

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.516 van 14 februari 2013
in de zaak A. 207.714/XII-7216**

In zake: de NV ELPERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplaats 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF MERCHTEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Nathanaëlle Kiekens en
Karen Van Alsenoy
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 januari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 31.12.2012 van het Autonoom Gemeentebedrijf Merchtem, tot gunning, ingevolge algemene offerteaanvraag, van de opdracht tot het ontwerpen en bouwen van een polyvalente zaal te Merchtem-Brussegem, Drinkeling 17, aan de THV NV Pellikaan Bouwbedrijf - NV Pellikaan Holding Belgium (in samenwerking met architectenbureau GVE)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 februari 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Karen Van Alsenoy, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Het autonoom gemeentebedrijf Merchtem schrijft een overheidsopdracht uit voor het ontwerpen en bouwen van een polyvalente zaal te Merchtem-Brussegem.

De opdracht wordt gegund via een algemene offerteaanvraag. De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 723.835,46 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juni 2012.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “voor het ontwerpen en bouwen (Design en Build) van een polyvalente zaal”. Het betreft een opdracht voor een globale prijs.

Het programma van eisen wordt als volgt nader bepaald (bestek bladzijde 30 en volgende):

“2.1. Bouwprogramma.

De bouw van de polyvalente zaal wordt opgevat als een bouw type ‘basic’, met name met basis afwerking en uitrusting zoals hierna nader omschreven.

Het gebouw zal gebruikt worden voor uiteenlopende activiteiten zoals recreatie, activiteiten ten behoeve van het gemeenschapsleven, voorstellingen, tentoonstellingen, vergaderingen, turnen door de nabij gelegen lagere school, zaalsporten.

Grootte van het gebouw: men rekent op een totale bebouwde oppervlakte van ca 600 m².

Het gebouw zal opgericht worden zoals een industriële loods na afbraak van de bestaande constructie (cafetaria of clublokaal van de kaatsclub), te voorzien in de prijs van de bieding.

Het project wordt grondig voorbereid met de nodige: stabiliteitsstudies, het opmaken van de nodige plannen (geveltekeningen, detailleringen,...).

[...]

Bij zijn inschrijving zal de bidder de nodige inlichtingen geven over de voorziene bevoering met mogelijkheden van gebruik, de voorziene geluidsisolatie en maatregelen voor de akoestiek, thermische isolatie en voorzieningen om aan de EPB bepalingen te voldoen, brandpreventie voorzieningen, verwarmingstype enz om een kwalitatieve beoordeling toe te laten van zijn offerte.

2.2. Opdracht architect en/of studiebureaus.

De opdracht omvat een volledige architectuuropdracht en alle benodigde studies (stabiliteit, technische installaties, veiligheid, brandveiligheid, akoestiek, toegankelijkheid, stabiliteit, EPB verslaggeving...), incl. dossieropmaak en opvolging van de werken, op basis van verder vermeld bouwprogramma:

- de studie van het programma en het opmaken van het voorontwerp
- het opmaken van het bouwaanvraagdossier
- het opmaken van het uitvoeringsontwerp
- de controle op de uitvoering der werken, conform aan de goedgekeurde plannen en regels van de kunst
- Het uitvoeringsontwerp bundelt de ontwerpen van alle ontwerpdisciplines: architectuur, technische installaties, veiligheid, brandveiligheid, akoestiek, toegankelijkheid, stabiliteit, EPB verslaggeving... [...].”

Met betrekking tot de gunningscriteria bepaalt het bestek:

“Gunningscriteria

(K.B. art 115)

Het bestuur kiest in toepassing van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en in toepassing van artikel 23, § 2 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten de regelmatige offerte die haar het

voordeligst lijkt met inachtneming van de volgende criteria, waarbij de vermelde punten de maximum te bekomen punten zijn.

De gunningscriteria bestaan uit (totaal 100 punten):

1. prijs: 40 punten

Hierin dient de kostprijs berekend voor een volledige en conforme bieding. Het maximum van de punten wordt toegekend aan de laagste conforme inschrijver.

2. bouwkundige en technische waarde: 20 punten

- opvatting structuur + fundering
- kwaliteit van gevel- en dakdichting
- noodzaak en gemak van onderhoud/beheer/milieuvriendelijkheid
- duurzaamheid en kwaliteit van de materialen
- veiligheid en brandbescherming
- akoestische isolatiewaarden
- het algemeen comfort
- kwaliteit van de verwarmings- en verluchtingsinstallatie
- kwaliteit van de elektrische installatie
- kwaliteit van de sanitaire installatie

3. uitvoeringstermijn: 15 punten

[...]

