Totaalscore (100 %)	58,84	60,56	58,32	63,78

Aldus wordt voorgesteld om nv Cordeel Zetel Temse aan te wijzen als voorkeursbieder.

3.13. Op 27 maart 2012 beslist de raad van bestuur van verwerende partij om nv Cordeel Zetel Temse aan te wijzen als voorkeursbieder overeenkomstig het tussentijds evaluatieverslag.

3.14. Bij aangetekend schrijven en e-mail van 29 maart 2012 wordt aan thv CEI-De Meyer – CFE (MBG) en nv Besix meegedeeld dat zij niet als voorkeursbieder werden aangewezen. Als bijlage wordt hun een kopie bezorgd van het tussentijds evaluatieverslag aangaande de aanduiding van de voorkeursbieder, evenals van het tussentijds evaluatieverslag aangaande de vaststelling van een shortlist van drie inschrijvers.

Tevens wordt meegedeeld dat het bestuur het opportuun heeft geacht om nu reeds een periode van “stand still” in te lassen en dat een wachttermijn van 15 kalenderdagen zal worden in acht genomen tussen deze mededeling en de sluiting van de opdracht.

3.15. Bij aangetekend schrijven en e-mail van diezelfde datum wordt aan nv Cordeel Zetel Temse meegedeeld dat zij werd aangewezen als voorkeursbieder.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens 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.

5.2. Te dezen is evenwel 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, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen 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 te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Uiteenzetting

6. Een tweede middel is genomen uit de schending van de materiële motiveringsplicht, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”, evenals van artikel 122^{ter} van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Verzoekende partij merkt op dat de beoordeling van de offertes op grond van het tweede gunningscriterium “administratief-juridische waarde van de resultaatsverbintenis” op diverse punten, één of meer van de voormelde bepalingen schendt.

Haar kritiek heeft meer bepaald betrekking op de beoordeling van de volgende vijf elementen:

- Prestaties op zaterdag en in het bouwverlof;
- Extra buffer en capaciteitsinzet door overuren, ploegenwerk en werken tijdens eindejaarsverlof en op zon- en feestdagen;
- Projectmanagement en quality-service;
- Periode van 1 kalendermaand voor verhuis en inhuis;
- Tijdstip van ontvangst van de documenten voor fase 1.

Beoordeling

6.1. Artikel 122^{ter}, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals ingevoegd bij artikel 65 van het koninklijk besluit van 29 september 2009 luidt:

“De aanbestedende overheid onderhandelt met de inschrijvers over de door hen ingediende offertes, om die aan te passen aan de eisen die zij in de aankondiging van opdracht, het bestek en de eventuele aanvullende documenten heeft vermeld en om de beste offerte te kiezen.

Tijdens de onderhandelingen waarborgt de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Met name geeft zij geen discriminerende informatie die sommige inschrijvers kan bevoordelen tegenover andere”.

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

7.1. Een eerste kritiek van verzoekende partij heeft betrekking op de beoordeling van de “Prestaties op zaterdag en in het bouwverlof”.

Wat de ernst van dit onderdeel betreft lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat, in tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, haar offerte niet zonder meer vergelijkbaar is met die van thv CEI-De Meyer-CFE op dit punt.

Uit het tussentijds evaluatieverslag blijkt immers dat thv CEI-De Meyer-CFE naar aanleiding van de zogenaamde proefevaluatie verduidelijkt heeft dat haar prestaties in de offerte “op zaterdag en in het zomerbouwverlof enkel als buffer ingerekend werden, maar niet *de facto* noodzakelijk zijn in de huidige planning”.

In tegenstelling tot thv CEI-De Meyer-CFE lijkt verzoekende partij echter niet te hebben gereageerd op de negatieve vermelding inzake de prestaties op zaterdag en in de bouwvakantie in het ontwerp van evaluatieverslag. Ook in haar antwoord van 6 maart 2012 lijkt verzoekende partij het werken op zaterdag en tijdens de bouwvakantie te hebben bevestigd.

Het blijkt dan ook niet dat het verschil in puntentoekenning op dit punt tot een niet gerechtvaardigde ongelijke behandeling van verzoekende partij heeft geleid.

7.2. Een tweede kritiek van verzoekende partij heeft betrekking op de beoordeling van het gegeven “Extra buffer en capaciteitsinzet door overuren, ploegenwerk en werken tijdens eindejaarsverlof en op zon- en feestdagen”.

