

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 219.519 van 29 mei 2012  
in de zaak A. 204.450/XII-6918**

In zake: 1. de NV CEI-DE MEYER  
2. de NV CFE  
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Annelies Verlinden  
kantoor houdend te 1050 Brussel  
Louizalaan 106  
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 27 maart 2012 [...] waarin het AZ Jan Palfijn beslist de inschrijver Cordeel Zetel Temse NV als voorkeursbieder aan te duiden en de inschrijving van de THV CEI-De Meyer-CFE (MBG), opgenomen op de shortlist, niet als voorkeursbieder te weerhouden [...];
- De beslissing van 21 december 2011 en bekrachtigd bij beslissing van 27 maart 2012 [...] in zoverre de offerte van Besix en Cordeel Zetel Temse NV werd weerhouden op de shortlist van drie inschrijvers die worden uitgenodigd tot het indienen van een BAFO”.

## *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.

Advocaten Annelies Verlinden en Tom Villé, die verschijnen voor de verzoekende partijen, 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.

## *II. 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.

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>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.</p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

[...]”.

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<br>CEI-De<br>Meyer –<br>CFE<br>(MBG) | Besix | Cordeel | THV<br>Depret-Roe<br>giers-Maes-<br>Van Roey-<br>Van Laere |
|-------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|-------|---------|------------------------------------------------------------|
| Inschrijvingsbedrag<br>(55 %)                                           | 32,10                                    | 29,21 | 26,60   | 22,10                                                      |
| Administratief-<br>juridische waarde<br>resultaatsverbintenis<br>(25 %) | 18                                       | 18    | 20      | 18                                                         |
| Waarde projectplan<br>(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<br>CEI-De<br>Meyer –<br>CFE<br>(MBG) | Besix | Besix<br>variante | Cordeel |
|-------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|-------|-------------------|---------|
| Inschrijvingsbedrag<br>(55 %)                                           | 27,84                                    | 27,81 | 27,57             | 26,78   |
| Administratief-<br>juridische waarde<br>resultaatsverbintenis<br>(25 %) | 15                                       | 17,75 | 15,75             | 20      |
| Waarde projectplan<br>(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. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting*

6. Een eerste middel is genomen uit de schending van het “grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel (artikel 10 en 11 van de Grondwet), het transparantiebeginsel, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, de materiële-motiveringsplicht en de formele-motiveringsplicht (artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen)”.

Dit middel lijkt gericht tegen de beslissing van 21 december 2011 in zoverre de offertes van nv Cordeel Zetel Temse en nv Besix werden opgenomen op de shortlist van drie inschrijvers die werden uitgenodigd tot het indienen van een BAFO.

Volgens verzoekende partijen had verwerende partij de offertes van deze inschrijvers immers substantieel onregelmatig moeten verklaren omdat, luidens Bijlage I van het tussentijds evaluatieverslag zelf, dat een overzicht van de regelmatigheids- en volledigheidscntrole van de eerste offertes bevat, een aantal documenten in deze offertes zouden ontbreken.

Aldus blijkt volgens verzoekende partijen dat bij de offerte van nv Besix “voor het onderdeel ‘Technieken’ (bestaande uit 6 onderdelen of zogenaamde (oneigenlijke) ‘loten’) geen meetstaat voor volgende vijf van de zes onderdelen werd gevoegd:

- Lot 1: HVAC;
- Lot 2: Sanitair en brandbestrijding;
- Lot 3: Medisch en industriële gassen;
- Lot 4: Elektriciteit;
- Lot 6: Speciale technieken buizenpost”.

Wat de offerte van nv Cordeel Zetel Temse betreft, zou deze voor het onderdeel “Technieken” onvolledig zijn “nu voor de volgende onderdelen geen samenvattende opmetingsstaat met prijsopgave door deze inschrijver werd ingediend:

- Lot 1: HVAC;
- Lot 2: Sanitair en brandbestrijding;
- Lot 4: Elektriciteit”.

Het bestek schrijft echter voor dat van elke inschrijver wordt verwacht dat hij “een concrete offerte voor ieder bestek indient” en dus een samenvattende meetstaat aan de offerte toevoegt.

Bovendien bevat het tussentijds evaluatieverslag geen enkele motivering met betrekking tot het toch in aanmerking nemen van de offertes van de inschrijvers nv Besix en nv Cordeel Zetel Temse ondanks de door verwerende partij zelf vastgestelde substantiële onregelmatigheid van de offertes van deze inschrijvers.

### *Beoordeling*

7.1. Aangezien verzoekende partijen pas kennis hebben kunnen nemen van de motieven voor de tweede bestreden beslissing aangaande de vaststelling van de shortlist van drie inschrijvers naar aanleiding van de kennisgeving van 29 maart 2012, lijkt het beroep tijdig in de mate dat het gericht is tegen de tweede bestreden beslissing.

7.2. De exceptie van gebrek aan belang bij dit middel die wordt opgeworpen door verwerende partij lijkt feitelijke grondslag te missen aangezien verzoekende partijen, in tegenstelling tot hetgeen verwerende partij lijkt aan te nemen, in hun verzoekschrift niet de integrale schorsing vragen van de tweede bestreden beslissing, doch enkel in zoverre daarin de offertes van nv Besix en nv Cordeel Zetel Temse worden opgenomen op de shortlist.

7.3. Het bijzonder bestek bepaalt dat van de kandidaat-inschrijver wordt verwacht dat hij een concrete offerte voor ieder bestek indient, samen met een plan van aanpak inzake de invulling van de werken.