4. architectuur (ontwerp;-visie ...): 15 punten

[...]

5. thermische isolatie en EPB waarde: 5 punten.

[...]

6. de referenties en geboden garanties van het inschrijvende team: 5 punten

[...]

Algemeen.

Bij gelijk aantal punten zal de aannemer worden genomen die over de zes criteria het laagst scoort bij optelling van de zes verschillende rangschikkingen, waarbij voor elke eerste plaats 1 punt gegeven wordt, 2 punten voor elke tweede plaats en 3 punten voor elke derde plaats.

Er zullen geen premies toegekend worden voor de best gerangschikte projecten, welke niet weerhouden worden voor de uitvoering. Geen enkele der inschrijvers kan aanspraak maken op een vergoeding voor studiekosten. De ingediende documenten blijven eigendom van het gemeentebestuur. De inschrijvers behouden de intellectuele eigendom ervan”.

3.3. Er worden drie offertes ingediend:

- thv nv Pellikaan Bouwbedrijf – nv Pellikaan Holding Belgium (in samenwerking met het architectenbureau GVE) (de gekozen inschrijver);
- bvba Weckx – Van Pellicom (in samenwerking met RADAR architecten);
- nv Elpers (in samenwerking met architect Philippe Marchand) (verzoekende partij).

3.4. Op 29 oktober 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld. Samenvattend wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de thv Pellikaan, die de economisch meest voordelige offerte indiende, en dit op grond van volgende rangschikking:

Kostprijs (maximum 40 punten):

- thv Pellikaan: 40
- nv Elpers: 31
- bvba Weckx- Van Pellicom: 33

Bouwkundig (maximum 20 punten):

- thv Pellikaan: 12,65
- nv Elpers: 14,7
- bvba Weckx- Van Pellicom: 13,65

Architectuur (maximum 15 punten):

- thv Pellikaan: 8
- nv Elpers: 10
- bvba Weckx- Van Pellicom: 15

Uitvoeringstermijn (maximum 15 punten):

- thv Pellikaan: 15
- nv Elpers: 2,5
- bvba Weckx- Van Pellicom: 0

Thermische isolatie en EPB (maximum 5 punten):

- thv Pellikaan: 3,60
- nv Elpers: 4,20
- bvba Weckx- Van Pellicom: 4,80

Referenties (maximum 5 punten):

- thv Pellikaan: 5
- nv Elpers: 2
- bvba Weckx- Van Pellicom: 4.

3.5. Bij beslissing van het directiecomité van het Autonoom Gemeentebedrijf Merchtem van 31 december 2012 wordt goedkeuring verleend aan het voormelde verslag van nazicht van de offertes van 29 oktober 2012 en wordt beslist de opdracht te gunnen aan de “nv Pellikaan Bouwbedrijf en Pellikaan Holding België, [...] in samenwerking met architectenbureau GVE”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 4 januari 2013 wordt verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht wordt gegund aan de thv nv Pellikaan

Bouwbedrijf en Pelikaan Holding België in samenwerking met architectenbureau GVE.

3.7. Bij e-mailbericht van 10 januari 2013 vraagt verzoekende partij haar het verslag van nazicht van de offertes van 29 oktober 2012 mee te delen.

Bij e-mailbericht van 11 januari 2013 stuurt verwerende partij het gunningsverslag aan verzoekende partij. Het gunningsverslag wordt tevens per aangetekende zending van 11 januari 2013 aan verzoekende partij verstuurd.

IV. De schorsingsvoorwaarden

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

4.2. 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

5. Genomen uit de “schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten *iuncto* artikel 114 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en schending van het gelijkheidsbeginsel”.

In een eerste onderdeel wijst verzoekende partij er op dat de offertes dienen te worden beoordeeld op grond van hun inhoud en op grond van de gunningscriteria vooropgesteld in het bestek. Zij geeft aan dat de aanbestedende overheid op grond van artikel 114 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 weliswaar rekenfouten en materiële fouten kan verbeteren die ze zou ontdekken in de offertes, maar dat zij het aanbod van de inschrijver niet mag wijzigen door bepaalde onderdelen van de offerte te schrappen of buiten beschouwing te laten of onderdelen toe te voegen, zeker niet wanneer het om een wedstrijd gaat waarbij de inschrijvers ook voor het ontwerp dienen in te staan.

Daarentegen werd te dezen de inhoud van de offertes aangepast teneinde ze zagezegd vergelijkbaar te maken.

Verzoekende partij meent dat het bestek voor een aantal onderdelen van het bouwwerk slechts minimale vereisten oplegde welke vrijelijk konden worden ingevuld door de inschrijver die daarbij een afweging kon maken tussen het aanbieden van duurder materiaal waardoor hij lager zou scoren op het criterium “prijs” en hoger op het criterium “bouwkundige en technische waarde”

en anderzijds goedkoper materiaal waardoor hij hoger zou scoren op het criterium “prijs” en lager op het criterium “bouwkundige en technische waarde”.

Verwerende partij heeft echter gemeend deze keuze van de inschrijvers te kunnen tenietdoen en als het ware een gelijkschakeling te mogen doorvoeren door met bepaalde posten geen rekening te houden of door voor bepaalde posten gewoon een andere prijs in aanmerking te nemen dan degene die was geboden. Bovendien worden bepaalde posten, zoals de ramen, geschrapt zonder dat iets in de plaats wordt gesteld, terwijl de openingen die ontstaan door het schrappen van de ramen toch opgevuld moeten worden zodat de hoeveelheid muren of wanden moet worden verhoogd, wat niet gebeurt. Op die manier wordt de offerte onvolledig.

Beoordeling

6. Wat de beoordeling van het gunningscriterium van de prijs betreft werpt verwerende partij in haar nota tegen dat zij bij de vergelijking van de prijs van de diverse offertes bepaalde elementen die de vergelijkbaarheid van de prijzen zouden aantasten, in een aparte kolom heeft geplaatst teneinde een correcte prijsvergelijking door te voeren.

7. In het gunningsverslag wordt hieromtrent vastgesteld:

“De inschrijvingsprijs wordt behoudens het normaal markt-concurrentieel proces bepaald door de grootte van het gebouw en de voorziene graad van afwerking en uitrusting. De drie verschillende ontwerpen en biedingen lopen wat dat betreft relatief sterk uit elkaar. Zo voorziet de bieding Weckx-Van Pellicom/Radar overdekte ruimtes met buitenterrassen welke bij de bieding Elpers enkel als optie wordt voorzien samen met luifel inkom en in het ontwerp der bieding Pellikaan/GVE zelfs niet voorkomt. Ook zijn bij de bieding Weckx-Van Pellicom/Radar een aantal zaken begrepen die bij de overige bidders niet zijn voorzien, zoals: vloerverwarming met doorgedreven regeling van verwarming en ventilatie; opgevoerde isolatie om tot een laag energiegebouw te komen; groendak...

Ook voorziet het ontwerp Radar grote raampartijen terwijl in het ontwerp Marchand geen ramen worden voorzien en bij het ontwerp GVE het aantal ramen beperkt werd gehouden.

We hebben dan ook getracht om tot een zo goed mogelijke prijsvergelijking te komen door bijkomende prijzen op te vragen om deze

bij de overige twee bidders Pellikaan en Elpers aan te vullen zodat een overeenkomstige prijsopgave wordt bekomen.

In feite hebben we het omgekeerde moeten doen. Waar de bidders Elpers en Pellikaan een basic ontwerp en prijsberekening voorleggen, overigens volledig conform het lastenboek, hebben we de bieding van Weckx-Van Pellicom voor zover als objectief mogelijk tot dezelfde basic offerte herleid. Gelet op de conformiteit van zijn offerte met het lastenboek behield Elpers zich immers het recht voor geen aanvullende prijzen op te geven ook niet wat zijn verschillende suggesties of opties betreft, tenzij in kader van een onderhandelingsprocedure.

In de prijsvergelijking hebben we daarom per bieding een kolom “aanpassingen” ingevoerd waarin de niet vergelijkbare prijzen van de basisofferte worden overgeheveld en waar ook de prijsaanvullingen voorkomen die me door de bidders Pellikaan en Weckx-Van Pellicom werden meegedeeld bij de gevraagde toelichtingen”.

Vervolgens worden in het gunningsverslag voor de verschillende inschrijvers de bijkomende toelichtingen vermeld en de posten besproken die bij de vergelijking van de offertes niet in rekening werden gebracht omdat niet alle inschrijvers in deze posten voorzagen.

Zo worden voor de offerte van de gekozen inschrijver onder meer de prijzen van de ramen uit de vergelijking gehouden, evenals de prijzen voor de verwarming en de sanitaire leidingen. Voor de offerte van verzoekende partij wordt de prijs van een dure sectionale poort gereduceerd, wordt eveneens de prijs van het sanitair niet opgenomen alsook de prijs voor de verwarming. Voor de derde inschrijver worden ook onder meer de ramen geschrapt, het sanitair en de centrale verwarming.

8. Verwerende partij verwijst in haar nota ter ondersteuning van haar verweer, op het eerste gezicht vergeefs, naar het arrest van de Raad van State van 9 augustus 2011, nr. 214.776 inzake bv Hilton Engineering. In die zaak had de aanbestedende overheid immers een aantal *opties* die een inschrijver had aangeboden *meegerekend* in de offerte, terwijl te dezen de aanbestedende overheid een aantal elementen uit de *basisoffertes* van de inschrijvers heeft *verwijderd* voor de vergelijking van de prijzen.

Voorts lijken deze elementen bij de beoordeling van de overige gunningscriteria, en meer bepaald het tweede gunningscriterium “bouwkundige en

technische waarde” wel mee in de beoordeling te zijn betrokken, zoals blijkt uit de tabel gevoegd bij het gunningsverslag en uit het gunningsverslag zelf. Aldus lijkt verzoekende partij op het eerste gezicht terecht aan te voeren dat door deze werkwijze de keuze van de inschrijvers tussen enerzijds duurder materiaal waardoor ze lager zouden scoren op het criterium ‘prijs’ maar hoger op het criterium ‘bouwkundige en technische waarde’ en anderzijds goedkoper materiaal waardoor ze hoger zouden score op het criterium ‘prijs’ en lager op het criterium ‘bouwkundige en technische waarde’ door de aanbestedende overheid wordt gemanipuleerd. Verzoekende partij lijkt in dat opzicht ook te moeten worden bijgevalen waar zij betoogt dat zij, door te kiezen voor een basic uitvoering, het nadeel ondervond van de lagere score voor het tweede gunningscriterium “bouwkundige en technische waarde” maar haar anderzijds het voordeel werd ontnomen wat betreft het gunningscriterium “prijs” voor die onderdelen die uit de prijsvergelijking werden gehouden, en die bij haar aan een lagere prijs werden aangeboden.

Als voorbeeld kan worden verwezen naar de wijziging die door de aanbestedende overheid werd aangebracht aan de opgave van de prijzen voor de verwarming. De gekozen inschrijver die een duurder verwarmingssysteem aanbood, kreeg daarvoor bij de beoordeling van de technische en bouwkundige waarde een hogere score dan verzoekende partij, die een goedkoper systeem aanbood, terwijl het prijsvoordeel van verzoekende partij bij de vergelijking van de prijzen op dit punt dan zou zijn tenietgedaan doordat de prijzen voor de verwarming uit de prijsvergelijking werden gehouden. Hetzelfde lijkt zich ook voor te doen bij de sanitaire installaties.

De gevolgde werkwijze bij de toetsing van de offertes aan het prijscriterium lijkt niet inpasbaar in het geschonden geachte artikel 16, krachtens welke bepaling enkel een ingediende offerte in aanmerking mag worden genomen voor de gunning, noch in het eveneens geschonden geachte artikel 114, dat sommige verbeteringen aan de offertes toelaatbaar stelt, doch waaraan het principe van de gelijke behandeling van de inschrijvers ten grondslag lijkt te liggen, dat zich tegen de te dezen gevolgde werkwijze verzet.

Verwerende partij werpt nog tegen dat verzoekende partij zelfs geen belang heeft bij dit middel omdat haar offerte zou zijn bijgesteld in haar voordeel. Bij de hiervoor vermelde voorbeelden lijkt op het eerste gezicht de gevolgde werkwijze echter niet tot voordeel van de offerte van verzoekende partij te strekken. Om die reden en ook al zouden er andere aanpassingen zijn doorgevoerd die wel in het voordeel van verzoekende partij zouden zijn, laat een *prima facie* onderzoek waartoe een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid noopt niet toe het belang van verzoekende partij bij dit middel af te wijzen.

9. Het eerste onderdeel van het derde middel vertoont de nodige ernst.

B. Vierde middel

Standpunten van de partijen

10. Genomen uit de “schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *iuncto* de artikelen 110,§1 en 115 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 voormelde bepalingen werden geschonden doordat de quotering van een aantal gunningscriteria niet zou zijn gebeurd op een “correcte, rechtsgeldige manier”, ten nadele van verzoekende partij.

In een eerste middelonderdeel voert verzoekende partij met betrekking tot het criterium “prijs” aan, dat in het bestek werd bepaald dat de kostprijs voor een volledige en conforme bieding diende te worden berekend en dat het maximum van de punten aan de laagste conforme inschrijver zou worden toegekend en dat daarbij niet werd gestipuleerd dat de geboden totaalprijzen zouden worden herrekend in functie van de oppervlakte van het gebouw.

Door de beoordeling van het gunningscriterium “prijs” in het gunningsverslag blijkt volgens haar dat niet de geboden prijzen tegen elkaar werden afgezet zoals bepaald in het bestek, maar wel de geboden prijzen in verhouding tot de oppervlakte van het gebouw, en werd aldus ook een geheel nieuwe quoteringsmethodiek toegepast die in het bestek niet was vermeld. De toepassing van deze methodiek leidde er toe dat verzoekende partij, die nochtans de laagste totaalprijs had geboden, de laagste score kreeg voor het criterium “prijs”.

Beoordeling

11. Met betrekking tot de beoordeling van het criterium “prijs” in het gunningsverslag dat door de bestreden beslissing is bijgevalen, kan het volgende worden opgemerkt.

Zoals ook verwerende partij terecht aangeeft, is de aanbestedende overheid niet verplicht de beoordelingsmethode betreffende het prijscriterium in het bestek op te nemen. Dat neemt echter niet weg dat voor zover het bestek wel elementen bevat aangaande de beoordelingsmethode, de aanbestedende overheid op het eerste gezicht verplicht is deze regels die ze zichzelf heeft opgelegd, na te leven onder meer op grond van het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel.

12. Te dezen wordt in het bestek aangaande het gunningscriterium “prijs” de beoordelingsmethode slechts summier toegelicht. Er wordt enkel bepaald:

“1. prijs: 40 punten

Hierin dient de kostprijs berekend voor een volledige en conforme bieding. Het maximum van de punten wordt toegekend aan de laagste conforme inschrijver”.

Daarnaast wordt in het bestek ten aanzien van de prijsopgave bepaald:

“Ten aanzien van de vaststelling van de prijzen, wordt onderhavige overeenkomst beschouwd als een opdracht voor globale prijs”.

In het offerteformulier bij het bestek is ook enkel bepaald dat de inschrijver een globale prijs voor de gehele opdracht opgeeft.

Vervolgens blijkt de aanbestedende overheid bij de beoordeling van het criterium “prijs” echter een beoordelingsmethode te hebben toegepast waarbij de door de inschrijvers opgegeven globale totale prijzen niet werden vergeleken, maar deze eerst werden herberekend naar een prijs per vierkante meter en het is de prijs per vierkante meter van alle inschrijvers die vervolgens werd vergeleken. Gelet echter op de bijzonderheden van voorliggende opdracht, die bestaat uit het ontwerp van een gebouw en de uitvoering ervan, zonder een dwingend voorschrift inzake oppervlakte, verschilt het aantal vierkante meter per inschrijver naar gelang zijn ontwerp. Bijgevolg heeft met de aangewende beoordelingsmethode het aantal vierkante meter dat werd ontworpen zijn invloed op de prijsberekening en de prijsvergelijking van de offertes. Dit gegeven was echter op het eerste gezicht niet voorzienbaar voor de inschrijvers, nu dit op geen enkele wijze werd aangekondigd in het bestek en hun integendeel enkel een globale prijs voor de ganse opdracht werd gevraagd. Voor zover de gebruikte beoordelingsmethode aldus niet verboden zou zijn door het bestek, zoals verwerende partij aanvoert, moet toch worden vastgesteld dat ze minstens niet in lijn ligt met wat in het bestek werd aangekondigd.

Daarbij lijkt het op het eerste gezicht niet uit te sluiten dat indien de inschrijvers, zoals verzoekende partij, op de hoogte waren geweest van de beoordelingsmethode, zij hun prijzen anders hadden opgebouwd of het project anders hadden ontworpen. Zoals immers reeds uit het beoordelingsverslag blijkt, leidde te dezen een lagere globale prijs voor de offerte van verzoekende partij toch tot een hogere prijs per vierkante meter omdat zij in minder bouwoppervlakte had voorzien. Zo lijkt het ook niet denkbeeldig dat een groter ontwerp met meer oppervlakte ook kon genieten van een aantal schaalvoordelen en dus ook daardoor tot een lagere prijs per vierkante meter aanleiding zou hebben gegeven.

Bovendien blijkt de beoordelingsmethode ook invloed te hebben op de rangschikking nu verzoekende partij bij een vergelijking van de totale inschrijvingsprijs als de laagste offerte naar voor komt en dus het hoogste zou scoren op het prijs criterium, terwijl zij door toepassing van de prijs per vierkante meter voor dat criterium niet meer als laagste inschrijver naar voor komt.

13. Bijgevolg lijkt de beoordelingsmethode zoals ze door de aanbestedende overheid werd toegepast er op het eerste gezicht toe te leiden, in strijd met het in het middel geschonden geachte artikel 16 van de wet van 24 december 1993, dat de offertes niet werden beoordeeld met correcte toepassing van de gunningscriteria, te dezen alvast het prijs criterium. Bijgevolg lijkt ook niet meer zeker dat de opdracht zoals voornoemd artikel 16 nochtans vereist, werd toegewezen aan de meest voordelige offerte op grond van de gunningscriteria zoals die werden opgenomen in het bestek.

Het verweer, dat bij het onderzoek van de offertes gebleken was dat de oppervlaktes van de voorgestelde ontwerpen ver uit elkaar lagen en dat dit de reden was om de gekozen beoordelingsmethode – vergelijking van kostprijzen per oppervlakte-eenheid – toe te passen teneinde de offertes te kunnen vergelijken, kan niet worden bijgevalen.

Het bestek leidde er immers noodzakelijkerwijze toe dat bouwoppervlaktes van de ontwerpen zouden variëren nu in het bestek geen vaste bouwoppervlakte werd opgelegd, maar deze enkel werd aangegeven als bebouwde oppervlakte van “ca” 600 m². Het ontwerp van verzoekende partij lijkt dan nog het dichtste aan te sluiten bij deze vooropgestelde oppervlakte. De voormelde variatie lijkt echter niet te verhinderen dat de globale prijzen werden vergeleken.

Verwerende partij kan ook niet deugdelijk argumenteren dat een vergelijking van de totale prijzen “een ongelijke vergelijking in de hand [zou] hebben gewerkt” omdat dan het kleinste ontwerp uiteraard het goedkoopste ontwerp zou zijn. De inschrijvers waren immers op het eerste gezicht bij het opstellen van hun offerte hiervan op de hoogte en konden daarop anticiperen, gelet op het feit dat hun in het bestek werd gevraagd een totale prijs voor de opdracht op te geven.

Mede gelet op het ernstig bevinden van het eerste onderdeel van het derde middel, lijkt verzoekende partij het belang bij het vierde middel niet te kunnen worden ontzegd op grond van de extrapolatie van punten zoals verwerende partij deze aanbrengt.

14. Het vierde middel is ernstig in zijn eerste onderdeel.

VI. Belangenafweging

15. In het kader van haar verweer ten aanzien van het tweede onderdeel van het vierde middel, randnummer 65 van haar nota, voert verwerende partij zeer summier aan dat de puntenkloof op het gunningscriterium “uitvoeringstermijn”, in dat onderdeel aan de orde, dermate groot is dat een heroverweging op de overige gunningscriteria nooit van aard zou zijn om de puntenkloof tussen verzoekende partij en de gekozen inschrijver te overbruggen. Dit zou er toe moeten leiden dat verzoekende partij “minstens aantoonde waarom het eigen (louter financieel) belang op het bekomen van [de] opdracht de belangen vermeld in art. 65/15 van de wet van 24 december 1993 overstijgt”.

16. Verwerende partij concretiseert echter op geen enkele wijze de in voormeld artikel gestelde voorwaarde, namelijk dat het negatief gevolg van de schorsing groter zou zijn dan haar nadeel, en spontaan ziet evenmin de Raad van State deze voorwaarde vervuld.

BESLISSING

De Raad van State beveelt bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 31 december 2012 van het Autonoom Gemeentebedrijf Merchtem om de opdracht voor het ontwerpen en bouwen van een polyvalente zaal te Merchtem – Brussegem, te gunnen aan nv Pellikaan Bouwbedrijf en nv Pellikaan Holding Belgium, in samenwerking met het architectenbureau GVE.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 februari 2013, 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