Op het eerste gezicht valt op te merken dat deze kritiek samenhangt met de eerste kritiek van verzoekende partij. De mate waarin in de basisplanning reeds rekening wordt gehouden met werken op zaterdag en in de bouwvakantie, lijkt immers de mate te bepalen waarin nog extra capaciteitsinzet mogelijk is.

Verwerende partij lijkt daarbij niet zozeer de extra buffer en capaciteitsinzet te hebben beoordeeld, doch wel de mate waarin deze reeds werd beperkt door opname van onder meer zaterdagen en bouwverlof in de reguliere planning. Overigens lijkt het e-mailbericht van verzoekende partij van 10 maart 2012 eens te meer te bevestigen dat in de basisplanning ook gewerkt wordt op zaterdagen.

Zoals reeds gezegd lijkt er tussen de offerte van verzoekende partij en van thv CEI-De Meyer-CFE wel degelijk een verschil te bestaan op dit punt zodat ook het puntenverschil op het eerste gezicht niet leidt tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling.

7.3. Een derde kritiek van verzoekende partij heeft betrekking op de beoordeling van het gegeven “Projectmanagement en quality-service”.

Verzoekende partij bekritiseert meer bepaald het feit dat zij voor dit element in haar offerte geen bijkomend punt heeft gekregen, hoewel dit eerder in het evaluatieverslag inzake de vaststelling van de shortlist en het ontwerp evaluatieverslag inzake het aanmerken van de voorkeursbieder wel het geval was.

Op te merken valt echter dat de beoordelingsmethodologie van verwerende partij erin bestaat dat slechts plus- of minpunten worden verleend in de mate dat opvallend positieve of negatieve elementen aan de orde zijn.

Op het eerste gezicht gaat het dan ook de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten en wordt het gelijkheidsbeginsel niet geschonden doordat aan de offerte van verzoekende partij hiervoor geen extra punt werd toebedeeld, nu verwerende partij blijkbaar van oordeel is dat alle BAFO-inschrijvingen in gelijkwaardige voorstellen voorzien.

Voorts is de vergelijking met de initiële offertes niet relevant aangezien verwerende partij de BAFO-offertes diende te beoordelen. Bovendien blijkt uit bijlage 2 van het tussentijds evaluatieverslag inzake de vaststelling van de shortlist dat wat dit beoordelingselement betreft destijds niet alleen aan verzoekende partij, doch ook aan alle andere inschrijvers één punt extra werd

toegekend.

7.4. Een vierde kritiek van verzoekende partij betreft de “Periode van 1 kalendermaand voor verhuis en inhuis”.

Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat ook in het BAFO-bestek uitdrukkelijk het volgende wordt vermeld “Tussen elke fase is een periode van 1 kalendermaand voorzien tijdens dewelke de bouwheer zowel verhuist uit de te ontruimen lokalen, als inhuist in de gerenoveerde lokalen of tussentijdse locaties”. Bovendien lijkt het dat de inschrijver alleszins een basisplanning dient op te maken waarin hiermee rekening wordt gehouden.

Aangezien de toelichting van verzoekende partij betreffende de planning in haar schrijven van 10 maart 2012 volgens verwerende partij onduidelijk bleef, heeft zij verzoekende partij uitgenodigd op een vergadering voor een bijkomende verduidelijking van deze toelichting, waarvan tevens een verslag werd opgesteld. Naar aanleiding van deze vergadering heeft verzoekende partij ook een planningsdocument ter beschikking gesteld. Zowel door het eerste overzichtsschema als in het verslag van het overleg, wordt op het eerste gezicht bevestigd dat de basisplanning van verzoekende partij niet voldeed aan voormeld besteksvereiste, nu daarin in geen kalendermaand tussen de diverse fasen is voorzien.

In randnummer 3 van het voormelde verslag van 14 maart 2012 wordt immers gesteld:

“Er wordt toegelicht dat binnen deze basisplanning (cf. punt 2 hiervoor) flexibiliteit en extra buffer kan aangereikt worden om te komen tot 1 maand tussen de fasen, in de zin zoals het bestek bepaald.”

en

“De PERT-planning versie 22.02.2012 kan op haar beurt terug complementair gemaakt worden met het overzichtsschema”.