Voorts bepaalt het bestek aangaande de bij de offerte toe te voegen documenten dat de offerte onder meer bestaat uit een meetstaat per bestek, opgesteld door de inschrijver en voorzien van eenheidsprijzen. Tevens bepaalt het bestek dat in geval van het niet bijvoegen van deze documenten of indien de inschrijver verzaakt aan het verzoek van de aanbestedende overheid tot het indienen van alle gevraagde documenten de aanbestedende overheid de offerte kan weren.

7.4. In bijlage 1 bij het tussentijds evaluatieverslag inzake de vaststelling van een shortlist wordt opgemerkt dat in de eerste offerte van inschrijvers Besix en Cordeel voor bepaalde loten van het bestek “technieken” geen samenvattende meetstaat werd gevoegd, doch enkel algemene informatie. Niettemin wordt er geoordeeld dat er voldoende informatie aanwezig is voor een globaal beeld. In het evaluatieverslag zelf wordt aangaande het administratief onderzoek van de offertes opgemerkt dat alle offertes zijn opgebouwd rond een aantal rubrieken, die bij thv Depret en C° niet verder zijn uitgewerkt, dat deze bij nv Cordeel Zetel Temse en nv Besix de rubrieken “technieken” summier zijn gehouden en dat de offerte van verzoekende partijen vrij gedetailleerd is. Besloten wordt dat globaal alle offertes voldoende informatie bevatten in het kader van de in het bestek gestelde eisen.

7.5. Wat de formele-motiveringsverplichting betreft, lijken verzoekende partijen niet aan te tonen waarom zij niet in de mogelijkheid waren om, op grond van de tweede bestreden beslissing en het bijhorend tussentijds evaluatieverslag, de voornoemde beslissing met kennis van zaken te betwisten. Het tegendeel blijkt veeleer uit het inleidend verzoekschrift waarin zij de in die beslissing vervatte beoordeling en motieven ook inhoudelijk omstandig betwisten. Alleen reeds om die reden lijkt aan de formele-motiveringsverplichting voldaan, minstens aan de *ratio legis* ervan.

Ook lijkt, in tegenstelling tot wat verzoekende partijen aanvoeren, uit voormelde motivering in het tussentijds evaluatieverslag en bijlage 1 ervan, wel degelijk te kunnen worden afgeleid waarom de eerste offertes van de nv Cordeel Zetel Temse en de nv Besix niet onregelmatig worden verklaard en niet te worden aangetoond dat deze formele motivering niet afdoende zou zijn.

7.6. Voorts lijkt met verwerende partij te moeten worden vastgesteld dat het bestek in zijn artikel 90 slechts de opgave van een meetstaat “per bestek” voorschrijft en niet per lot, zodat de offertes van de nv Besix en nv Cordeel Zetel Temse op het eerste gezicht wel voldeden aan de besteksbepalingen. Volgens rubriek “D. Overzicht en inhoud der bestekken” bestaat de opdracht inderdaad slechts uit drie bestekken: “gesloten ruwbouw”, “technieken” en “afwerkingen”. “Technieken” is daarbij weliswaar in zes “loten” verdeeld.

7.7. Het middel lijkt aldus niet uit te gaan van een juiste interpretatie van het bestek en is bijgevolg niet ernstig.

#### *B. Tweede middel*

8. Een tweede middel is genomen uit de schending van artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993, artikel 115 van “het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel (artikel 10 en 11 van de Grondwet), het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, het proportionaliteitsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel”.

9. Met verwerende en tussenkomende partij dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 waarvan verzoekende partijen de schending inroepen, niet van toepassing zijn op de in het geding zijnde opdracht die gegund wordt bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

### *Eerste onderdeel*

10. De nadere “uiteenzetting van het middel in zijn vier onderdelen” vangt aan als volgt:

*“Eerste middelonderdeel: De door verwerende partij gehanteerde beoordelingsmethodiek voor wat het gunningscriterium ‘prijs’ betreft is onwettig*

61. In dit eerste middelonderdeel van het tweede middel van verzoekende partijen zal worden aangetoond dat de door verwerende partij gehanteerde beoordelingsmethodiek met betrekking tot het gunningscriterium “prijs voor uitvoering van de bestekken ‘gesloten ruwbouw’, ‘technieken (loten 1 t.e.m. 6)’ en ‘afwerking’” niet leidt tot een verhoudingsgewijze toekenning van de punten, hetgeen nochtans mocht worden verwacht van een gunningscriterium dat zich bij uitstek leent tot een wiskundige benadering. De door verwerende partij gehanteerde beoordelingsmethodiek wijzigt in werkelijkheid de betekenis (en de weging) van dit gunningscriterium.”

Verzoekende partijen lijken zich in dit onderdeel te richten tegen de in het bestek gekozen beoordelingsmethodiek voor het gunningscriterium van de prijs. Zulks lijkt te moeten worden afgeleid uit de hiervoor aangehaalde beschrijving van de grief, en uit de gehele nadere toelichting die eindigt met :

“De verwerende partij kon dan ook niet bij de beoordeling van de totale kostprijs een beoordelingsmethodiek kiezen die de verschillen tussen de prijsvoorstellen van de inschrijvers, op onevenredige wijze verkleint en minimaliseert [...]”.

### *Beoordeling van het eerste onderdeel*

11. In het verlengde van wat reeds in de arresten nr. 206.598 van 13 juli 2010 inzake nv Neorec en nr. 214.645 van 14 juli 2011 inzake nv JC Decaux Belgium Publicité, werd overwogen, kan een exceptie van gebrek aan belang bij dergelijk middel worden aanvaard indien het bestek ertoe heeft verplicht om meteen zichtbare rechtmatigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en de betrokken onrechtmatigheid als een dergelijk zichtbaar bezwaar te beschouwen is.

Dit lijkt te dezen het geval: de litigieuze wijze van beoordeling van het prijs criterium was reeds opgenomen in zowel het eerste bestek als het BAFO-bestek en beide bestekken bevatten de volgende bepaling:

“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 redenen.”

Er blijkt niet dat verzoekende partijen, ondanks voormelde besteksbepaling, eerder bezwaar hebben geuit tegen de aangekondigde beoordelingswijze van het prijs criterium, zodat hun kritiek tegen deze methodiek zelf niet ontvankelijk is, hetgeen de Raad van State ambtshalve vaststelt.

Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat de gehanteerde methodiek te dezen in elk geval een positieve evenredigheid lijkt mee te brengen tussen lage prijs en hoge score en lijken de prijsverschillen te dezen wel op een evenredige wijze omgezet te zijn in punten.

Het eerste onderdeel van het tweede middel wordt bijgevolg niet aanvaard.

#### *Tweede onderdeel*

12. Het tweede onderdeel wordt door verzoekende partijen als volgt samengevat:

*“Tweede middelonderdeel: De beoordeling van het gunningscriterium ‘administratief-juridische waarde van de resultaatsverbintenis’ is in strijd met artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en artikel 115 van het KB van 8 januari 1996”.*

Het betoog eindigt met “[h]et staat dan ook vast dat verwerende partij artikel 16 van de Overheidsopdrachtenwet en artikel 115 van het KB van 8 januari 1996 heeft geschonden”.

#### *Beoordeling van het tweede onderdeel*

13. Zoals reeds hiervoor opgemerkt, zijn de geschonden geachte bepalingen niet van toepassing op de in het geding zijnde opdracht en is bijgevolg het middelonderdeel niet ernstig. In de toelichting ontwikkelen verzoekende partijen nog allerhande andere grieven maar het is niet aan de Raad van State om in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de niet coherente structuur van een middel op eigen initiatief te verbeteren.

#### *Derde onderdeel*

14. Het derde onderdeel luidt in zijn samenvatting :

*“Derde middelonderdeel: De beoordeling van het gunningscriterium ‘administratief-juridische waarde van de resultaatsverbintenis’ is onzorgvuldig en incoherent”.*

#### *Beoordeling van het derde onderdeel*

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

Voorts valt op te merken dat de offerte van verzoekende partijen slechts als derde wordt gerangschikt met een totaalscore van 58,84 punten, tegenover 63,78 punten voor de gekozen voorkeursbieder. In de mate dat de

overige middelen en overige onderdelen van dit middel niet ernstig of onontvankelijk zouden worden bevonden, lijken verzoekende partijen slechts belang te hebben bij het hier besproken derde middelonderdeel indien een of meer kritieken samen genomen van aard zouden zijn om voormeld puntenverschil te overbruggen. Het middelonderdeel wordt dan ook vanuit dit oogpunt onderzocht.

16. Wat de kritiek van verzoekende partijen betreft aangaande de beoordeling van de voorziene opleveringsdata per fase kan het standpunt van verzoekende partijen dat er slechts sprake zou zijn van een “uiterst marginaal verschil in timing”, zeker gelet op het grote belang dat in het bestek lijkt te worden gehecht aan de timing, op het eerste gezicht niet worden gevolgd: de tijdsverschillen belopen immers met de gekozen inschrijver voor de drie fases respectievelijk 2 maanden, 2 maanden en geen verschil; met nv Besix twee maanden, 1,5 maand en 1 dag. Bovendien motiveert verwerende partij het puntenverschil in het evaluatieverslag uitdrukkelijk door te stellen dat ten gevolge van de relatief late oplevering van de deelfases er een kortere periode rest om extra capaciteit zo nodig doelmatig correctief in te zetten. Deze beoordeling gaat op het eerste gezicht de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten.

17. Ook de kritiek aangaande de - voor de drie inschrijvers gelijke - beoordeling van de verzekeringen lijkt op het eerste gezicht niet ernstig aangezien de inschrijvers op het eerste gezicht gelijkaardige voorstellen hebben geformuleerd.

18. Wat de kritiek van verzoekende partijen betreft op de beoordeling van de boetes bij laattijdige uitvoering, valt op te merken dat deze kritiek feitelijke grondslag lijkt te missen in de mate dat verzoekende partijen aanvoeren dat zij ten onrechte niet gunstiger zouden zijn beoordeeld dan nv Cordeel Zetel Temse. Uit het evaluatieverslag blijkt immers dat aan verzoekende partijen één punt extra werd toegekend, terwijl nv Cordeel Zetel Temse hier een waardering (0) behaalt. Voorts gaat het op het eerste gezicht de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten dat nv Besix hier eveneens één punt extra wordt toegekend. Op het eerste gezicht hebben verzoekende partijen weliswaar in meer maatregelen voorzien, doch nv Besix heeft wel een beduidend hogere totale maximumboete (7,5 % i.p.v. 6 % voor verzoekende partijen). Voorts

blijkt uit het evaluatieverslag dat verwerende partij bij de beoordeling, in tegenstelling tot wat verzoekende partijen betogen, wel degelijk ook mede rekening heeft gehouden met het door verzoekende partijen geboden risicobudget van 500.000 euro.

19. Aangaande de kritiek van verzoekende partijen op het beweerd ten onrechte niet in aanmerking nemen van het door hen geboden extra risicobudget ten bedrage van 1.300.000 euro, merkt verwerende partij in haar nota het volgende op:

“In haar schrijven d.d. 6 maart 2012 stelt Verzoekende Partij:

‘Indien u de mening bent toegedaan dat er, voor het creëren van extra zekerheden voor het dekken van misgelopen subsidies en verloren omzet, door gemeenschappelijke risico’s, een risicobudget wordt bepaald, stellen wij voor € 1.300.000 op te nemen bovenop onze finale offerte.

Om te vermijden dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschaad kunnen wij u enkel adviseren om bij elke inschrijver, bovenop hun finale offerte, datzelfde bijkomende bedrag als voorbehouden som te voorzien. Het bovenstaande bedrag van € 1.300.000 dient o.i. door u gevalideerd te worden in het licht van de precieze subsidieregeling en de verdeling van de verloren omzet.’

De formulering van het voorstel, dat wordt afhankelijk gemaakt van een uniforme toepassing t.a.v. alle inschrijvers, kan bezwaarlijk worden beschouwd als een meerwaarde die wordt aangeboden door Verzoekende Partijen. Bovendien is het voorstel, gezien de geformuleerde voorwaarden, niet toepasbaar op 6 maart 2012, want er dient verder te worden onderhandeld met alle andere inschrijvers, uitgaande van het gelijkheidsbeginsel.

Bijgevolg kan Verwerende Partij, op basis van het rechtsbeginsel *‘patere legem quam ipse fecisti’* het voorstel van Verzoekende Partijen niet mee in overweging nemen.

De wettigheidskritiek van Verzoekende Partijen faalt op dit punt dan ook in rechte.”

In het licht van voormeld verweer, lijkt deze kritiek van verzoekende partijen dan ook op het eerste gezicht niet ernstig.

20. Voorts lijkt de motivering, in tegenstelling tot wat verzoekende partijen aanvoeren, niet tegenstrijdig aangezien verwerende partij weliswaar opmerkt dat de termijnoverschrijding en de gevolgen ervan “geenszins afdoend” financieel verzekerd worden door de inschrijver, doch anderzijds in diezelfde motivering erkent dat dit “in (zeer) beperkte mate” wel het geval is, waarbij verwezen wordt naar de boetes.

21. Vervolgens lijken verzoekende partijen geen belang te hebben bij hun grief betreffende de score van 0,75 punten - in zoverre hier geen vol punt wordt gehanteerd - voor nv Besix aangezien die geen impact heeft op het puntenverschil tussen verzoekende partijen en de gekozen inschrijver nv Cordeel Zetel Temse.

22. Daarnaast lijkt de grief dat de aanbestedende overheid geen rekening zou hebben gehouden met een aantal elementen uit de offerte van verzoekende partijen op het eerste gezicht de door de aanbestedende overheid toegepaste beoordelingsmethode te miskennen die erin bestaat om te vertrekken van een bepaalde globale startscore en enkel de opvallend positieve en negatieve elementen nader te quoteren.

Laat staan dat het aan de Raad van State zou toekomen zelf te oordelen over het opvallend positief of negatief karakter daarvan, blijven verzoekende partijen op het eerste gezicht in elk geval in gebreke concreet aan te tonen waarom het twintigtal elementen uit hun offerte, op blz. 34 en 35 van hun verzoekschrift opgesomd, dermate opvallend positief zijn, dat zij tot een hogere totaalscore bij het tweede gunningscriterium hadden moeten leiden.

23. Wat ten slotte de kritiek van verzoekende partijen betreft aangaande de beoordeling van de communicatie en het tijdstip waarop de stabiliteitsplannen werden gevraagd, dient te worden vastgesteld dat de betrokken grieven noch afzonderlijk, noch samen genomen, van aard lijken om de rangschikking tussen de offertes te kunnen beïnvloeden. In beide gevallen lijkt de kritiek hoogstens betrekking te hebben op de toekenning van 1 punt.

#### *Vierde onderdeel*

24. In het vierde onderdeel voeren verzoekende partijen aan :

*“Vierde middelonderdeel : De beoordeling van het gunningscriterium ‘waarde projectplan’ is onzorgvuldig en incoherent”.*

#### *Beoordeling van het vierde onderdeel*

In de eerste plaats merken verzoekende partijen op dat verwerende partij zich wat de beoordeling van dit gunningscriterium betreft bij de tweede bestreden beslissing aangaande het vaststellen van de shortlist zou hebben beperkt tot een loutere puntentabel, waardoor verwerende partij haar motiveringsplicht niet heeft vervuld. Er wordt weliswaar verwezen naar een bijlage 3, doch verzoekende partijen hebben hiervan nooit kennis gekregen.

25.1. Verzoekende partijen tonen niet aan welk belang zij hebben bij voormelde kritiek aangezien zij werden opgenomen op de shortlist en de litigieuze motieven waarvan zij geen kennis zouden hebben, overigens nooit eerder lijken te hebben opgevraagd. Daarnaast blijkt uit het tussentijds evaluatieverslag bij de vaststelling van de shortlist dat de inschrijvers op 22 december 2011 werden uitgenodigd om de ontwerpevaluatie met betrekking tot hun offerte te valideren en dat alle inschrijvers van deze mogelijkheid gebruik lijken te hebben gemaakt. Bovendien lijkt het dat verzoekende partijen kennis hebben kunnen nemen van de motieven inzake de beoordeling van de gunningscriteria in het evaluatieverslag inzake de aanwijzing van een voorkeursbieder.

Voorts lijkt uit het administratief dossier te kunnen worden afgeleid dat verwerende partij zich niet beperkt heeft tot een loutere puntentabel, zodat het middelonderdeel op dit punt zelfs feitelijke grondslag mist.

25.2. Vervolgens bekritisieren verzoekende partijen de beoordeling van het betrokken derde gunningscriterium, zoals opgenomen in het evaluatieverslag bij de eerste bestreden beslissing.

25.3. Wat het beweerd gebruik van onaangekondigde subcriteria bij dit gunningscriterium betreft, verwijzen verzoekende partijen naar hun wettigheidskritieken in het kader van het tweede middelonderdeel. Hiervoor is echter dit middelonderdeel afgewezen omdat het gesteund was op niet toepasselijke rechtsbepalingen, zodat de Raad zich niet verplicht weet dit onderdeel opnieuw te onderzoeken teneinde die wettigheidskritieken te vinden.

In elk geval valt wel nog op te merken dat het derde gunningscriterium zoals omschreven in het bestek luidt als volgt “3. Waarde projectplan, waaruit de technisch-organisatorische haalbaarheid van de aangeboden engagementen moet blijken.”

Dit criterium wordt in het bestek toegelicht als volgt:

“De inschrijver zal, per onderdeel in elk bestek, aantonen over de nodige capaciteit te kunnen beschikken voor de realisatie van het project door de opgave van de gegevens van minstens 1 en maximum 3 (onder)aannemers die er zich schriftelijk toe verbinden om de voor het bestek voorziene werken uit te voeren. Deze aannemers zijn minimum erkend in klasse 5. Zodra de inschrijver wordt uitgenodigd voor onderhandelingen en voor het indienden van een BAFO-offerte, kiest de inschrijver de partijen met wie hij de opdracht verder zal uitvoeren. Hij bezorgt samen met zijn offerte een kopie van de samenwerkingsovereenkomsten alsook de gegevens van het aldus samengestelde team. Dit team kan niet meer gewijzigd worden zonder voorafgaand akkoord van de opdrachtgever.”

Op het eerste gezicht lijken de voormelde omschrijvingen van het gunningscriterium niet te impliceren dat verwerende partij zich bij haar beoordeling noodzakelijkerwijze diende te beperken tot de voornoemde verbintenissen die de inschrijvers voorlegden.

Het voorzien in parkingfaciliteiten buiten de terreinen van het Jan Palfijn ziekenhuis en het voorzien in een autonome stroomkabel, gegevens die volgens verzoekende partijen niet mochten worden beoordeeld binnen de draagwijdte van het hier besproken gunningscriterium, lijken op het eerste gezicht wel degelijk beoordelingselementen uit te maken die inpasbaar zijn in dat criterium.

Uit het BAFO-bestek blijkt immers dat één van de engagementen die de inschrijvers dienden op te nemen betrekking heeft op het verzekeren van de continuïteit van het ziekenhuis en dat de planning zou worden afgetoetst aan de eisen inzake de continuïteit van het ziekenhuis.

Op het eerste gezicht lijkt verwerende partij bij de beoordeling van het derde gunningscriterium geen rekening te hebben gehouden met andere criteria of beoordelingselementen dan diegene die reeds in dat bestek werden voorgeschreven.

25.4. Wat de beoordeling van de projectplannen betreft, valt opnieuw op te merken dat de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid beschikt.

Op het eerste gezicht kan, opnieuw gelet op de door verwerende partij gehanteerde beoordelingsmethodiek voor dit gunningscriterium waarbij enkel opvallend positieve of negatieve elementen van het projectplan met +/- worden benaderd, uit het evaluatieverslag als dusdanig geen gebrek aan zorgvuldig en globaal onderzoek van de projectplannen worden afgeleid. Verzoekende partijen concretiseren in hun verzoekschrift in elk geval niet welke opvallend positieve elementen van hun projectplan verwerende partij hier over het hoofd zou hebben gezien.

Voorts lijkt het op het eerste gezicht de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te gaan dat verwerende partij daarbij een bijzonder belang hecht aan de aanwezigheid van een autonome stroomkabel voor de continuïteit van het ziekenhuis. Verzoekende partijen tonen niet aan dat zij een vergelijkbaar voorstel hebben gedaan. Zij lijken, overigens op uitdrukkelijk verzoek van verwerende partij, louter te hebben bevestigd dat de werken op geen enkel moment tijdens elke fase, de operationaliteit van het ziekenhuis in het gedrang zouden brengen. Het voorzien in een autonome stroomkabel wordt door verwerende partij op het eerste gezicht dus niet ten onrechte als een extra waarborg en dus opvallend pluspunt beschouwd.

26.1. Ten slotte stellen verzoekende partijen dat het derde gunningscriterium, hetgeen volgens hen in overeenstemming met het bestek uitsluitend betrekking heeft op de capaciteit van de inschrijvers, in wezen een selectiecriterium betreft.

26.2. Zoals reeds werd opgemerkt bij de kritiek van verzoekende partijen op de beoordelingsmethodiek van het prijscriterium, is, gelet op de daaromtrent specifieke bepalingen van het toepasselijke bijzonder bestek dergelijke grief niet ontvankelijk: het lijkt niet dat verzoekende partijen, ondanks de uitdrukkelijke besteksbevestiging dienaangaande, eerder bezwaar hebben geuit tegen het betrokken criterium.

Bovendien blijkt in het evaluatieverslag te zijn vastgesteld dat alle inschrijvers over de nodige capaciteit kunnen beschikken conform de eisen van het BAFO-bestek en de nodige verbintenissen voorleggen. Op dit vlak is er dus geen puntenverschil tussen de offertes van de verschillende inschrijvers. Het puntenverschil vloeit daarentegen voort uit een beoordeling van parkingfaciliteiten en een autonome stroomkabel, en dus beoordelingselementen die op het eerste gezicht geenszins als selectiecriteria kunnen worden aangemerkt.

27. Ook het vierde middelonderdeel is niet ernstig, zodat het tweede middel in zijn geheel niet ernstig is.

### *C. Derde middel*

#### *Uiteenzetting*

28. Een derde middel is genomen uit een schending “van het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel (artikel 10 en 11 van de Grondwet), artikel 122<sup>ter</sup> van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het transparantiebeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel”.

Verzoekende partijen voeren aan dat verwerende partij een arbitraire werkwijze zou hebben gebruikt tijdens de onderhandelingen. Verwerende partij zou het verloop van de onderhandelingsprocedure “eenzijdig en

op een ontransparante wijze” hebben “(bij)gestuurd” met als “enig zagezegd doel ‘de prijs-kwaliteitsverhouding van de diverse aanbiedingen [te optimaliseren] en ze dus dichter bij mekaar [te brengen]’”. In werkelijkheid zouden de onderhandelingen, de vele BAFO’s en de mogelijkheid de ontwerpevaluatieverslagen te becommentariëren “louter en alleen” als doel hebben gehad de overige inschrijvers te bevoordelen door hun de kans te geven hun offertes alsnog te optimaliseren, zonder dat in het bestek in deze mogelijkheid was voorzien.

Daarbij bekritisieren zij tevens het feit dat verwerende partij nooit heeft nagegaan welke inschrijver na de tweede offerte als economisch meest voordelige bieder gerangschikt werd.

### *Beoordeling*

29. Artikel 122<sup>ter</sup>, § 2, van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals ingevoegd bij artikel 65 van het koninklijk besluit van 29 september 2009, luidt als volgt:

“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”.

Het flexibele kader dat door de onderhandelingsprocedure met bekendmaking aan de aanbestedende overheid wordt geboden, waarbij zij met de inschrijvers kan onderhandelen en een grotere vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen, belet niet dat deze flexibiliteit wordt beperkt, naast het wettelijke en reglementair kader, door de toepassing van onder meer het gelijkheidsbeginsel.

30. Te dezen werd het verloop van de onderhandelingsprocedure als volgt beschreven in het basis-bestek:

“• 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 3 kandidaten van de shortlist ontvangen een BAFO-bestek. Hierin zijn alle beschikbare elementen voor een finale offerte verenigd. [...]
- 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.”

Het feit dat verwerende partij pas een evaluatieverslag om een voorkeursbieder aan te wijzen heeft opgesteld naar aanleiding van de BAFO-offertes en de verdere onderhandelingen en dus geen beoordeling blijkt te hebben gemaakt van de BAFO-offertes op zich, lijkt op het eerste gezicht niet strijdig met voormelde besteksbepalingen.

Die besteksbepalingen voorzien immers expliciet in een zogenaamde “BAFO-fase”, waarbij een BAFO-offerte wordt ingediend en verdere onderhandelingen worden gevoerd. Bovendien bepaalt het bestek uitdrukkelijk dat de voorkeursbieder zal worden aangemerkt op grond van de evaluatie van de offertes en de onderhandelingen, rekening houdend met de gunningscriteria.

Op het eerste gezicht lijkt verwerende partij dan ook niet gehandeld te hebben in strijd met haar eigen besteksbepalingen en het *patere legem* beginsel.

31. Rest dan nog de vraag of de handelwijze van verwerende partij verenigbaar is met voormeld artikel 122<sup>ter</sup> en het gelijkheidsbeginsel.

Verzoekende partijen erkennen in hun verzoekschrift dat zij “even vaak als de andere inschrijvers” hun BAFO-offerte konden wijzigen, zodat er op dit punt geen sprake lijkt te zijn van een ongelijke behandeling. Zij voeren echter aan dat het gelijkheidsbeginsel geschonden is omdat aan de diverse partijen “geen identieke informatie” zou zijn meegedeeld.

Het verloop van de BAFO-fase wordt in het evaluatieverslag toegelicht als volgt:

#### 4. Verloop BAFO-fase

##### 4.1 Acties

- Aan de inschrijvers werd uitgebreid de kans geboden tot vraagstelling. Er wordt ter zake verwezen naar het BAFO-bestek, zie p. 8/42 “Info en plaatsbezoek”. Dit resulteerde in 64 vragen en antwoorden, die aan alle inschrijvers per brieven dd. 27 januari 2012 (vraag 1 t.e.m. 37), 30 januari 2012 (vraag 38 t.e.m. 63) en per mail dd. 31 januari 2012 (vraag 64) werden overgemaakt.
- De inschrijvers kregen in totaal drie maal de kans tot plaatsbezoek.
- De inschrijvers werden op 13 en 15 februari 2012 uitgenodigd voor een eerste onderhandelingsronde en werden op basis hiervan verzocht een aangepaste offerte met aanvullende informatie in te dienen tegen uiterlijk 20 en 22 februari 2012.  
Alle inschrijvers hebben na de onderhandelingen een aangepaste offerte ingediend.
- De inschrijvers werden op 17 februari 2012 uitgenodigd de planning en fasering, zoals opgenomen in de BAFO-offerte, in detail te komen toelichten. De inschrijvers werden aansluitend hierop verzocht aanvullende informatie in te dienen.
- De inschrijvers werden op 21 en 22 februari 2012 uitgenodigd voor een tweede onderhandelingsronde en werden verzocht een aangepaste offerte met aanvullende informatie in te dienen tegen uiterlijk 27 februari 2012.  
Alle inschrijvers hebben na de onderhandelingen een aangepaste offerte ingediend.
- De inschrijvers werden op 1 en 2 maart 2012 uitgenodigd voor een *finale bespreking* en werden verzocht een aangepaste offerte met aanvullende informatie in te dienen tegen uiterlijk 6 maart 2012.  
Alle inschrijvers hebben na de onderhandelingen een aangepaste offerte ingediend.
- Op 8 maart 2012 werd aan de inschrijvers de draftversie van een fragment van voorliggende tussentijdse evaluatie (hierna *proefevaluatie* genoemd), wat betreft hun deel, overgemaakt met het oog op *inhoudelijke bevestiging*. Zij werden tegelijk uitgenodigd voor een afsluitende bespreking ter zake op 9 maart 2012. De inschrijvers werden op 9 maart 2012 uitgenodigd de resultaten van deze bespreking schriftelijk te bevestigen op uiterlijk 10 maart 2012. Alle inschrijvers hebben hiervan gebruik.
- De toelichting van Besix m.b.t. de planning bleef vooralsnog onduidelijk. Besix werd daarom op 12 maart 2012 uitgenodigd voor een bijkomende verduidelijking van dit aspect op 14 maart 2012. Een verslag ter zake dit overleg werd opgemaakt.
- Op 16 maart 2012 werd een brief van Besix ontvangen (bijlage A).

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat inschrijvers naar aanleiding van elke onderhandelingsronde een vragenlijst hebben ontvangen en werden uitgenodigd om antwoorden en eventueel een aangepaste prijsofferte in te dienen.

32. Op het eerste gezicht lijkt de toepassing van de onderhandelingsprocedure niet uit te sluiten dat in het kader van deze procedure aan de inschrijvers vragen worden gesteld omtrent de specifieke inhoud van hun offerte. Artikel 122<sup>ter</sup>, § 2, van de wet bepaalt immers uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid in geval van onderhandelingsprocedure 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.

Overigens dient met verwerende partij op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat verzoekende partijen tijdens het verloop van de onderhandelingsprocedure en de daarbij voorziene overlegmomenten blijkbaar geen enkele kritiek hebben geuit omtrent het verloop van de onderhandelingsprocedure.

33. Verzoekende partijen halen op blz. 38 van hun verzoekschrift vier concrete voorbeelden aan waaruit zou blijken dat de vragenlijsten daadwerkelijke verzoeken bevatten om de ingediende offerte aan te passen. Op te merken valt dat wat het eerste voorbeeld betreft, geen vergelijkbare opmerking lijkt te zijn gemaakt ten aanzien van de offertes van de overige inschrijvers, zodat op het eerste gezicht niet blijkt op welke wijze verzoekende partijen hierdoor werden benadeeld. Het feit dat - tweede voorbeeld - wordt opgemerkt “Toegangscontrole nauwelijks voorzien”, houdt voorts op het eerste gezicht wel verband met de mogelijkheid om te onderhandelen om de offertes te conformeren aan het bestek. De laatste twee voorbeelden lijken dan inderdaad daadwerkelijke verzoeken tot aanpassing van de offerte te betreffen. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dan weer dat deze verzoeken op identieke wijze aan alle inschrijvers werden gericht. Uit het administratief dossier lijkt overigens te mogen worden afgeleid dat enkel de vragenlijst in de eerste onderhandelingsronde verschillend was en dat de tweede en derde vragenlijst voor alle inschrijvers identiek was.

In de mate dat verwerende partij in de eerste vragenlijst tevens informatie verstrekt, lijkt zij deze op het eerste gezicht te hebben meegedeeld aan alle inschrijvers. Zo wordt bijvoorbeeld het feit dat de préfase kan starten op 2 mei

2012 vermeld in de drie vragenlijsten van 16 februari 2012. Ook de informatie dat er mee rekening dient te worden gehouden dat (zeker tijdens de préfase) de aanneming voor de modulaire eenheden nog bezig is op de site en de bijgevoegde planning wordt aan alle inschrijvers meegedeeld met de vragenlijsten van 16 februari 2012. Hetzelfde geldt voor de resultaten van het verkennend bodemonderzoek.

34. Volgens verzoekende partijen zouden ten slotte de “contradictorische prijsevoluties” tussen de prijzen van verzoekende partijen enerzijds en nv Cordeel Zetel Temse en nv Besix anderzijds leiden tot het “onbetwistbare besluit” dat de wijze waarop de onderhandelingen gevoerd zijn, ontransparant is en het gelijkheidsbeginsel schendt.

Dienaangaande valt op te merken dat voormeld zogenaamd onbetwistbaar besluit van verzoekende partijen zowel door verwerende partij als tussenkomende partij juist uitvoerig wordt betwist.

Verwerende partij stelt dienaangaande het volgende:

“De toelichting die door Verzoekende Partijen wordt verstrekt, wijst trouwens ook op het nut van de betreffende onderhandelingen: daar waar blijkbaar Verzoekende Partijen in hun initiële offerte een aanzienlijke onderschatting van de inschrijvingsprijs hadden gemaakt – in de loop van de onderhandelingsprocedure werd hun eerste BAFO-offerteprijs van EUR 82.634.573,17 stelselmatig verhoogd om uiteindelijk te eindigen op EUR 86.059.982,30 – moet worden vastgesteld dat de inschrijvingsprijs van Belanghebbende Partij met een veel beperkter bedrag, m.n. ongeveer EUR 1.000.000,00 is gestegen.”

Tussenkomen de partij merkt onder meer het volgende op:

“Uit het tussentijds evaluatieverslag ‘aanduiden voorkeursbieder’ blijkt dat de oorspronkelijke prijs van de verzoekende partijen 73.282.545,38 euro bedroeg, terwijl deze inschrijvingsprijs in de BAFO-fase is gestegen naar 86.059.982,30 euro (d.i. een stijging van 12.777.436,92 euro). Het inschrijvingsbedrag van Cordeel bedroeg oorspronkelijk 90.897.091,63 euro en is tijdens de BAFO-fase gedaald naar 89.410.377,69 euro (d.i. een daling van 1.486.713,94 euro).

Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat verwerende partij tijdens de onderhandelingen informatie op een concurrentievervalsende wijze zou hebben uitgewisseld. Integendeel dient uit de substantiële prijsstijging in de offerte van de verzoekende partijen te worden besloten dat hun offerte in de eerste fase met het oog op het opstellen van de shortlist op een groot aantal punten manifest onderschat en onvoldoende uitgewerkt was en dat zij in het kader van de BAFO-fase getracht hebben aan deze lacunes te verhelpen, met voormelde prijsstijging tot gevolg.

Ook het inschrijvingsbedrag van de eerste BAFO-offerte d.d. 6 februari 2012 van de verzoekende partijen was met een totaalbedrag van 82.634.573,17 euro immers substantieel hoger dan het oorspronkelijk inschrijvingsbedrag van deze inschrijver. Er kan dan ook bezwaarlijk worden gesteld dat de zeer omvangrijke prijsstijging van de verzoekende partijen het gevolg zou zijn van zgn. “gerichte” vragen in het kader van de onderhandelingen ná de indiening van de eerste BAFO-offerte.

Deze substantiële prijsstijging tussen de oorspronkelijke offerte, enerzijds, en de diverse BAFO-offertes, anderzijds, kan ook niet worden verklaard door zgn. bijkomende vragen/eisen vanwege de verwerende partij in het kader van de onderhandelingen in de BAFO-fase (verzoekschrift, p. 41, nr. 96):

[...]

Het feit dat de prijs van de offerte van Cordeel in de BAFO-fase gedaald is, is logisch.

Elementen die door verzoekende partijen aangeduid worden als meerwerken, waren al bij Cordeel inbegrepen of hadden geen prijsverhoging tot gevolg (zo was bv. de polis bedrijfsschade al in de oorspronkelijke offerte van Cordeel inbegrepen (brief van 15 februari 2012 van Cordeel aan TMVW)).

Verder had Cordeel oorspronkelijk ingeschreven met veilige aannames (o.m. op het vlak van HVAC, elektriciteit en de werken mbt deel 4), die in de BAFO verder gedetailleerd werden uitgewerkt en verfijnd met een prijsreductie tot gevolg. Tevens heeft Cordeel tijdens de onderhandelingen de prijzen van de werken die via onderaannemers zouden worden uitgevoerd, nader met haar onderaannemers kunnen onderhandelen, met een prijsvoordeel voor de aanbestedende overheid tot gevolg.”

In het licht van voormelde kritiek van verwerende en tussenkomende partij lijkt het niet mogelijk om in het kader van de voorliggende procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid op het eerste gezicht de conclusies van verzoekende partijen betreffende de prijsevoluties bij te vallen.

35. Verzoekende partijen verwijzen ten slotte nog naar een artikel in de krant het Nieuwsblad van 16 februari 2012 over de opdracht, waarin door de voorzitter van de raad van bestuur van het AZ Jan Palfijn het volgende werd opgemerkt: “De ingrijpende renovatie zal ongeveer 82 miljoen euro kosten, deels gesubsidieerd door de Vlaamse en federale overheid”. Volgens verzoekende partijen openbaarde verwerende partij aldus publiekelijk de offerteprijs van verzoekende partijen op een moment dat de bidders nog steeds in concurrentie werden geplaatst.

Hoewel het op het eerste gezicht vanuit de verplichting tot vertrouwelijke behandeling betreuenswaardig is dat bepaalde prijzen zouden zijn gelekt, lijkt voormeld krantenartikel als dusdanig niet een ongelijke behandeling van de inschrijvers aan te tonen. De kritiek van verzoekende partijen steunt immers op het feitelijk uitgangspunt dat hun offerteprijs zou zijn bekendgemaakt, terwijl er in het krantenartikel slechts wordt op gewezen dat de renovatie “ongeveer 82 miljoen zal kosten”. Op het eerste gezicht konden de overige inschrijvers uit dit persartikel echter niet noodzakelijkerwijze afleiden dat het om de offerteprijs van de BAFO-offerte van verzoekende partijen ging.

In elk geval lijkt op het eerste gezicht op grond van het administratief dossier te kunnen worden vastgesteld dat alle inschrijvers meermaals op gelijke wijze de kans werd geboden om alsnog hun prijsofferte aan te passen, blijkbaar een laatste maal naar aanleiding van de e-mail van 5 maart 2012 en dit tegen uiterlijk dinsdag 6 maart 2012, om 15.30 uur.

36. Verzoekende partijen blijven dus op het eerste gezicht in gebreke op concrete wijze aan te tonen welke inschrijvers voor welke punten geprivilegieerde informatie zouden hebben ontvangen. Aldus wordt op het eerste gezicht niet aangetoond dat verwerende partij discriminerende informatie heeft verstrekt die sommige inschrijvers kon bevoordelen tegenover andere.

Het middel is niet ernstig.

*VII. Besluit*

37. 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 partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.**

**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**