Uit verklaringen van verzoekende partij zelf lijkt dus te moeten worden afgeleid dat haar uitvoeringsplanning niet voldeed aan het vereiste van de tussentijdse periode van één maand maar dat zij wel bereid was om alsnog haar

planning aan te passen, hetgeen echter niet meer leek te mogen worden toegestaan in de betrokken fase van de gunningsprocedure.

Dit blijkt op het eerste gezicht tevens uit de technische nota bij de planning van Besix waarop verwerende partij steunt en wordt neergelegd als stuk 18 van het bijkomend administratief dossier.

De kritiek van verzoekende partij op haar negatieve beoordeling op dit punt lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

7.5. Een vijfde kritiek, ten slotte, betreft het “Tijdstip van ontvangst van de documenten voor fase 1”. Verzoekende partij voert aan dat zij de aanlevering van de stabiliteitsplannen en documenten voor de fase 1 slechts gevraagd heeft tegen 2 mei 2012, doch dat met dit opvallend positieve element in haar offerte geen rekening wordt gehouden.

Op het eerste gezicht dient echter te worden vastgesteld dat bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium wel degelijk met het voorgaande rekening werd gehouden nu bij de beoordeling van de offertes van de overige inschrijvers op dit vlak één punt wordt afgetrokken. Zulks lijkt op het eerste gezicht niet noodzakelijkerwijze te impliceren dat het voorstel van verzoekende partij op dit punt als opvallend positief zou moeten worden aangemerkt.

Voorts was het oorspronkelijk door nv Cordeel Zetel Temse geformuleerde verzoek omtrent de ontvangst van de documenten voor fase 1 gestelde voorwaarde inzake planning op het eerste gezicht, zoals verzoekende partij betoogt, niet in strijd met het bestek, zodat er geen sprake lijkt te zijn van enige onregelmatigheid. De betrokken planning lijkt te zijn opgemaakt op een moment dat de gevraagde documenten nog tijdig konden worden aangeleverd.

Voorts blijkt uit de stukken van het administratief dossier dat de nv Cordeel Zetel Temse in haar schrijven van 6 maart 2012 uitdrukkelijk opgemerkt heeft dat de opgegeven timing aangaande de plannen niet correct is en dat de datum zal worden aangepast in functie van een eventuele gunning. In een

schrijven van nv Cordeel Zetel Temse van 10 maart 2012 werd bovendien aangegeven dat de afgifte van de documenten op 2 mei 2012 geen probleem vormt.

Ook het vijfde middelonderdeel is dus niet ernstig.

B. Derde middel

Uiteenzetting

8. Een derde middel is genomen uit de schending van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel”.

Door voor het tweede gunningscriterium een (niet vooraf vastgestelde) beoordelingsmethodiek te hanteren, waarbij meteen een score wordt berekend op 25 punten in plaats van initieel op 100 punten zoals in de beoordelingsmethodiek van het eerste gunningscriterium, en bij die beoordeling te werken met het toekennen van volle punten in plus of in min op 25 punten, worden volgens verzoekende partij bij de beoordeling van het nochtans minder belangrijke tweede gunningscriterium (25%) grotere/belangrijkere puntenverschillen gecreëerd voor nochtans minder belangrijke verschillen tussen de offertes dan de prijsverschillen, vermits aan het tweede gunningscriterium in het bestek slechts een weging van 25% werd toegekend versus een weging van 55% aan het gunningscriterium prijs.

Op die manier zou elk verschil tussen de offertes in het kader van het tweede gunningscriterium waarvoor één vol punt in min of plus wordt toegekend een prijsverschil van telkens meer dan 3.000.000 euro kunnen compenseren. Volgens verzoekende partij leidt de concreet gehanteerde beoordelingsmethodiek voor het tweede gunningscriterium dan ook niet tot het bepalen van de meest voordelige offerte en holt deze de vooropgestelde weging van de gunningscriteria volledig uit.

Beoordeling

9.1. In het derde middel betwist verzoekende partij de door verwerende partij gehanteerde beoordelingsmethodiek voor het tweede gunningscriterium, waarbij tevens een vergelijking wordt gemaakt met de beoordelingsmethodiek voor het eerste gunningscriterium.

9.2. Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid om de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zijzelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beste beoordelingsmethode bepalen maar mag desgevraagd de gebruikte methode enkel op haar rechtmatigheid toetsen, meer bepaald betreffende de mate waarin ze de gelijke beoordeling van de offertes eventueel zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken.

10.1. Er lijkt geen verplichting te bestaan voor een aanbestedende overheid om bij de beoordeling van verschillende gunningscriteria eenzelfde beoordelingsmethode te hanteren. Integendeel lijkt het veeleer voor de hand te liggen dat een andere beoordelingsmethode wordt gehanteerd voor een bij uitstek kwantitatief criterium zoals de prijs dan voor een bij uitstek kwalitatief gunningscriterium zoals te dezen het tweede gunningscriterium.

Het feit dat er een bredere waaier aan puntenverschil is bij het ene dan bij het andere gunningscriterium lijkt op zich niet meteen te moeten leiden naar de vaststelling van een ondeugdelijk hanteren van de gunningscriteria.

10.2. Voorts lijkt er geen algemene verplichting te bestaan in de huidige stand van het recht om elke beoordelingsmethodiek voorafgaand bekend te maken.

10.3. Daarnaast dient te worden vastgesteld dat te dezen verwerende partij wat het prijscriterium betreft de beoordelingsmethodiek wel voorafgaand had aangekondigd en dan ook gehouden was om deze methode overeenkomstig het

beginsel *patere legem* toe te passen. Dat de puntenverschillen bij het eerste gunningscriterium zeer klein zijn, lijkt op het eerste gezicht veeleer te maken te hebben met het feit dat, zoals tevens wordt opgemerkt in het tussentijds evaluatieverslag bij het aanwijzen van een voorkeursbieder en rekening houdend met de grootteorde van de bedragen, de prijzen relatief dicht bij mekaar liggen.

10.4. Verzoekende partij maakt dan ook niet aannemelijk dat te dezen de bij het tweede gunningscriterium gehanteerde beoordelingsmethode niet heeft geleid tot gunning aan de voordeligste regelmatige inschrijver.

10.5. Het derde middel is dan ook niet ernstig.

C. Eerste middel

Uiteenzetting

11. Een eerste middel is genomen uit de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “inzonderheid van het ‘*patere legem quam ipse fecisti*’-beginsel, van het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel”, evenals van artikel 122^{ter} van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Verzoekende partij is van oordeel dat door het in rekening brengen van het voorzien in parkingfaciliteiten buiten de terreinen van het Jan Palfijn ziekenhuis en het voorzien in een autonome stroomkabel aan de door de verwerende partij gekozen voorkeursbieder nv Cordeel Zetel Temse ten onrechte twee extra punten zijn toegekend.

Daarnaast voert verzoekende partij aan dat verwerende partij daarbij de beoordelingsmethodiek heeft gewijzigd en een heel andere invulling heeft gegeven aan het derde gunningscriterium dan zij eerder had gedaan bij het opstellen van de shortlist. Meer bepaald zou in het evaluatieverslag ter aanwijzing van de voorkeursbieder niet langer worden vertrokken van een globale startscore

van 20/20, maar worden vertrokken van een globale startscore van 15/20. Deze aanpassing van de beoordelingsmethodiek is volgens haar duidelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel want kennelijk bedoeld om inschrijver nv Cordeel Zetel Temse te bevoordelen.

Beoordeling

12. Verwerende en tussenkomende partij werpen een exceptie van gebrek aan belang op bij dit middel omdat het verschil in beoordeling tussen verzoekende partij en tussenkomende partij 3,22 punten bedraagt, terwijl bij het ernstig en gegrond bevinden van dit middel slechts 2 punten kunnen worden goedge maakt.

Verzoekende partij anticipeert in haar verzoekschrift op dergelijke exceptie door te stellen dat zij wel degelijk belang heeft bij dit middel aangezien het ernstig bevinden van dit middel samen met het tweede en/of derde middel wel tot gevolg zou hebben dat de puntenachterstand volledig wordt ingehaald.

Hiervoor zijn het tweede en derde middel niet ernstig bevonden, zodat deze exceptie van verwerende en tussenkomende partij gegrond is, zoals verzoekende partij overigens in haar verzoekschrift ook lijkt te erkennen.

Het middel is niet ontvankelijk.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Cordeel Zetel Temse tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 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 29 mei 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Bram Van Thillo,	griffier.
------------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest