

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 224.222 van 2 juli 2013  
in de zaak A. 209.101/XII-7386**

In zake:

1. STRABAG REAL ESTATE GMBH  
2. de NV SODEXO BELGIUM  
3. BARCLAYS INFRASTRUCTURE  
FUNDS MANAGEMENT LTD  
samen vormend Strabag-Sodexo-BIFM  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Carlos De Wolf  
kantoor houdend te 9680 Maarkedal  
Etikhovestraat 6  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten David D'Hooghe en Ian Arnouts  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Loksumstraat 25  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. MACQUARIE CAPITAL GROUP LIMITED,  
vennootschap naar Australisch recht  
2. VIALIA SOCIEDAD GESTORA DE CONCESIONES DE  
INFRAESTRUCTURAS SL,  
vennootschap naar Spaans recht  
3. de SA FCC CONSTRUCCION,  
vennootschap naar Spaans recht  
4. de NV DENYS  
samen vormend Cafasso Consortium  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Christel Van Den Eynden, Frank Judo  
en Jochen Honnay  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Keizerslaan 3  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

## *I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 7 juni 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

“de beslissing van 24 mei 2013 die luidt als volgt:  
Dat op grond van de redenen vermeld in het ‘Beoordelingsverslag gewijzigde offertes’ – gevoegd als bijlage bij deze beslissing – en gelet op de bovenvermelde rangschikking wordt aangeduid als voorkeursbieder voor wat betreft de DBFM Ontwerp, bouw, financiering en onderhoud van een nieuw gevangeniscomplex te Haren:

- Cafasso

Dat op grond van de redenen vermeld in het ‘Beoordelingsverslag gewijzigde offertes’ [...] en gelet op de bovenvermelde rangschikking de volgende kandidaten worden uitgesloten van verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure en een bijdrage in de kosten € 200.000 (exl. BTW) & 150.000 (excl. BTW) zullen ontvangen:

- SPC Brussels Prison
- Strabag-Sodexo”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 juni 2013 hebben MacQuarie Capital Group Limited, Vialia Sociedad Gestora De Concesiones De Infraestructuras SL, de SA FCC Construcción en de nv Denys, zich het “Cafasso consortium” noemend, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 juni 2013, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten David D’Hooghe en Ian Arnouts, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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. De Regie der Gebouwen organiseert, als onderdeel van het Masterplan gevangenisinfrastructuur, vanaf begin 2012 een overheidsopdracht betreffende een nieuw gevangeniscomplex te Haren.

De opdracht wordt zowel in de aankondiging als in de opdrachtdocumenten als volgt omschreven:

“Huidige opdracht betreft het ontwerp, de bouw, de financiering en de beschikbaarstelling van een nieuw gevangeniscomplex met – ten indicatieven titel – een capaciteit van 1190 plaatsen te Haren (Brussel), onderverdeeld in 8 entiteiten. De opdracht omvat zowel werken als diensten. De private partner zal instaan voor het ontwerp, de bouw, de financiering en de beschikbaarstelling van het nieuw gevangeniscomplex. De dienstverlening zal niet alleen het eigendomsonderhoud omvatten, maar tevens een deel van het gebruiksonderhoud alsook bepaalde andere vormen van facilitaire dienstverlening (waarbij de mogelijkheid bestaat dat gedetineerden mede ingeschakeld worden)”.

3.2. De opdracht wordt op 31 januari 2012 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 3 februari 2012 in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

Aan de geïnteresseerde ondernemingen wordt een zogenaamde ‘selectieleidraad’ ter beschikking gesteld.

3.3. De opdracht wordt gegund door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, bij toepassing van artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’.

De toepassing van voormelde gunningswijze wordt nader toegelicht in paragraaf 1.5.1 van de selectieleidraad. Hierbij wordt verwezen naar bijlage 4 bij selectieleidraad, waarin de integrale motivering ter toepassing van de gunningswijze wordt opgenomen. Tevens wordt de mogelijkheid vermeld om binnen de 15 dagen na ontvangst van de selectieleidraad een beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen bij de Raad van State.

3.4. Op 9 maart 2012 worden 6 aanvragen voor deelneming ontvangen:

1. BAM PPP PGGM Infrastructure Coöperatie U.A.,
2. Brussels Detention Center,
3. Cafasso Consortium,
4. SPC Brussels Prison,
5. SPV Libra,
6. Strabag Real Estate – Sodexo Belgium (huidige verzoekende partijen).

3.5. Na een controle van de uitsluitingsgronden, de toelaatbaarheidsvoorwaarden en de kwalitatieve selectiecriteria voor alle zes de kandidaten, en na toepassing van de beoordelingsmethodiek voor ‘verdere selectie van de geschikt bevonden kandidaten’, beslist de Regie der Gebouwen in de ‘selectiebeslissing’ van 29 maart 2012 om vier kandidaten te selecteren en aldus toe te laten “tot de volgende fase van de onderhandelingsprocedure”.

Alle kandidaten worden hiervan per aangetekend schrijven en e-mail in kennis gesteld op 30 maart 2012.

3.6. Aan de geselecteerde kandidaten worden vervolgens vanaf 30 maart 2012 de besteksdocumenten ter beschikking gesteld.

Overeenkomstig paragraaf 1.6 van de ‘biedingsleidraad’, is het bestek opgebouwd uit vier verschillende delen:

- (1) De biedingsleidraad (deel 1);
- (2) Het ontwerp van DBFM-overeenkomst (deel 2);
- (3) Het performantiebestek (deel 3);
- (4) Diverse informatie betreffende de locatie waarop het gevangeniscomplex dient te worden gerealiseerd (deel 4).

In hoofdstuk 2 van de biedingsleidraad wordt het verloop van de onderhandelingsprocedure toegelicht, waarbij in de volgende stappen is voorzien vanaf de ontvangst van de offertes:

- ‘Beoordeling van de offerte’ (paragraaf 2.5)
- ‘Onderhandelingsronde(n), gewijzigde offerte(s) en aanduiding voorkeursbieder’ (paragraaf 2.6)
- ‘Start opmaak vergunningaanvraagdossiers’ (paragraaf 2.7)
- ‘Finale contractbesprekingen met de voorkeursbieder’ (paragraaf 2.8)
- ‘Gunningsbeslissing’ (paragraaf 2.9)
- ‘Contractsluiting’ (paragraaf 2.10)
- ‘Financial close’ (paragraaf 2.11).

In hoofdstuk 3 van de biedingsleidraad worden zowel de gunningscriteria als de gunningsmethodiek toegelicht.

Er worden twee gunningscriteria onderscheiden, met voor het tweede gunningscriterium nog een aantal subcriteria (zie paragrafen 3.3.2 t.e.m. 3.3.6 van de biedingsleidraad):

- Financieel criterium (50 punten);
- Kwaliteitscriterium (50 punten):
  - Architectuur van het gevangeniscomplex (10 punten);
  - De inpassing in de omgeving van het gevangeniscomplex (10 punten);
  - De functionaliteit van het gevangeniscomplex (10 punten);

- De exploitatie (in het bijzonder voor personeel) van het gevangeniscomplex (10 punten);
- De technische duurzaamheid van het gevangeniscomplex (10 punten).

De punten voor de kwalitatieve subcriteria, worden toegekend aan de hand van de volgende puntenscalen:

| Beoordeling van de meerwaarde t.a.v. de besteksconformiteit | Overeenstemmende punten |
|-------------------------------------------------------------|-------------------------|
| Geen meerwaarde                                             | 0 punten                |
| Zeër kleine meerwaarde                                      | 2 punten                |
| Kleine meerwaarde                                           | 4 punten                |
| Middelmatige meerwaarde                                     | 6 punten                |
| Grote meerwaarde                                            | 8 punten                |
| Zeër grote meerwaarde                                       | 10 punten               |

De puntenscalen worden hierbij in de biedingsleidraad nog als volgt verduidelijkt:

“De punten voor elk subcriterium zullen aan de hand van onderstaande ordinale schaal worden toegekend. De op basis van deze schaal toegekende scores houden geen verband met de beoordeling inzake het voldoen van de minimale eisen. Een offerte die besteksconform wordt geacht (en aldus voldoet aan de vooropgestelde minimale eisen), bekommt minstens 0 punten, waarbij meer punten zullen worden toegekend indien de offerte een meerwaarde biedt t.a.v. de loutere besteksconformiteit”.

De uiterste termijn voor het indienen van offertes wordt overeenkomstig paragraaf 5.2.1 van de biedingsleidraad vastgelegd op 19 juni 2012 (technisch gedeelte) en 20 augustus 2012 (financieel gedeelte).

3.7. Tijdens de termijn voor het indienen van de offertes worden er door de Regie der Gebouwen nog enkele terechtwijzende berichten houdende aanpassing van de besteksdOCUMENTEN en vragen van de kandidaten en antwoorden van de aanbestedende overheid verzonden.

3.8. Alle vier de geselecteerde kandidaten dienen tijdig een offerte in.

3.9. Na beoordeling van het technisch en het financieel gedeelte van de offertes en enkele vragen om verduidelijking worden alle vier de offertes volledig en formeel regelmatig bevonden alsook voldoen ze aan de minimale technische en financiële eisen.

Na het toekennen van punten overeenkomstig de puntenverdeling en de gunningsmethodiek uit de biedingsleidraad wordt gekomen tot volgend overzicht van de punten en de bijhorende rangschikking van de kandidaten:

|                          | Maximum | Cafasso | SPC<br>Brussels<br>Prison | SPV Libra | Strabag -<br>Sodexo |
|--------------------------|---------|---------|---------------------------|-----------|---------------------|
| Financieel criterium     | 50      | 50      | 48,86                     | 38,46     | 46,66               |
| Kwaliteits criterium     | 50      | 36      | 22                        | 12        | 26                  |
| Architectuur             | 10      | 8       | 4                         | 4         | 6                   |
| Inpassing in de omgeving | 10      | 8       | 4                         | 4         | 6                   |
| Functiona-liteit         | 10      | 8       | 4                         | 0         | 4                   |
| Exploitatie              | 10      | 6       | 4                         | 0         | 6                   |
| Technische duurzaamheid  | 10      | 6       | 6                         | 4         | 4                   |
| Totaal                   | 100     | 86      | 70,86                     | 50,46     | 72,66               |
| Rang                     | /       | 1       | 3                         | 4         | 2                   |

In het beoordelingsverslag wordt ook verduidelijkt dat de Regie der Gebouwen zich bij de voormelde beoordeling heeft laten bijstaan door diverse beoordelingsteams:

“• Voor de beoordeling van de ‘architectuur’ en de ‘inpassing in de omgeving’: een jury, samengesteld uit externe experts en leden van de FOD Justitie en Regie der Gebouwen.

• Voor de beoordeling van de ‘functionaliteit’ en de ‘exploitatie’: twee technische werkgroepen van de FOD Justitie, als toekomstige exploitant van de gevangenisinfrastructuur.

• Voor de beoordeling van de ‘technische duurzaamheid’: een technische werkgroep van de Regie der Gebouwen, als aanbestedende dienst.

Elk van deze beoordelingsteams heeft afzonderlijke deelverslagen [...] opgesteld, waarvan de inhoud door de aanbestedende dienst volledig wordt bijgetreden [...]. In onderhavig Beoordelingsverslag worden enkel de resultaten hernomen: voor de uitgebreide achterliggende motivering - die door de aanbestedende dienst wordt overgenomen - wordt zodoende verwezen naar de deelverslagen”.

3.10. In functie van de bovenstaande punten en rangschikking, gaat de Regie der Gebouwen over tot een ‘beslissing tot onderhandelingsronde’, waarbij enkel kandidaat SPV Libra –om de redenen zoals opgenomen in de beoordelingsdocumenten– niet wordt uitgenodigd voor een onderhandelingsronde.

Alle kandidaten worden van voormelde beslissing (en de bijhorende beoordelingsdocumenten) in kennis gesteld per aangetekend schrijven en e-mail van 9 oktober 2012.

3.11. Vervolgens vinden er tussen 12 oktober 2012 en 23 november 2012 zowel functioneel-technische als financieel-juridische onderhandelingen plaats met de drie overblijvende kandidaten. Tijdens deze onderhandelingen worden onder meer besproken: de opmerkingen van de jury en de werkgroepen in het kader van de kwalitatieve subcriteria, de wijze waarop één en ander zou kunnen worden aangepast met het oog op de gewijzigde offerte, de evoluties in de financieel-juridische context, de aanpassingen aan de contractuele documenten.

Tijdens het verloop van de onderhandelingen, en nadien ook na afloop van de onderhandelingen, worden er aan de overblijvende kandidaten, op verschillende data, documenten ter beschikking gesteld, die het verder verloop van de gunningsprocedure regelen.

Het betreft enerzijds de ‘Instructies gewijzigde offerte (delen 1 en 2)’ en een aangepast ontwerp van DBFM-overeenkomst, en anderzijds betreft het enkele ‘Q&A’-documenten alsook een aantal terechtwijzende berichten houdende aanpassingen van de besteksdocumenten.

3.12. In paragraaf 2.3 van de ‘Instructies gewijzigde offerte (deel 1)’ wordt aan de overblijvende kandidaten verzocht om een gewijzigde offerte in te dienen tegen 21 december 2012 (technisch gedeelte) en 28 februari 2013 (financieel gedeelte).

Op voormelde data worden door de Regie der Gebouwen tijdig gewijzigde offertes ontvangen van alle drie de overblijvende kandidaten.

3.13. Na beoordeling van het technisch en het financieel gedeelte van de gewijzigde offertes worden alle drie de gewijzigde offertes volledig en formeel regelmatig bevonden en als beantwoordend aan de minimale technische eisen. De gewijzigde offertes van Cafasso en Strabag-Sodexo voldoen verder tevens aan de minimale financiële eisen; wat betreft de gewijzigde offerte van SPC Brussels Prison wordt er nog geen uitspraak gedaan over het voldoen van de minimale financiële eisen.

Na het toekennen van punten overeenkomstig de puntenverdeling en de gunningsmethodiek uit de biedingsleidraad wordt gekomen tot volgend overzicht van de punten en de bijhorende rangschikking van de kandidaten:

|                      | Maximum | Cafasso | SPC Brussels<br>Prison | Strabag -<br>Sodexo |
|----------------------|---------|---------|------------------------|---------------------|
| Financieel criterium | 50      | 42,11   | 50                     | 40,53               |

|                          |     |       |    |       |
|--------------------------|-----|-------|----|-------|
| Kwaliteitscriterium      | 50  | 38    | 24 | 38    |
| Architectuur             | 10  | 10    | 4  | 8     |
| Inpassing in de omgeving | 10  | 8     | 4  | 8     |
| Functionaliteit          | 10  | 8     | 4  | 8     |
| Exploitatie              | 10  | 6     | 4  | 8     |
| Technische duurzaamheid  | 10  | 6     | 8  | 6     |
| Totaal                   | 100 | 80,11 | 74 | 78,53 |
| Rang                     | /   | 1     | 3  | 2     |

3.14. Uit het onderzoek van de gewijzigde offertes blijkt dat er wat betreft de gewijzigde offertes van alle drie de kandidaten een aantal vragen en opmerkingen rijzen betreffende het voldoen aan de minimale financiële eisen, zoals opgenomen in paragraaf 3.3 van de ‘Instructies gewijzigde offerte (deel 2).

In eerste instantie worden zowel Cafasso als Strabag-Sodexo –als de best gerangschikte kandidaten– door de Regie der Gebouwen schriftelijk bevestigd omtrent het financieel gedeelte van hun gewijzigde offerte. Nadat Cafasso en Strabag-Sodexo antwoorden op de aan hen gestelde vragen hebben verleend, voert de Regie der Gebouwen nog verdere schriftelijke en mondelinge communicatie met Cafasso.

In het licht hiervan verstrekt Cafasso toelichtingen, verduidelijkingen en bevestigingen.

3.15. In het licht van de resultaten van de beoordeling van de gewijzigde offertes, neemt de Regie der Gebouwen een ‘beslissing tot aanduiding voorkeursbieder’ op 24 mei 2013.

In fine van deze beslissing wordt gesteld wat volgt:

“Dat op grond van de redenen vermeld in het ‘Beoordelingsverslag gewijzigde offertes’ – gevoegd als bijlage bij deze beslissing – en gelet op de bovenvermelde rangschikking, wordt aangeduid als voorkeursbieder voor wat betreft de ‘DBFM Ontwerp, bouw, financiering en onderhoud van een nieuw gevangeniscomplex te Haren’:

- Cafasso

Dat op grond van de redenen vermeld in het ‘Beoordelingsverslag gewijzigde offertes’ – gevoegd als bijlage bij deze beslissing – en gelet op de bovenvermelde rangschikking, de volgende kandidaten worden uitgesloten van verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure en een bijdrage in de kosten € 200.000, btw niet inbegrepen & 150.000, btw niet inbegrepen zullen ontvangen:

- SPC Brussels Prison
- Strabag-Sodexo”.

3.16. Alle inschrijvers worden per aangetekend schrijven en e-mail van 27 mei 2013 in kennis gesteld van de voormelde beslissing alsook van de bijhorende beoordelingsdocumenten.

#### *IV. Tussenkost*

4. De verzoekende partijen tot tussenkost blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

#### *V. De schorsingsvoorwaarden*

5.1. 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.

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 partijen 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 beslissing kunnen verantwoorden.

## *VI. Onderzoek van de middelen*

### *A. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting*

6. Verzoekende partijen stellen het middel voor als volgt:

“schending van artikel 122ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, schending van het gelijkheidsbeginsel, schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. het zorgvuldigheidsbeginsel, schending van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’;  
doordat verwerende partij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking heeft georganiseerd, met als voorwerp de opdracht, met name een DBFM-ontwerp, bouw, financiering en onderhoud van een nieuw gevangeniscomplex te Haren;  
doordat na de ontvangst van de gewijzigde offertes verwerende partij door middel van de bestreden beslissing, enerzijds, een voorkeursbieder heeft aangewezen, met name belanghebbende partij, en, anderzijds, de offertes van verzoekende partij en van de SPC Brussels Prison, definitief van de gunningsprocedure heeft uitgesloten;  
doordat uit het beoordelingsverslag van de gewijzigde offertes blijkt dat m.b.t. de minimale financiële vereisten waaraan de offertes dienden te

voldoen, de gewijzigde offerte van belanghebbende partij nog ‘onduidelijkheden’ bevatte, die mogelijks zelfs een ‘voorbehoud konden verhullen’;

doordat, niettegenstaande deze vaststelling, verwerende partij de gewijzigde offertes op basis van de in de biedingsleidraad opgenomen gunningscriteria heeft beoordeeld en de gewijzigde offerte van belanghebbende partij als eerste heeft gerangschikt, om vervolgens, aansluitend én uitsluitend belanghebbende partij te verzoeken toelichtingen en verduidelijkingen te verstrekken m.b.t. de onduidelijkheden omtrent het vervullen van de minimale financiële eisen, opgenomen onder randnummer 2.5.2. van de biedingsleidraad;

doordat bovendien verwerende partij, prima facie zonder enig onderzoek, akte heeft genomen van en genoeg heeft genomen met de loutere bevestiging omtrent de bestaande onduidelijkheden door belanghebbende partij;

terwijl de biedingsleidraad onder randnummer 2.5.3 voorziet dat de toetsing van de offertes pas zal tussenkomen nadat de offertes positief werden beoordeeld t.a.v. de minimale financiële eisen;

terwijl het Beoordelingsverslag bevestigt dat, enerzijds, de aan Belanghebbende Partij gevraagde verduidelijkingen betrekking hebben op het voldoen aan deze minimale financiële eisen [...] en, anderzijds, deze verduidelijkingen werden gevraagd nadat de beoordeling van de gewijzigde offertes op basis van de gunningscriteria reeds was verricht en de gewijzigde offerte van Belanghebbende Partij als beste was gerangschikt [...];

zodat Verwerende Partij bijgevolg de bepalingen van de biedingsleidraad heeft geschonden, d.w.z. een schending van het rechtsbeginsel patere legem quam ipse fecisti;

terwijl bovendien Belanghebbende Partij nog als enige en uitsluitend kandidaat door Verwerende Partij werd gevraagd om verduidelijkingen en dus op de hoogte was van haar rangschikking en bijgevolg, vanuit deze rechtspositie deze toelichtingen omtrent de bestaande onduidelijkheden in haar offerte kon verstrekken, o.a. wat betreft het bevestigen van het Credit Support Package van verstrekkers van vreemd vermogen, zoals omschreven onder randnummer 2.1.2.1 van de biedingsleidraad;

zodat het gelijkheidsbeginsel geschonden is, nu aan Belanghebbende Partij de mogelijkheid wordt geboden om onduidelijkheden, mogelijks zelfs verholde voorbehouden, op te heffen, met kennis van het feit dat haar offerte als beste was gerangschikt, zoals door uw Raad naar analogie werd aanvaard in het arrest nr. 209.782 van 16 december 2010;

terwijl ten slotte, Verwerende Partij zonder enig onderzoek, klaarblijkelijk genoeg heeft genomen met de louter schriftelijke bevestiging van Belanghebbende Partij wat betreft de vastgestelde onduidelijkheden, en op basis van deze loutere bevestigingen heeft aanvaard dat de gewijzigde offerte van Belanghebbende Partij aan de minimale financiële eisen voldeed;

zodat de Bestreden Beslissing ook het zorgvuldigheidsbeginsel schendt nu, zeker wat betreft de door de kandidaten onderschreven financiële

verbintenissen, die een gewicht van 50% bij de gunning vertegenwoordigen, een zorgvuldig handelend bestuur geen genoeg kan en mag nemen met een loutere schriftelijke bevestiging van een kandidaat die, wetende dat zijn offerte als beste is gerangschikt, enkel bevestigt dat zijn offerte voldoet aan de minimale financiële eisen van het bestek”.

Na een aantal algemene beschouwingen over de bepalingen en beginselen waarvan in het middel de schending wordt ingeroepen, zetten verzoekende partijen in de toelichting bij hun middel in essentie uiteen dat de aangehaalde bepalingen en beginselen werden geschonden doordat uit het gunningsverslag zou blijken dat de beoordeling van de minimale financiële eisen, in ieder geval wat betreft de offerte van de voorkeursbieder, slechts is gebeurd nadat reeds een beoordeling van de gunningscriteria was verricht, en zulks in strijd met paragraaf 2.5.3 van de biedingsleidraad die zou vereisen dat het voldoen aan de minimale financiële eisen gebeurt vooraleer de offertes worden getoetst aan de gunningscriteria. Voorts zou ook enkel aan Cafasso nadere toelichting zijn gevraagd omtrent het vervullen van de minimale financiële eisen. Dit alles brengt volgens verzoekende partijen mee dat Cafasso, de voorkeursbieder, bij het beantwoorden van de vragen omtrent de minimale financiële eisen reeds kennis had van haar toekomstige aanwijzing als voorkeursbieder en hier aldus rekening mee kon houden bij het formuleren van haar antwoorden wat een schending van het gelijkheidsbeginsel zou inhouden. Tot slot stellen verzoekende partijen dat verwerende partij de door Cafasso verstrekte bevestigingen niet zou hebben onderzocht en dus zonder meer genoeg zou hebben genomen met het verstrekken van de bevestigingen.

### *Beoordeling*

7. Het in het middel geschonden geachte artikel 122<sup>ter</sup> van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen diensten en de concessies voor openbare werken’ bepaalt:

“§ 1. Dit artikel is van toepassing in geval van onderhandelingsprocedure met bekendmaking wanneer het geraamde bedrag van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking bereikt.

§ 2. 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.

§ 3. De aanbestedende overheid kan bepalen dat de onderhandelingsprocedure in opeenvolgende fases verloopt, teneinde het aantal offertes waarover onderhandeld moet worden, te beperken door toepassing van de gunningscriteria die in de aankondiging van opdracht of in het bestek zijn vermeld. Het gebruik van deze mogelijkheid wordt vermeld in de aankondiging van opdracht of in het bestek”.

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. Zoals ook in voormeld artikel 122<sup>ter</sup> wordt aangegeven waarborgt de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers tijdens de onderhandelingen en geeft zij geen discriminerende informatie die sommige inschrijvers kan bevoordelen tegenover andere. Daarnaast is de aanbestedende overheid op grond van het *patere legem*-beginsel er tevens toe gehouden om de regels die ze in haar eigen bestek heeft opgelegd te eerbiedigen.

8. In het beoordelingsverslag omtrent de gewijzigde offertes van 21 mei 2013 wordt onder punt 1.7 vermeld:

“1.7 Algemene voorafgaande bemerkingen betreffende het voldoen van de minimale eisen

(a) Financiële minimale eisen

(i) [...]

(ii) Onderzoek van de gewijzigde offertes

(A) Vastgestelde onduidelijkheden

Uit het onderzoek van de gewijzigde offertes is gebleken dat er bij twee van de drie kandidaten (Cafasso en Strabag-Sodexo) vragen waren met betrekking tot de wijze van de berekening van de referentierentevoet (zie onderdeel ‘B’ hieronder).

Bij het onderzoek van de gewijzigde offerte van Cafasso en SPC Brussels Prison is tevens gebleken dat er nog een aantal specifieke onduidelijkheden

waren die nog verder dienden te worden uitgeklaard (zie onderdelen ‘C’ en ‘D’ hieronder).

Tot slot moeten de volgende elementen van het Financieringsplan bij alle drie de kandidaten nog verder gedetailleerd worden: (i) de stappen voor het aantrekken van de nog niet gecommiteerde financiering en (ii) de procedure van de Preferred Bidder Funding Competition. In de periode tot de financial close is er echter nog voldoende gelegenheid om deze details uit te werken.

(B)           Berekening van de referentierentevoet  
[...]

(C)           Bespreking met Cafasso

(i)           Verloop van de procedure

Op basis van de beoordeling van de gewijzigde offertes [...] dient besloten te worden dat het consortium Cafasso als beste gerangschikt is, met een duidelijk waarneembaar en representatief puntenverschil t.a.v. de als tweede gerangschikte kandidaat.

Paragraaf 2.6 van de biedingsleidraad en paragraaf 2.10 van de ‘Instructies gewijzigde offerte (deel 1)’ hanteren als uitgangspunt dat de aanbestedende dienst op grond van de beoordeling van de gewijzigde offertes in beginsel overgaat tot de aanduiding van de kandidaat die op grond van de gunningscriteria de voordeligste gewijzigde offerte heeft ingediend, zijnde de voorkeursbieder.

Het werd evenwel aangewezen geacht om, voorafgaand aan de verdere besluitvorming, verdere verduidelijking te bekomen vanwege de als beste gerangschikte kandidaat, met name betreffende het voldoen van de minimale financiële eisen.

Het reeds onmiddellijk aanduiden van een voorkeursbieder werd niet opportuun geacht, omdat er nog een aantal onduidelijkheden bestonden in het kader van de controle van de minimale financiële eisen die eerst moesten worden uitgeklaard [...].

Het was dan ook aangewezen om, voorafgaand aan de verdere besluitvorming, verdere verduidelijkingen te bekomen vanwege de als beste gerangschikte kandidaat, met name betreffende het voldoen van de minimale financiële eisen. Hiertoe werd op 11 april 2013 een schrijven gericht aan Cafasso met uitnodiging voor een bespreking op 16 april 2013, teneinde de nodige verduidelijking te krijgen met betrekking tot een aantal elementen van het financieel gedeelte van de gewijzigde offerte.

Na deze bespreking heeft de aanbestedende dienst op 19 april 2013 aan Cafasso een schrijven gericht teneinde bevestiging te bekomen betreffende een aantal elementen van het financieel gedeelte van de gewijzigde offerte. Op 26 april 2013 heeft Cafasso een schrijven verzonden waarin de gevraagde bevestiging werd bekomen.

Ondertussen heeft op 23 april 2013 nog een bespreking plaatsgevonden die specifiek betrekking had op het financieel model van Cafasso. In navolging hiervan heeft Cafasso op 24 april 2013 een e-mail verzonden aan de aanbestedende dienst, waarmee zijn overgemaakt: (i) de presentatie van de

vergadering, en (ii) het financieel model behorende bij de presentatie. In voormeld schrijven van 26 april 2013 heeft Cafasso dienaangaande nog bevestigd dat dit financieel model geen wijzingen bevat ten aanzien van het financieel model dat op 28 februari 2013 werd ingediend als onderdeel van het financieel gedeelte van de gewijzigde offerte, maar dat er enkel 'functionaliteiten' werden toegevoegd die het gebruik ervan door de aanbestedende dienst verbeteren/vergemakkelijken.

(II) Betreffende de onduidelijkheden in het Credit Support Package gevoegd bij de gewijzigde offerte van Cafasso

Het Credit Support Package van de verstrekkers van vreemd vermogen van Cafasso bevat twee voorwaarden (met betrekking tot de credit rating voor het project en de 'make whole'-bepaling) waarvan de precieze draagwijdte bij het onderzoek van de gewijzigde offerte onduidelijk was, en die mogelijks een voorbehoud kon verhullen. Daarom heeft de aanbestedende dienst aan de kandidaat gevraagd om ondubbelzinnig te bevestigen dat hij de voorwaarden in het Credit Support Package volledig onderschrijft. De kandidaat heeft deze bevestiging afgeleverd, zodat de twijfels over een eventueel voorbehoud volledig weggenomen zijn.

(III) Betreffende de functionaliteit van het financieel model van Cafasso  
Het financieel model van Cafasso bleek bij nazicht enkele specifieke kenmerken te hebben die het gebruik van het model bij financial close evenals het gebruik bij de doorrekening van de impact van eventuele wijzigingen die zich in het verdere traject tot aan het verkrijgen van de bouwvergunning zouden kunnen voordoen, zouden kunnen bemoeilijken:

- ° de procedure voor de berekening van nieuwe resultaten met het financieel model na de verandering van inputs was zeer omslachtig.
- ° het financieel model liet onvoldoende toe om de impact van veranderingen van de onderhoudskosten automatisch door te rekenen.

Ook was er een kenmerk dat bij financial close tot onduidelijkheid zou kunnen leiden:

- ° de structuur van de financiering in het financieel model stemde globaal (op vlak van profiel, referentierentevoeten en kredietmarges) overeen met de term sheets van de gecommitteerde vertrekkers van senior vreemd vermogen, maar de opdeling van het vreemd vermogen tussen de verschillende faciliteiten vertoonde kleine onderlinge afwijkingen.

De aanbestedende Dienst heeft daarom aan Cafasso verzocht om het financieel model in het licht van bovenstaande punten nader toe te lichten en eventueel uit te werken, evenwel zonder enige impact te hebben op de door het model berekende uitkomsten (in het bijzonder de componenten van de Bruto Vergoeding).

De kandidaat is op dit verzoek ingegaan. Voor de eerste twee punten heeft de kandidaat macro's aan het financieel model toegevoegd die het gebruiksgemak van het financieel model verbeteren, maar die verder geen

enkele impact op de inhoud van het financieel model (cfr. de berekende resultaten) hebben.

Met betrekking tot het derde punt heeft de kandidaat bevestigd dat financial close uitgevoerd zal worden op basis van het financieel model, zodat de gerezen onduidelijkheid niet meer aan de orde is”.

In deel 1 van het bestek, de biedingsleidraad, wordt het verloop van de onderhandelingsprocedure bepaald. Er wordt onder meer vermeld dat de geselecteerde kandidaten worden uitgenodigd om een offerte in te dienen, dat er vervolgens in een fase van bezoeken aan gevangenen, infosessie en vragen is voorzien, dat nadien de offertes dienen te worden ingediend, dat er dan een toelichting van het technisch gedeelte van de offerte volgt met vragen om verduidelijking, waarna een eerste beoordeling van de offertes plaatsvindt. Daarmtrent wordt in het bestek bepaald:

#### “2.5. Beoordeling van de offerte

##### 2.5.1. Volledigheid en formele regelmatigheid

[...]

##### 2.5.2. Voldoen aan minimale eisen

Vervolgens wordt getoetst of de offertes voldoen aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimale technische en financiële eisen:

- De minimale technische eisen van de offerte worden vooropgesteld in deel 3 van het bestek, zijnde het performantiebestek.

- De minimale financiële eisen van de offerte worden vastgesteld in paragraaf 4.6.1. van onderhavige biedingsleidraad. Ze hebben betrekking op de kwaliteit van het financieel model en de onderbouwing en robuustheid van het financieringsplan alsook de aanwezigheid van verklaringen en / of verbintenissen van ontleners van eigen vermogen en vreemd vermogen conform aan de eisen van paragraaf 2.9 en 4.6.1.4 van onderhavige biedingsleidraad.

De offertes die niet in overeenstemming zijn met de minimale eisen zoals bepaald in dit bestek kunnen zonder meer van nadere beoordeling worden uitgesloten.

##### 2.5.3. Toetsen gunningscriteria

De formeel regelmatige offertes die na een positieve beoordeling ten aanzien van de vooropgestelde minimale eisen zoals bepaald in het Bestek voor verdere beoordeling in aanmerking komen, worden beoordeeld aan de hand van de hieronder vermelde gunningscriteria:

- Financieel criterium;
- Kwaliteitscriterium.

Onder hoofdstuk 3 wordt nader uitgewerkt welke de waarde, inhoud en beoordelingswijze zal zijn van deze gunningscriteria. Op basis hiervan stelt de aanbestedende dienst de rangschikking vast”.

Voor de beoordeling van de gewijzigde offertes wordt in de ‘instructies gewijzigde offertes - deel 1’ verwezen naar paragraaf 2.5 van de biedingsleidraad.

9. Ongeacht de vraag of uit deze bepalingen moet worden afgeleid dat volgens de biedingsleidraad de offertes, zowel de eerste offertes als de gewijzigde offertes, eerst moeten worden onderworpen aan een onderzoek met betrekking tot de overeenstemming met de minimale financiële eisen en de gunningscriteria slechts mogen worden getoetst wanneer de offerte voldoet aan de minimale financiële eisen, kan het volgende worden opgemerkt.

In de eerste plaats lijken verzoekende partijen niet afdoende aan te tonen dat de betrokken opmerkingen die in het beoordelingsverslag werden gemaakt, ertoe leiden dat voorafgaand aan deze verduidelijkingen verwerende partij niet mocht besluiten dat de offerte van Cafasso voldoende aan de financiële eisen beantwoordde om de gunningscriteria te beoordelen. De bijkomende verduidelijkingen die aan Cafasso werden gevraagd lijken op het eerste gezicht eerder te zijn gevraagd met het oog op de aanwijzing als voorkeursbieder en dus met het oog op de financial close, dan wel om te beoordelen of op voldoende wijze werd voldaan aan de minimale financiële eisen om over te gaan tot beoordeling van de gunningscriteria.

In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat niet op voldoende wijze blijkt dat er een omkering van de volgorde van beoordeling zou hebben plaatsgevonden, aangezien op het ogenblik dat het definitieve gunningsverslag omtrent de beoordeling van de gewijzigde offertes werd opgesteld op 21 mei 2013 en de definitieve toetsing aan de gunningscriteria en de daaruit voortvloeiende rangschikking aldus gebeurde, er wel reeds duidelijkheid was omtrent de minimale financiële eisen in de offerte van tussenkomende partijen. De verduidelijkingen werden immers gevraagd voorafgaand aan het opstellen van het definitieve gunningsverslag van 21 mei 2013.

Voorts tonen verzoekende partijen op het eerste gezicht niet aan waarom een eventuele omkering van de volgorde van beoordeling in vergelijking met wat zou zijn aangekondigd in het bestek, te weten eerst de gunningscriteria en dan de minimale financiële eisen, tot de onwettigheid van de bestreden beslissing aanleiding zou geven. Minstens tonen verzoekende partijen op het eerste gezicht niet aan welk nadeel zij hierdoor hebben geleden en hoe dit de rangschikking van de offertes zou hebben beïnvloed.

Daarbij dient te worden opgemerkt dat verzoekende partijen niet lijken te betwisten dat de offerte van Cafasso, eventueel met de gevraagde verduidelijkingen, wel degelijk voldoet aan de minimale financiële vereisten gesteld in de besteksdocumenten. Zij lijken de conclusie van verwerende partij dat er uiteindelijk, na het vragen van verduidelijkingen ook geen sprake blijkt te zijn van een voorbehoud, niet te betwisten.

Het belang van de volgorde kan te dezen ook in vraag worden gesteld nu het in het kader van een onderhandelingsprocedure op het eerste gezicht niet uitgesloten lijkt dat eventuele tekortkomingen aan de minimale financiële eisen nog worden rechtgezet. Wat dit betreft dient voorliggende zaak reeds in belangrijke mate te worden onderscheiden van de zaak waarnaar verzoekende partijen verwijzen en waar het op het eerste gezicht ook geen onderhandelingsprocedure betrof.

De biedingsleidraad bepaalt ook dat offertes die niet aan de minimale financiële eisen voldoen, van nadere beoordeling kunnen worden uitgesloten, maar dit lijkt dus geen absolute verplichting te zijn voor de aanbestedende overheid. De verduidelijkingen lijken op het eerste gezicht ook niet nodig te zijn geweest om de offertes te kunnen toetsen aan de gunningscriteria en lijken dus in elk geval geen invloed te hebben gehad op de rangschikking.

Daarnaast tonen verzoekende partijen niet aan dat het vragen van verduidelijkingen op zich te dezen in strijd zou zijn met de regelgeving of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals die van toepassing zijn bij een onderhandelingsprocedure. Daarbij lijkt op het eerste gezicht ook te kunnen worden vastgesteld dat de gevraagde verduidelijkingen zich beperken tot

verduidelijkingen of bevestigingen van informatie die reeds in de offerte voorhanden was.

Verzoekende partijen beperken zich ertoe te stellen dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden doordat Cafasso verduidelijkingen kon geven op een moment dat deze inschrijver op de hoogte zou geweest zijn van zijn rangschikking, zonder te preciseren welk nadeel verzoekende partijen zouden hebben ondervonden of welk voordeel Cafasso hier in concreto door zou hebben verkregen.

Verzoekende partijen maken te dezen allerminst aannemelijk dat er een concurrentieel voordeel zou zijn ontstaan in hoofde van Cafasso. Verzoekende partijen ondernemen in hun verzoekschrift geen poging in concreto uiteen te zetten waarin dat voordeel zou bestaan. Zij verwijzen enkel in het algemeen naar de toelichtingen en bevestigingen die er zijn geweest zonder aan te geven bij welke toelichting of bevestiging de kennis van de rangschikking een invloed zou hebben gehad en hoe de voorkeursbieder daarbij een voordeel zou hebben genoten. Nochtans blijkt op het eerste gezicht uit het beoordelingsverslag op voldoende wijze omtrent welke elementen uit het financieel gedeelte van de offerte door de voorkeursbieder bevestigingen werden gegeven. Het moest dan ook voor verzoekende partijen, die kennis hebben van dit beoordelingsverslag en er trouwens uit citeren in hun verzoekschrift, mogelijk zijn geweest hun grief op dit punt meer concreet toe te lichten.

In een dergelijke financieel-technische materie lijkt niet van de Raad van State te kunnen worden verwacht, en al zeker niet in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid dat hij zelf, zonder deskundig advies, onderzoekt welke bevestigingen die door de voorkeursbieder werden gegeven, eventueel met kennis van zijn rangschikking, hem een voordeel hebben kunnen opleveren ten aanzien van de andere inschrijvers en op welke wijze. In dat opzicht lijkt de verwijzing van verzoekende partij naar het arrest nr. 209.782 van 16 december 2010 niet dienstig nu in die zaak aan de Raad van State de vraag werd voorgelegd of het feit dat een inschrijver met kennis van zijn rangschikking nog heeft kunnen onderhandelen over het verkrijgen van een bankwaarborg bij een financiële instelling, terwijl de andere inschrijvers deze bankwaarborg reeds eerder

hadden ingediend en aldus minder tijd hebben gehad hierover te onderhandelen en bovendien geen kennis hadden van hun rangschikking, de gelijkheid schendt. In die zaak werd de mogelijke schending van de gelijkheid aldus in concreto aan de Raad van State voorgelegd en lijkt de schending zich alleszins duidelijker aan de Raad van State te hebben gemanifesteerd dan te dezen het geval is. Zoals verwerende en tussenkomende partijen betogen, lijkt op het eerste gezicht in ieder geval reeds te kunnen worden vastgesteld dat het te dezen slechts ging om het bevestigen van informatie die reeds in de offerte was opgenomen en niet om het nog bijvoegen van een ontbrekend document dat nog diende te worden verkregen en dat bovendien aanleiding kon geven tot de onregelmatigheid van de offerte. In dat verband kan er nog op worden gewezen dat alle inschrijvers, ook tussenkomende partijen, reeds bij het indienen van hun gewijzigde offertes een definitief gecommiteerd financieringsvoorstel voegden en dus reeds voorafgaand aan het geven van de bevestigingen, over de nodige financiële engagements beschikten. Het blijkt op het eerste gezicht niet dat tussenkomende partijen, met het oog op het geven van de gevraagde bevestigingen, zich terug tot de financiële markten hebben moeten richten, wat wel het geval was in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest nr. 209.782 van 16 december 2010.

Voor zover verzoekende partijen zouden aanvoeren dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden doordat alleen aan Cafasso de mogelijkheid zou zijn geboden om verduidelijking te geven bij de financiële minimale eisen, lijkt op het eerste gezicht uit de stukken in het administratief dossier te kunnen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid over de elementen die niet duidelijk waren in het financiële gedeelte van de offerte van verzoekende partijen, eveneens verduidelijking heeft gevraagd aan verzoekende partijen teneinde te kunnen beoordelen of ze voldeden aan de financiële minimale eisen en dat verzoekende partijen hier hebben kunnen op antwoorden. Met betrekking tot hun offerte, kwam de aanbestedende overheid trouwens tot het besluit dat deze eveneens voldoet aan de minimale financiële eisen.

10. Wat voorts de vermeende schending van het zorgvuldigheidsbeginsel betreft, kan op het eerste gezicht met verwerende partij worden vastgesteld dat onder meer uit de door verwerende partij in haar nota aangehaalde passages uit het beoordelingsverslag met betrekking tot de gewijzigde offertes op

voldoende wijze blijkt dat de bevestigingen werden onderzocht. Gelet hierop tonen verzoekende partijen onvoldoende het tegendeel aan.

Het eerste middel is niet ernstig.

#### *B. Tweede middel*

##### *Uiteenzetting*

11. Verzoekende partijen stellen het middel als volgt voor:

“schending van artikel 122ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, schending van het gelijkheidsbeginsel, schending van de materiële motiveringsplicht, schending beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. het zorgvuldigheidsbeginsel, schending van het beginsel patere legem quam ipse fecisti

doordat verwerende partij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking heeft georganiseerd met als voorwerp de opdracht met name een DBFM-ontwerp, bouw, financiering en onderhoud van een nieuw gevangeniscomplex te Haren;

doordat na de ontvangst van de gewijzigde offertes verwerende partij door middel van de bestreden beslissing enerzijds een voorkeursbieder heeft aangeduid, met name belanghebbende partij, en anderzijds de offertes van verzoekende partij en van de SPC Brussels Prison, definitief heeft uitgesloten;

doordat in de biedingsleidraad en het programma van eisen een groot belang werd gehecht aan het aspect veiligheid en dit in toepassing van de Basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en rechtspositie van de gedetineerden;

doordat doorheen het kwaliteitscriterium dat is opgenomen in de biedingsleidraad, het aspect veiligheid als belangrijk element werd meegenomen en dit in het bijzonder wat betreft het organiseren en het beheersen van de bewegingsstromen binnen het op te richten gevangeniscomplex; het garanderen van de veiligheid vormt trouwens de belangrijkste missie van het te realiseren gevangeniscomplex;

doordat met het oog op het realiseren van deze veiligheidsdoelstelling, noodzakelijkerwijze conceptuele ontwerpkeuzes moeten worden gemaakt waarbij belanghebbende partij heeft geopteerd voor een opdeling van de bewegingsstromen, terwijl de andere twee kandidaten, waaronder verzoekende partij, hebben gekozen voor een dubbele bewegingsstroom; dat verzoekende partij hierbij gekozen heeft voor twee boven elkaar lopende gangen of galerijen;

doordat in het verslag ‘exploitatie (in het bijzonder van het personeel) van het gevangeniscomplex’ herhaaldelijk wordt gewezen op de fundamentele

problemen van de keuze van belanghebbende partij inzake de opdeling van de bewegingsstromen, met name wat betreft de haalbaarheid en veiligheid en in het bijzonder het verhogen van het zich voordoen van risico's; doordat wat betreft het concept van de dubbele bewegingsstroom die door verzoekende partij werd voorgesteld, enkel kleine niet-fundamentele opmerkingen werden geformuleerd doch, in het kader van het subcriterium architectuur, een minder gunstige beoordeling werd verstrekt omwille van de gemaakte conceptuele keuze, enerzijds, en aan de offerte van belanghebbende partij de maximale score werd toegekend zonder het element veiligheid in overweging te nemen anderzijds; terwijl niettegenstaande de vermelding van het element 'veiligheid' als toetsingselement bij de beoordeling van het subgunningscriterium architectuur, aan de offerte van belanghebbende partij de maximumscore wordt toegekend, waarbij het toetsingselement 'veiligheid' wordt doodgezwegen, niettegenstaande de 'fundamentele' opmerkingen die in het verslag 'Exploitatie (in het bijzonder van het personeel) van het gevangeniscomplex' betreffende de gewijzigde offerte van belanghebbende partij zijn opgenomen; terwijl, met het oog op het tegemoetkomen aan de fundamentele bezwaren, belanghebbende partij zal gedwongen zijn om conceptuele aanpassingen door te voeren aan het voorgestelde ontwerp, met noodzakelijkerwijze gevolgen wat betreft zowel de beoordeling van het subgunningscriterium 'architectuur' als wat betreft het financiële criterium; terwijl immers op basis van een door verzoekende partij uitgevoerde raming, het realiseren van een oplossing waarbij de bewegingsstromen binnen het gevangeniscomplex op een efficiënte en veilige wijze kunnen worden georganiseerd en beheerd, overeenstemt met een bijkomende kost omvattende investeringen en onderhoud van ongeveer EUR 6 miljoen, waarbij, op basis van een aansluitende simulatie overeenkomstig het door verzoekende partij opgestelde financieel model, dit leidt tot een aanpassing in de Contante waarde van ongeveer EUR 12,5 miljoen met, wat betreft het financieel gunningscriterium, een wijziging van minimum twee mogelijks zelfs drie punten; terwijl minstens de maximumscore van de offerte van belanghebbende partij op het subgunningscriterium kennelijk onredelijk is, getuigt van een kennelijke onzorgvuldigheid en bovendien een schending van de materiële motiveringsplicht uitmaakt nu de inherent met dit subgunningscriterium verbonden en in te vullen eis, m.n. 'veiligheid' fundamentele bezwaren oproept en bijgevolg onmogelijk een maximumscore op deugdelijke en draagkrachtige gronden kan worden verantwoord. zodat de Bestreden Beslissing een schending inhoudt van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, alsmede het rechtsbeginsel patere legem quam ipse fecisti".

In de toelichting bij hun middel argumenteren verzoekende partijen dat de inschrijvers bij het uitwerken van hun technisch voorstel rekening dienden te houden met de functionele eisen die van toepassing zijn met betrekking tot het beheer van gevangenissen, opgenomen in bijlage 6, “Programma van eisen - I.I. performantiebestek - Deel A - Architectuur, functionaliteit & inpassing in de omgeving” waarin een randnummer 3.3 met betrekking tot de veiligheid is opgenomen. Deze eisen betreffen onder meer het scheiden van verschillende groepen gedetineerden in functie van de veiligheid bij toepassing van de basiswet van 12 januari 2005 ‘betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden’. Onder randnummer 2.1.5. van bijlage 6 “Programma van eisen - I.I. performantiebestek - Deel A - Architectuur, functionaliteit & inpassing in de omgeving” is het garanderen van de veiligheid opgenomen als belangrijkste missie van de gevangenissen. Daarnaast vereist de biedingsleidraad dat in het gevangeniscomplex vrijwel alle categorieën van gedetineerden moeten kunnen worden opgevangen.

Uit het verslag met betrekking tot de functionaliteit van het gevangeniscomplex blijkt dat Cafasso een centraal plein of dorpsplein heeft voorgesteld waarbij werd geopteerd voor een opdeling van de bewegingsstromen, terwijl de twee andere kandidaten een dubbele bewegingsstroom hebben voorgesteld. Cafasso heeft geen deugdelijke oplossing verstrekt voor de bewegingsstromen en het daaraan gekoppelde veiligheidsaspect. Dit blijkt volgens verzoekende partijen ook uit het beoordelingsverslag “de functionaliteit van het gevangeniscomplex” en uit het verslag “de exploitatie (in het bijzonder van het personeel) van het gevangeniscomplex” met betrekking tot de offerte van Cafasso. Uit deze verslagen blijkt dat wat betreft het voorstel dat door Cafasso werd uitgewerkt, er fundamentele problemen blijven bestaan wat betreft de verenigbaarheid van het ontwerp met de essentiële veiligheidsvereisten in het bijzonder wat betreft het beheersen en organiseren van de bewegingsstromen binnen het te realiseren gevangeniscomplex ter hoogte van de dorpskern.

In het verslag met betrekking tot de beoordeling van de architectuur op grond van de gewijzigde offertes wordt met betrekking tot de door verzoekende partijen voorgestelde galerijen een kritische opmerking geformuleerd aangaande sommige traliewerken die te prominent aanwezig zouden zijn.

Anderzijds wordt de ont dubbeling van de circulatieruimte wel als een aanzienlijke verbetering beschouwd vanuit architecturaal oogpunt op basis van veiligheidsoverwegingen. De offerte van Cafasso wordt daarentegen als de perfecte gerangschikt vanuit het subgunningscriterium architectuur en in de motivering is geen enkele bepaling opgenomen die betrekking heeft op de fundamentele bezwaren die in de andere verslagen worden gemaakt met betrekking tot de veiligheid, in het bijzonder wat betreft het beheersen en bewaken van de bewegingsstromen binnen het te realiseren gevangeniscomplex.

Nochtans wordt onder de omschrijving van het subgunningscriterium “architectuur” in de biedingsleidraad verwezen naar het onderdeel “veiligheid”. In het beoordelingsverslag architectuur met betrekking tot de eerste offerte van Cafasso werd wel aandacht besteed aan de passieve veiligheid, die daar als “verzekerd” wordt aangemerkt, waarbij deze beoordeling echter kennelijk onverenigbaar is met de vanuit functioneel oogpunt fundamentele bezwaren. Deze bezwaren, verbonden met veiligheid, nopen immers tot conceptuele keuzes die de architectuur van het gevangeniscomplex betreffen.

Bijgevolg wordt een aspect van de architectuur dat strekt tot het verzekeren van de veiligheidsvereisten bij de ene kandidaat als positief element aangemerkt, maar als gevolg van de concrete implementatie gesanctioneerd wat leidt tot een mindere score, terwijl bij de andere kandidaat, Cafasso, dit element in het beoordelingsverslag wordt doodgezwegen en aan deze kandidaat toch de maximumscore wordt toegekend, niettegenstaande uit andere verslagen blijkt dat omwille van het ontbreken van een afdoende oplossing vanuit veiligheidsaspect, fundamentele bezwaren worden geformuleerd.

Bovendien heeft het voorzien in galerijen een bijkomende investeringskost tot gevolg die zijn weerslag heeft op de “contante waarde”, zodat ook de beoordeling van de offertes ten aanzien van het financiële criterium de toets aan de zorgvuldigheid en het gelijkheidsbeginsel niet kan doorstaan.

In de finale contractsbesprekingen zal Cafasso immers nog tot conceptuele aanpassingen moeten overgaan, gelet op de fundamentele bedenkingen, terwijl dergelijke conceptuele aanpassingen niet te verzoenen zijn

met de inhoud van dergelijke finale contractsbesprekingen. Immers het tegemoetkomen aan de opmerkingen zal aanpassingen tot gevolg hebben die van aard zijn om de beoordeling van de gunningscriteria, zowel wat betreft het financiële criterium als wat betreft het kwaliteitscriterium in het gedrang te brengen. Aangezien het verschil wat betreft de beoordeling van de gewijzigde offerte van verzoekende partijen en de offerte van de voorkeursbieder slechts 1,58 punten bedraagt, zal elke wijziging in de beoordeling, in het bijzonder wat betreft het kwaliteitscriterium, leiden tot een wijziging van de rangschikking, nu overeenkomstig de beoordelingsmethodiek steeds een minimum onderscheid ten belope van 2 punten wordt toegepast.

Minstens is er sprake van een schending van de materiële motiveringsplicht, samengenomen met het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, nu aan de gewijzigde offerte van Cafasso de maximumscore voor het subgunningscriterium “architectuur” wordt toegekend, niettegenstaande één van de door de aanbestedingsdocumenten uitdrukkelijk voorgeschreven en in te vullen eisen, met name de veiligheid, fundamentele bezwaren oproept.

### *Beoordeling*

12. Te dezen werden in het bestek, te weten de biedingsleidraad, twee gunningscriteria opgenomen, waarbij het tweede gunningscriterium werd onderverdeeld in 5 subcriteria:

- Financieel criterium (50 punten);
- Kwaliteitscriterium (50 punten):
  - Architectuur van het gevangeniscomplex (10 punten);
  - De inpassing in de omgeving van het gevangeniscomplex (10 punten);
  - De functionaliteit van het gevangeniscomplex (10 punten);
  - De exploitatie (in het bijzonder voor personeel) van het gevangeniscomplex (10 punten);
  - De technische duurzaamheid van het gevangeniscomplex (10 punten).

13. Het subcriterium “Architectuur van het gevangeniscomplex”, waarvan de beoordeling door verzoekende partijen in hun verzoekschrift wordt bekritiseerd, wordt als volgt nader omschreven in de biedingsleidraad:

“De offerte zal beoordeeld worden t.a.v. de mate waarop het ontwerp de principes en de visie op detentie – zoals uiteengezet in het performantiebestek- ruimtelijke en organisatorisch vertaalt. Daarbij is de organisatie en de compositie van alle gebouwdelen afgestemd op het nieuw gevangenismodel, gebaseerd op leefeenheden. Dit geldt van de kleinste schaal (cel) tot de schaal van het complex als geheel. Zo wordt gestreefd naar een compositie die de idee van een ‘gevangenisdorp’ als een leefomgeving die is gericht op normaliteit (en daardoor op reductie van recidivisme), zoveel mogelijk benadert. Op die manier zal het complex als een modelgevangenis voor een hedendaags detentiemodel fungeren.

In dit nieuwe gevangenismodel wordt ruimtelijke organisatie ingezet om de ambities op vlak van detentie, veiligheid, normaliteit en financiële haalbaarheid te versterken, stimuleren en onderling te integreren.

De ‘architectuur’ zal dus niet louter beoordeeld worden als een decoratieve laag die losstaat van de inhoud van het gevangeniscomplex als leefomgeving gericht op herintegratie. De architectuur biedt ruimtelijke kwaliteit en is genereus (i.e. oppervlakte, licht, zicht, lucht, perspectieven, etc.) op die plekken in het complex die strategisch zijn voor het realiseren van het gewenste detentiemodel”.

Het subgunningscriterium “exploitatie” wordt als volgt omschreven:

“Bij de beoordeling van dit subcriterium wordt in het bijzonder rekening gehouden hoe het ontwerp van het gevangeniscomplex een meerwaarde op het vlak van de exploitatie biedt, en in het bijzonder op het vlak van een generationaliseerde en andere inzet van het personeel. Het ontwerp moet, naast de (elders beoordeelde) functionele eisen en de implementatie van de detentievisie, ook een personeelsefficiënte bezetting toelaten. Dit laatste is – m.o.o. de toekomstige werkingskosten – een belangrijk uitgangspunt bij de bouw van een hedendaags gevangeniscomplex. De aspecten van beveiliging en veiligheids(gevoel) vervullen een belangrijke rol op het vlak van exploitatie: in welke mate werkt het ontwerp sturend op het vlak van veiligheid, door het zoeken naar een goed evenwicht tussen actieve, passieve en dynamische veiligheid, met als belangrijke randvoorwaarde dat het personeel voornamelijk ingezet dient te worden voor persoonlijke contacten met de gedetineerden”.

In het Performantiebestek, waarnaar in de omschrijving van het subgunningscriterium wordt verwezen, wordt onder meer vermeld:

## “1. Architectuur als integrerende discipline

### Kwaliteitsarchitectuur

[...] Binnen deze totaalopdracht beperkt architectuur zich niet tot een decoratieve laag die los staat van interne organisatie en het functioneren van de gevangenis als leefomgeving gericht op herintegratie, maar is het een wezenlijke ambitie van deze opdracht. Architectuur als integrerende discipline betekent dat aan alle eisen op vlak van functionaliteit, duurzaamheid, technieken, veiligheid, financiële haalbaarheid, [...] voldaan is, maar dat het eindresultaat ook meer is dan louter de som van deze eisen.

[...]

## 2. Visie op detentie

### 2.1 Algemene principes nieuwe regime (premissen detentie)

De nieuwe visie op detentie schuift een aantal premissen naar voor die vertaald dienen te worden in de organisatie van het complex, de architectuur en de inpassing in de omgeving.

#### 2.1.1 normalisatie

Dit betekent dat het leven van een gedetineerde binnen de beperkingen van een veilige detentie zoveel mogelijk moet gelijk zijn op het leven buiten.

[...]

#### 2.1.2 Responsabilisering

Bewegingsvrijheid wordt gefaciliteerd door een badge of gelijkwaardig systeem [...]

#### 2.1.3 Herintegratie bevorderen

[...]

#### 2.1.4 Porositeit van het gevangeniscomplex

- het gevangeniscomplex maakt deel uit van de samenleving en dient hierin geïntegreerd te zijn. Dit betekent ook dat het gevangeniscomplex als gebouw moet ingepast worden in de omgeving en dat de omgeving in de mate dat van het mogelijke kan binnendringen in het gevangeniscomplex[...]

#### 2.1.5 Veiligheid garanderen

- de belangrijkste missie van de gevangenis is de veiligheid van de maatschappij, het personeel en de gedetineerden te garanderen  
- in de ontwikkeling van een veiligheidsconcept in het ontwerp dient rekening gehouden te worden met een evenwicht tussen actieve, passieve en dynamische beveiliging:

° actieve beveiliging wordt gerealiseerd door het personeel: [...]

° passieve beveiliging wordt gerealiseerd door omgevingsfactoren (de organisatie van het complex) of de bouwkundige beveiliging (beveiligingsklasse van wanden, tralies, [...])(verdedigend)

° dynamische beveiliging is de beveiliging die tot stand komt door middel van een hoge kwaliteit van relaties, contacten en communicatie tussen personeel en gedetineerden. Als architectuur en controle vanop afstand de

gedetineerden en de penitentiaire beampten te veel scheidt, [...] verhoogt het risico op stereotypering. [...]

De ontwerpers dienen in dit nieuwe complex voor Haren een evenwicht te zoeken tussen de 3 types van beveiliging, met een bijzonder aandacht voor de dynamische beveiliging omdat die de basisprincipes van normalisatie en herintegratie mee kan ondersteunen.

- Menselijke contacten, respect, cultuur van de organisatie, waarden zijn hierbij dirigerende elementen. De infrastructuur en architectuur moet faciliteren en ondersteunen.

[...]

- het toezicht wordt gegarandeerd door verschillende onderdelen:

- ° het directe toezicht door de personeelsleden

- ° het toezicht of de beveiliging mogelijk gemaakt door de architecturale organisatie (transparantie van materialen, zichtbaarheid van afstanden, plaatsing van controleposten).

- ° het toezicht door middel van elektronische middelen (camera's, identificatie door badges of andere tokens, individuele alarmknoppen, [...])

#### 2.1.6 kwaliteit van de werkomgeving

[...]

### 3. Ruimtelijke organisatie - relaties

Het volledige gevangeniscomplex van Haren bestaat uit een aantal functionele onderdelen.

In deel B zal er verder ingegaan worden op de benodigde minimale oppervlaktes en uitrustingen van de lokalen. Dit eerste deel van het bestek handelt over hoe deze ruimtes zich tot elkaar verhouden en de mate waarin de compositie kan bijdragen tot het realiseren van de nieuwe visie op detentie hierboven geformuleerd.

De globale structuur van het complex bestaat uit de volgende functionele onderdelen[...]

#### 3.1 Functionele opdeling van het complex

[...]

#### 3.2. Leefwereld en dag-routine van de gedetineerde

[...]

#### 3.3 Vertaling van de detentieprincipes naar ruimtelijke organisatie en kwaliteit

##### A. Normalisering

- het gevangeniscomplex als dorp of stad:

[...]

- de mate waarin de ruimtelijke organisatie van het complex en binnen de leefeenheid de normaliteit van de dag-routine ondersteunt

[...]

- materialisatie en humaan karakter van de cellen en gemeenschappelijke ruimtes

[...]

- toegang tot buitenruimtes binnen het complex  
[...]

- daglicht en zicht op buitenruimtes  
[...]

- verborgen of discrete veiligheidsmaatregelen  
[...]

- aandacht voor bezoek en kinderen  
[...]

- ruimtelijkheid van het ontwerp  
[...]

- mix van gedetineerden:  
[...]

- geen neveneffecten van de opsluiting  
[...]

#### B. Responsabilisering en autonomie

- vrijheid en autonomie tot zelfstandig circuleren

- vrijheid en autonomie binnen de cel – de cel als huis

- vrijheid en autonomie binnen de leefeenheid

- geen autonomie binnen de afdelingen hoge veiligheid

#### C. Bevorderen herintegratie

- contact gedetineerde – personeel

- samenleven in gemeenschap met andere gedetineerden

- het belang van gemeenschappelijke ruimtes en functies

#### D. Porositeit

- doordringen van bezoekers en externen in het complex

- gedetineerden en contact met de buitenwereld

- zicht op de buitenwereld van binnenuit

#### E. Veiligheid

- personeelsefficiëntie en anders inzetten van personeel versus andere bewakingsmiddelen

- spanningsveld ‘overzicht en helderheid’ ten opzichte van ‘kleinschaligheid en nauw samenleven’

- scheiden van verschillende groepen gedetineerden (fysiek en zicht) in functie van de veiligheid

- nabijheid in functie van een praktische organisatie en de scheiding van bepaalde stromen

- bijzondere aandacht voor beveiliging of een andere vorm van beveiliging in:  
[...]

- F. Kwaliteit van de werkomgeving”.

14. Bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid en mag de Raad van State zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking wijzigen. Dit impliceert echter niet 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. Hij kan daarbij ook nagaan of de inschrijvers gelijk werden behandeld. Uit het “patere legem quam ipse fecisti” beginsel vloeit voort dat de aanbestedende overheid in elk geval bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van offertes gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld: de inhoudelijke beoordeling van de offertes mag alleen gebeuren aan de hand van de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen, zodat geen andere gunningscriteria bij de beoordeling mogen worden betrokken, en de offertes moeten worden beoordeeld op grond van alle in het bestek vermelde gunningscriteria, subcriteria inbegrepen.

Op het eerste gezicht lijkt bij lezing van de omschrijving van het subcriterium “architectuur” in de biedingsleidraad, en de betrokken bepalingen in het performantiebestek met verwerende partij te moeten worden aangenomen dat in tegenstelling tot wat verzoekende partijen lijken te doen gelden, het subcriterium “architectuur” op grond van de biedingsleidraad en het performantiebestek diverse aandachtspunten omvat en zeker niet alleen, noch in hoofdzaak de veiligheid. Het centrale uitgangspunt van het gevangeniscomplex, dat ook weerspiegeld dient te worden in de architectuur, lijkt op het eerste gezicht het streven naar een humane context te zijn. De wijze waarop de architectuur inspeelt op de veiligheid is een van de elementen die daarvoor van belang zijn, naast vele andere zoals de wijze waarop de architectuur de normalisering ondersteunt door bijvoorbeeld het humaan karakter van de cellen, de toegang tot buitenruimtes, het gebruik van daglicht en de wijze waarop het ontwerp de relatie tussen de gevangenis en haar omgeving bewerkstelligt.

Bij de eerste beoordeling van de offertes, wordt ten aanzien van de architectuur van het ontwerp van Cafasso onder meer vermeld:

“Het project vormt een zeer goed begrip van de doelstellingen die het performantiebestek voor ogen heeft. Er is een grote aandacht besteed aan de uitwerking van de principes van de basiswet, de rehabilitatie en re-integratie en aan de vertaling ervan in een nieuw evolutief gevangenismodel.

De soepele inplanting van de entiteiten beperkt moeilijke confrontaties zonder evenwel de nadruk op de scheidingen te leggen en garandeert tegelijkertijd een homogeniteit en coherentie van het geheel. De coherentie van de stedenbouwkundige inplanting loopt door in de architectuur. [...]

De architecturale en functionele vertaling van de menselijke visie op detentie is zeer herkenbaar in de gewaardeerde uitwerking van de leefeenheden en clusters. [...]

Bovendien zorgt de beperking van de schaal, de herkenning en de leesbaarheid en het materiaalgebruik binnen en buiten voor een normale bebouwingsvorm die een grote meerwaarde en positieve connotatie aan de normaliteit van het geheel biedt.

[...]

De passieve veiligheid is verzekerd door de uitwerking van het geheel en bevordert een goed contact tussen gedetineerde en personeel en gedetineerden onderling. De omgevingsfactoren en bouwkundige elementen, de open structuur en zichtlijnen komen de beleving van beveiliging ten goede.

De uitwerking en plaatsing van personeelsruimte is ook bijzonder goed doordacht. De jury merkt wel dat ook in het complex van de werkplaatsen de mogelijke buitenzichten vanuit de werkplaatsen voor het strafhuis of het gebruik van daglicht, beter kunnen worden uitgewerkt.

[...]

Omwille van bovenstaande redenen wordt besloten dat Cafasso Consortium een GROTE meerwaarde biedt, zodat 8 punten worden toegekend”.

Uit deze beoordeling blijkt op het eerste gezicht dat aan de diverse elementen die het subcriterium “architectuur” omvat, aandacht werd besteed in de beoordeling, ook aan het element veiligheid, dat te dezen gunstig werd beoordeeld.

Bij de beoordeling van de gewijzigde offertes wordt uitdrukkelijk aangegeven dat de beoordeling opgenomen in het beoordelingsverslag betreffende de oorspronkelijke offertes sowieso het uitgangspunt blijft van de beoordeling en er wordt blijvend naar de inhoud verwezen, in de mate dat er niet van wordt afgeweken in het beoordelingsverslag met betrekking tot de gewijzigde offertes.

Inzake het subgunningscriterium “architectuur” wordt ten aanzien van de offerte van Cafasso in het beoordelingsverslag van de gewijzigde offertes overwogen:

“Uit de nauwgezette, gedetailleerde aanpassingen blijkt dat er aandachtig werd geluisterd naar de opmerkingen die geformuleerd werden bij de beoordeling van de oorspronkelijke offerte. Het aangepaste ontwerp blijft in de lijn van de oorspronkelijke versie en vormt een zeer goede verbetering.

Het ‘stadhuis’ werd functioneler gemaakt: de circulatiestromen werden vereenvoudigd en ten behoeve van de bezoekers werd de toegang tot de verschillende functies [...] verbeterd.

Het bezoekerscomplex werd aangepast om het comfort van de bezoekers en de gedetineerden te verhogen, de verschillende zones zijn beter geordend en geproportioneerd.

In de detentie-eenheden werden er nauwgezette wijzigingen aangebracht om specifiek te beantwoorden aan de geformuleerde opmerkingen. De uitstekende, functionele leefeenheden zijn thans meer opengewerkt naar buiten toe, zodat er natuurlijk licht binnenvalt. In de eenheid voor moeders met kinderen werden de ramen verlaagd op maat van het kind.

Ook de ateliers zijn nu aangename werkplaatsen met een beter zicht naar buiten toe en meer natuurlijke lichtinval.

De al te sterke tweedeling tussen de sokkels en de gevels werd afgezwakt, wat positief is.

De cellen daarentegen werden niet aangepast: ze zijn goed maar weliswaar traditioneel.

Hoewel het oorspronkelijke project reeds heel goed werd bevonden door de jury, zijn de aangebrachte wijzigingen heel gedetailleerd en vormen ze een geslaagd, kwalitatief hoogstaand project, dat een goed antwoord vormt op het performantiebestek. Dankzij deze verbeteringen is de meerwaarde zichtbaar toegenomen en sterker aanwezig dan bij de andere projecten. De score stijgt dus met twee punten en wordt 10/10”.

Het element veiligheid werd reeds goed bevonden bij de eerste beoordeling, zodat mag worden aangenomen dat Cafasso zijn offerte op dit punt niet diende te verbeteren.

Aldus lijkt het ontwerp van Cafasso op alle architecturale punten gunstig te worden beoordeeld, wat op het eerste gezicht de score van 10/10 lijkt te verklaren en wat overeenstemt met de beoordeling dat het ontwerp een zeer grote meerwaarde biedt ten opzicht van de besteksconformiteit. Hierbij lijkt met verwerende partij te mogen worden vastgesteld dat een beoordeling van 10/10

volgens de beoordelingsmethode in de besteksdocumenten overeenstemt met een offerte die een zeer grote meerwaarde biedt tegenover de loutere besteksconformiteit en dit ook in vergelijking tot de andere ingediende offertes. Daarbij lijkt het op het eerste gezicht inderdaad niet uitgesloten dat ook een offerte die dergelijke beoordeling krijgt, niet als een absoluut “perfecte” offerte wordt beschouwd waarop geen enkele opmerking kan worden gemaakt of die voor geen enkele verbetering meer vatbaar is.

Verzoekende partijen lijken, gelet op het voorgaande, in het bijzonder de beoordeling van de eerste offertes, niet te kunnen worden gevolgd waar zij stellen dat bij de beoordeling van de architectuur het element veiligheid in het architectuurontwerp van Cafasso niet zou zijn onderzocht of dat dit zou zijn doodgezwegen in de beoordeling.

Voorts lijken verzoekende partijen aan te voeren dat het element veiligheid ten onrechte gunstig werd beoordeeld bij het subgunningscriterium “architectuur”, gelet op een opmerking in de beoordelingsverslagen met betrekking tot het subgunningscriterium “exploitatie” en het subgunningscriterium “functionaliteit” in verband met de bewegingsstromen op het centrale dorpsplein.

In het beoordelingsverslag “functionaliteit” met betrekking tot de gewijzigde offertes werden ook een aantal veiligheidsaspecten besproken. Zo werd onder meer geoordeeld dat “Cafasso heeft rekening gehouden met onze eis om een beter beveiligde verdieping uit te werken... Merk ook op dat er een inspanning werd gedaan om het de technologie van het beveiligingsmodel nader toe te lichten. Deze middelen ter bewaking van de gedetineerde, regelen de bewegingsstromen en staan het zelfstandig voortbewegen over de ganse site toe [...]”. Uit dit beoordelingsverslag lijkt aldus te kunnen worden afgeleid dat het aspect veiligheid in de offerte van Cafasso ook vanuit de invalshoek functionaliteit, op verscheidene punten positief werd beoordeeld.

Verzoekende partijen verwijzen in hun verzoekschrift echter naar de overweging:

“Eén van de belangrijkste opmerkingen van de eerste beoordeling was de concentratie van de bewegingsstromen op het ‘dorpsplein’. Bij de aanpassing van de offerte werd deze plek heringericht: er werd ons een schema en een simulatie van de bewegingsstromen bezorgd.

De zachtheid, de omgevingskwaliteit en de visuele kwaliteit die dit aldus omgevormde plein te bieden heeft aan alle ‘dorpsbewoners’ (gevangenen en gedetineerden) zijn positief te noemen. Maar vanuit functioneel oogpunt en op het vlak van de bewegingsstromen kan deze oplossing voor de opdeling ons niet overtuigen”.

Als besluit wordt daarbij gesteld:

“Dit ontwerp biedt nog altijd een grote meerwaarde en het werd verbeterd in functie van onze opmerkingen. Er valt weliswaar een kanttekening te plaatsen bij de inrichting van het dorpsplein, waar de bewegingsstromen nog niet optimaal geregeld lijken”.

In het verslag lijkt aldus duidelijk te worden aangegeven dat vanuit “functioneel” oogpunt, welk subcriterium op het eerste gezicht te onderscheiden is van het subcriterium “architectuur”, de opdeling van de bewegingsstromen om tegemoet te komen aan de concentratie van bewegingsstromen op het dorpsplein geen optimale oplossing lijkt. De offerte krijgt voor dit criterium ook niet de maximumscore, maar een score van 8/10.

In het beoordelingsverslag ten aanzien van het subcriterium “exploitatie” worden de veiligheidsaspecten (evenwicht tussen passieve, actieve en dynamische veiligheid) uitdrukkelijk beoordeeld. Zoals tussenkomende partijen aangeven, lijkt “veiligheid” een belangrijker element te zijn bij de beoordeling van dit subgunningscriterium. Ook hier wordt de veiligheid met betrekking tot de offerte van Cafasso op diverse punten positief beoordeeld, zoals ook blijkt uit de passages geciteerd in het verzoekschrift van tussenkomende partijen. Er wordt echter ook overwogen:

“(iii) beheer van bewegingen

De kandidaat heeft een aantal aanpassingen voorgesteld, rekening houdend met de opmerkingen van de werkgroep, maar de voorgestelde oplossingen in de gewijzigde offerte zijn voor de werkgroep van de FOD Justitie nog niet altijd een optimale situatie.

Het algemene beheer van bewegingen werd wel geoptimaliseerd [...].

Op basis van de voorgestelde compartimentering is een betere beheersing van de diverse stromen mogelijk maar het gebruik van 1 centraal punt voor de doorstroom van alle bewegingen van alle categorieën van gedetineerden blijft voor de werkgroep fundamentele vraagtekens oproepen naar haalbaarheid en veiligheid toe. Het gebruik van het marktplaats voor verplaatsingen in geval van calamiteiten (1 van de 3 opties) legt nogmaals een hypotheek op het vloeiende gebruik ervan. Er dient tevens opgemerkt te worden dat de servicecorridor niet kan gebruikt worden om te anticiperen op calamiteiten. Het gebruik van 2 meter hoge hagen wordt omwille van redenen van veiligheid, zichtbaarheid en gevoel van isolatie niet als de meest opportune oplossing beschouwd”.

Voor dit criterium krijgt de offerte van Cafasso slechts een beoordeling “middelmatic” en aldus 6 punten.

Gelet hierop lijkt in de eerste plaats te kunnen worden vastgesteld dat de opmerkingen waar verzoekende partij naar verwijst in verband met de bewegingsstromen op het eerste gezicht door de aanbestedende overheid niet werden betrokken op de architectuur van het ontwerp en ook niet hoefden te worden betrokken op de beoordeling van de architectuur. De mate waarin de architectuur bijdraagt tot de veiligheid lijkt voldoende te zijn beoordeeld aan de hand van andere elementen.

Daarbij kan ook worden opgemerkt dat de aanleg van een centraal dorpsplein (wat op zich ook als een architecturaal element kan worden beschouwd) op zich volgens de beoordeling niet uitgesloten lijkt op grond van veiligheidsoverwegingen, maar dat de aanbestedende overheid dan van oordeel is dat een oplossing lijkt te moeten worden gevonden voor de verschillende bewegingsstromen met het oog op de functionaliteit en de exploitatie van het gevangeniscomplex. De oplossing die dan door Cafasso werd aangereikt in zijn gewijzigde offerte, namelijk de opsplitsing van de bewegingsstromen op het dorpsplein, wordt vooral vanuit functioneel oogpunt als negatief ervaren en wordt bij de bespreking van dat criterium dan ook minder gunstig beoordeeld met een score van 8/10. Evenzo wordt deze oplossing bij de beoordeling van de veiligheid vanuit het oogpunt van de exploitatie als minder goed beoordeeld, alsook het aanbrengen van hoge hagen wat ook bij dat criterium geleid heeft tot een minder gunstige quotering van “middelmatic meerwaarde” of slechts 6/10.

Bijgevolg lijkt hieruit te kunnen worden afgeleid dat verzoekende partijen niet kunnen worden gevolgd waar zij aanvoeren dat de aanbestedende overheid niet anders kon dan bij de beoordeling van de architectuur opnieuw dezelfde opmerking te betrekken inzake de niet ideale opsplitsing van de bewegingsstromen op het centrale plein en hier aldus nogmaals een mindere score voor toe te kennen. Op het eerste gezicht lijken ten aanzien van de veiligheid andere elementen te zijn beoordeeld bij het subcriterium “architectuur “ en verzoekende partijen tonen daarbij niet aan dat de aanbestedende overheid, gelet op de omschrijving van het subcriterium “architectuur” in de besteksdOCUMENTEN en gelet op de beoordeling van de andere subgunningscriteria kwaliteit, daarbij de grenzen van een redelijke beoordeling zou hebben overschreden. Bovendien dient deze opmerking ook te worden gerelativeerd, aangezien tussenkomende partijen er in hun verzoekschrift ook op wijzen dat zij reeds in een dubbele bewegingsstroom voorzien, meer bepaald op het plein en door een tunnel. Naast de compartimentering van de bewegingsstromen op het plein, beschikt het ontwerp van Cafasso aldus op het eerste gezicht ook over een dubbele bewegingsstroom, namelijk over de tunnel.

De opmerking die ten aanzien van de offerte van verzoekende partijen wordt gemaakt bij de beoordeling van de architectuur, lijkt in tegenstelling tot het probleem van de bewegingsstromen, in essentie wel een architecturaal element te zijn, waarvan verzoekende partijen bovendien niet aantonen dat het reeds bij de beoordeling van een ander subcriterium bestraft zou zijn geweest. Er wordt immers in het beoordelingsverslag met betrekking tot de eerste offertes geoordeeld, “ de ruimtelijke kwaliteit van deze plekken is zwak gelet op hun zeer grote lengte en de aanwezigheid van de afsluithekken die ze omvormen tot ‘kooien’. Het principe van de normaliteit wordt niet weerspiegeld in deze architecturale oplossing”. Uit deze laatste overweging blijkt ook het belang dat bij de beoordeling van de architectuur werd gehecht aan de mate waarin deze bijdroeg tot de normaliteit van de detentie. Hetzelfde lijkt te gelden voor de opmerking bij de beoordeling van de gewijzigde offerte van verzoekende partijen dat sommige traliewerken te prominent aanwezig zijn.

Bijgevolg lijkt het middel in dit opzicht niet ernstig.

15. Wat betreft de kritiek van verzoekende partijen dat de nodige aanpassingen in verband met de bewegingsstromen niet inpasbaar lijken binnen het kader van finale contractsbesprekingen en gelet op hun bijkomende investeringskost ook de beoordeling van het prijs criterium aantasten, kan het volgende worden opgemerkt.

Verwerende partij geeft in haar nota aan dat de vastgestelde tekortkomingen kunnen worden verholpen door eenvoudige mitigerende maatregelen die passen binnen de finale contractsbesprekingen. Zij wijst bijvoorbeeld op de mogelijkheid van het verlagen en verdunnen van de hagen en de verplaatsing van het reeds voorziene fijnmazige hekken. In de huidige stand van het geding lijkt aldus op het eerste gezicht niet te kunnen worden uitgesloten dat de aanbestedende overheid slechts beperkte aanpassingen zal verlangen van de offerte van Cafasso, die dan ook eventueel geen weerslag zullen hebben op de beoordeling van het prijs criterium. Tussenkomen de partijen lijken in ieder geval ook te kunnen worden gevolgd waar zij stellen dat verzoekende partijen niet op evidente wijze aantonen dat het nodig zou zijn om het principe van de galerijen uit de offerte van verzoekende partijen over te nemen, met de daarbij horende investeringskost, ongeacht hoe deze wordt begroot, te meer daar het ontwerp van Cafasso ook reeds in een dubbele bewegingsstroom zou voorzien over het plein en door een tunnel.

Ook op dit punt mist het middel aldus de nodige ernst.

Het tweede middel is niet ernstig.

### *C. Derde middel*

#### *Uiteenzetting*

16. Verzoekende partijen verwoorden het middel als volgt:

“schending van artikel 122ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, schending van de beginselen van behoorlijk bestuur m.n. het redelijkheidsbeginsel, schending van het beginsel patere legem quam ipse fecisti, schending van de materiële motiveringsplicht

doordat verwerende partij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking heeft georganiseerd met als voorwerp de opdracht met name een DBFM-ontwerp, bouw, financiering en onderhoud van een nieuw gevangeniscomplex te Haren;

doordat na de ontvangst van de gewijzigde offertes verwerende partij door middel van de bestreden beslissing enerzijds een voorkeursbieder heeft aangeduid, met name belanghebbende partij, en, anderzijds, de offertes van verzoekende partij en van de SPC Brussels Prison, definitief heeft uitgesloten;

doordat in de bestreden beslissing bijgevolg de offerte van verzoekende partij definitief wordt uitgesloten van deelname aan de onderhandelingsprocedure;

doordat verwerende partij hierbij haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid aanwendt in toepassing van randnummer 2.6., voorlaatste alinea van de biedingsleidraad;

doordat als materiële motivering voor de definitieve uitsluiting van verzoekende partij, wordt gewezen op het feit dat er geen redenen voorliggen om aan te nemen dat de finale contractsbesprekingen met belanghebbende partij niet tot een gunstig einde zouden kunnen worden gebracht, enerzijds, en dat, anderzijds, het wenselijk is om aan verzoekende partij reeds mee te delen wat haar definitieve rangschikking is en haar kennis te geven van de redenen die hebben geleid tot de aanduiding van de voorkeursbieder;

terwijl het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid niet uitsluit dat verwerende partij ertoe gehouden is deze uitoefening op draagkrachtige en deugdelijke motieven te steunen, waarbij naar analogie wordt verwezen naar de rechtspraak betreffende artikel 18, eerste lid van de wet van 24 december 1993; [...]

terwijl geen van de door verwerende partij aangevoerde motieven een deugdelijke grondslag vormt om de offerte van verzoekende partij op definitieve wijze uit de gunningsprocedure uit te sluiten;

terwijl immers de offerte van verzoekende partij op basis van een beoordeling van de gunningscriteria een score van 78,53/100 heeft behaald, d.w.z. een grote onderscheiding, met slechts een verschil van 1,58 punten t.a.v. de score van de offerte van belanghebbende partij;

terwijl bovendien randnummer 2.9. van de biedingsleidraad voorziet dat kandidaten die definitief werden uitgesloten door verwerende partij niet meer in kennis dienen te worden gesteld van de nog tussen te komen gunningsbeslissing na finale onderhandelingen en bijgevolg geen aanspraak meer kunnen maken op de preventieve rechtsbescherming zoals voorzien in boek IIbis van de wet van 24 december 1993 op het tijdstip van het tussenkomen van de gunningsbeslissing;

terwijl gegeven het geringe verschil tussen de quotering van de offerte van belanghebbende partij en de quotering van de offerte van verzoekende partij, m.n. 1,58 punten helemaal niet kan worden uitgesloten dat n.a.v. de finale contractsonderhandelingen, wijzigingen en aanpassingen worden aangebracht dit tot gevolg hebben dat dit verschil alsnog wordt overbrugd of teniet gedaan, minstens dat verzoekende partij het recht heeft om, op

basis van een kennisgeving van de finale gunningsbeslissing na te gaan of verwerende partij bij het voeren van de onderhandelingen de bepalingen opgenomen onder randnummer 2.8. van de biedingsleidraad heeft nageleefd en m.n. het voorwerp van de contractsbesprekingen heeft beperkt tot het nog verder optimaliseren van de prijs/kwaliteitsverhouding voor de aanbestedende overheid, het verwerken van bepaalde opmerkingen de vreemdvermogensverstrekker in de contractsdocumenten en het definitief op punt stellen van de contractsdocumenten. zodat de Bestreden Beslissing, in de mate dat zij Verzoekende partij in deze fase van de gunningsprocedure definitief uitsluit artikel 122ter van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, juncto de beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht schendt”.

In de toelichting bij hun middel betogen verzoekende partijen dat hun offerte na de laatste rangschikking een score van 78,53/100 behaalde of een grote onderscheiding. Vanuit kwalitatief oogpunt lijken er dan geen motieven voor te liggen die de uitsluiting van de offerte van verzoekende partijen verantwoorden. Bovendien is er slechts een verschil tussen Cafasso en verzoekende partijen van 1,58 punten.

Voor zover de aanbestedende overheid gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire bevoegdheid op grond van artikel 2.7 van de biedingsleidraad, blijkt niet dat deze beoordelingsbevoegdheid steunt op deugdelijke en redelijke motieven die de wettigheidstoets doorstaan.

Het motief dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de finale contractsbesprekingen met Cafasso niet tot een gunstig einde zouden kunnen worden gebracht en dit meer bepaald in het licht van de verduidelijkingen die reeds door Cafasso werden verstrekt, vindt geen steun in artikel 2.8 van de biedingsleidraad.

Ook het motief dat het wenselijk is verzoekende partijen reeds mee te delen wat hun definitieve rangschikking is en van de redenen die hebben geleid tot de keuze van de voorkeursbieder is niet deugdelijk aangezien in essentie enkel wordt verwezen naar de wettelijke informatieverplichting.

Ten aanzien van hun belang bij het middel wijzen verzoekende partijen er op dat hun als gevolg van de definitieve uitsluiting van hun offerte het recht worden ontzegd op een informatieverlening wat betreft de uiteindelijk tussen te komen gunningsbeslissing. Nochtans hebben zij er belang bij kennis te kunnen nemen van de uiteindelijke gunningsbeslissing en te kunnen beoordelen of de aanbestedende overheid bij de finale contractsbesprekingen de grenzen van haar onderhandelingsmogelijkheden is nagekomen, meer bepaald het verder optimaliseren van de prijs/kwaliteitsverhouding en het verwerken van bepaalde opmerkingen van de vreemd vermogensverstrekkers in de contractsdocumenten.

### *Beoordeling*

17. In het beoordelingsverslag met betrekking tot de gewijzigde offertes waarnaar in de bestreden beslissing uitdrukkelijk wordt verwezen, wordt overwogen:

“De aanbestedende dienst acht het niet opportuun om de consortia SPC Brussels Prison en Strabag-Sodexo in de zogenaamde ‘wachtkamer’ te laten, in afwachting van het succesvol afronden van de finale contractsbesprekingen met de voorkeursbieder en de daaropvolgende gunningsbeslissing, contractsluiting en financial close. In de eerste plaats bestaan er geen redenen om aan te nemen dat de finale contractsbesprekingen met Cafasso niet tot een gunstig einde zouden kunnen worden gebracht, met name nu er voorafgaand aan de aanduiding als voorkeursbieder reeds om verduidelijking is gevraagd t.a.v. die elementen uit het financieel gedeelte van de gewijzigde offerte die desgevallend de finale contractsbesprekingen hadden kunnen vertragen (zie paragraaf 1.7 (a)). Daarnaast wordt het aangewezen geacht om de consortia SPC Brussels Prison en Strabag-Sodexo nu reeds mee te delen wat hun definitieve rangschikking is en hen kennis te geven van de redenen die tot de aanduiding van de voorkeursbieder aanleiding hebben gegeven”.

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. Daarnaast is de aanbestedende overheid op grond van het *patere legem*-beginsel er tevens toe gehouden om haar eigen bestek te eerbiedigen.

Het geschonden geachte artikel 122*ter* van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt in zijn derde paragraaf:

“§3. De aanbestedende overheid kan bepalen dat de onderhandelingsprocedure in opeenvolgende fases verloopt, teneinde het aantal offertes waarover onderhandeld moet worden, te beperken door toepassing van de gunningscriteria die in de aankondiging van de opdracht of in het bestek zijn vermeld. Het gebruik van deze mogelijkheid wordt vermeld in de aankondiging van opdracht of in het bestek”.

Artikel 122*ter* van voormeld koninklijk besluit laat aldus toe dat een onderhandelingsprocedure in fases verloopt waarbij door toepassing van de gunningscriteria, inschrijvers worden uitgesloten, om het aantal offertes waarover onderhandeld wordt, te beperken.

Te dezen bepaalt de biedingsleidraad met betrekking tot het verloop van de onderhandelingsprocedure onder meer dat de kandidaten een offerte indienen, waarna deze offertes worden beoordeeld aan de hand van het voldoen aan de minimale eisen en aan de hand van de gunningscriteria. Vervolgens vindt een eerste onderhandelingsronde plaats:

- “• Op grond van de resultaten van de beoordeling van de offertes zal de aanbestedende dienst in beginsel twee kandidaten uitnodigen om deel te nemen aan één of meerdere onderhandelingsronde(n) en om een gewijzigde offerte (houdende een definitief en bindend financieringsvoorstel) in te dienen, met het oog op optimalisatie van de eerste offertes die hoe dan ook steeds het vertrekpunt van onderhandelingen vormen. De aanbestedende dienst zal, op basis van deze onderhandelingsronde(n) en de gewijzigde offerte, in beginsel overgaan tot aanduiding van een voorkeursbieder,
- De aanbestedende dienst behoudt zich echter expliciet het recht voor om: Meer dan twee kandidaten uit te nodigen, met name indien de kandidaten zich onvoldoende van elkaar onderscheiden. Door de daartoe uitgenodigde kandidaten een gewijzigde offerte te laten indienen zonder een definitief en bindend financieringsvoorstel.
- Indien de voormelde gewijzigde offertes vooralsnog niet toelaten om een voorkeursbieder aan te duiden, kan de aanbestedende dienst één of meer bijkomende onderhandelingsronde(n) inlassen en / of één of meer bijkomende gewijzigde offerte(s) (al dan niet houdende een definitief en bindend financieringsvoorstel) uitvragen.

De aanbestedende dienst zal, op basis van deze bijkomende onderhandelingsronde(n) en de bijkomende gewijzigde offerte(s), overgaan tot aanduiding van een voorkeursbieder.

- De aanbestedende dienst behoudt zich daarnaast hoe dan ook het recht voor om, zonder daartoe gebonden te zijn, eventueel direct na beoordeling van de eerste offertes een voorkeursbieder aan te duiden, die, in het licht van de gunningscriteria, de meest voordelige offerte heeft ingediend. Aldus zullen er, in afwijking van het voorgaande, geen onderhandelingsronde(s) en gewijzigde offerte(s) tussenkomen.

In geval van een of meer gewijzigde offerte(s) zal de aanbestedende dienst, na een controle conform de paragrafen 2.5.1 en 2.5.2 van de voorliggende biedingsleidraad te hebben doorgevoerd, de gewijzigde offerte(s) beoordelen op basis van de gunningscriteria zoals hierboven weergegeven, m.o. o. de aanduiding van een voorkeursbieder.

De onderhandelingsronde(n) en de gewijzigde offertes zullen niet tot gevolg mogen hebben dat afbreuk wordt gedaan aan de elementen van de offerte die tot gevolg hebben gehad dat de kandidaat werd weerhouden voor deze onderhandelingen en de uitnodiging om een gewijzigde offerte in te dienen. De aanbestedende dienst behoudt zich evenwel het recht voor om, met het oog op een globale verbetering van de offertes, het Bestek op een aantal punten waar nuttig of noodzakelijk aan te passen. De aanbestedende dienst zal daarbij handelen in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel en de wijzigingen zullen niet van die aard mogen zijn dat de vergelijking op grond waarvan de kandidaten na de eerste fase werden aangehouden, niet meer geldig zou zijn.

De kandidaten waarvan de offerte niet (één van) de meest voordelige is bevonden, en die zodoende niet zijn uitgenodigd voor de onderhandelingsronde(n) en/of het indienen van (een) gewijzigde offerte(s), kunnen al, reeds in dit stadium, worden uitgesloten van het vervolg van de procedure. Zij zullen hiervan ingelicht worden via aangetekend schrijven, met vermelding van de termijn binnen dewelke — conform aan boek IIbis van de Wet van 24 december 1993 — ze een beroep tegen deze beslissing kunnen in dienen en binnen dewelke de aanbestedende dienst met zekerheid niet tot contractsluiting zal overgaan.

Om als voorkeursbieder te kunnen worden aangeduid, eventueel na het inlassen van één of meer onderhandelingsronde(n) en/of één of meer gewijzigde offerte(s) zoals hierboven vermeld, mag de contante waarde van de Bruto Vergoeding uit diens (gewijzigde) offerte — zoals bepaald onder paragraaf 3.2 van onderhavige biedingsleidraad — maximaal 20% meer bedragen dan de laagste aangeboden contante waarde van de Brutovergoeding (van een nog niet uitgesloten (gewijzigde) offerte die volledig is, formeel regelmatig en voldoet aan de minimale eisen)

2.7. [...]

## 2.8 Finale contractbesprekingen met de voorkeursbieder

De aanbestedende dienst zal met de voorkeursbieder nog finale contractbesprekingen aangaan.

Het voornaamste doel van deze finale contractbesprekingen zal erin bestaan waar mogelijk de prijs/kwaliteitsverhouding voor de aanbestedende dienst nog verder te optimaliseren, het verwerken van bepaalde opmerkingen van de vreemd vermogensverstrekkers in de contractdocumenten en het definitief op punt stellen van de contractdocumenten.

Indien de eventuele besprekingen — om welke reden ook — niet binnen een termijn van 2 maanden (vanaf de dag na aanduiding als voorkeursbieder) tot overeenstemming leiden, behoudt de aanbestedende dienst zich het recht voor, zonder hiertoe verplicht te zijn, de besprekingen stop te zetten, de betrokken voorkeursbieder aldus te weren en een nieuwe voorkeursbieder aan te duiden, overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 2.6 van onderhavige biedingsleidraad, inclusief de mogelijkheid tot het inlassen van één of meer onderhandelings-ronde(n) en/of één of meer gewijzigde offerte(s) voorzien in voornoemde paragraaf.

## 2.9. Gunningsbeslissing

De aanbestedende dienst beslist vervolgens formeel over de gunning van de Opdracht.

Na de gunningbeslissing kan de uiteindelijke DBFM-overeenkomst nog worden gepreciseerd, gewijzigd of aangevuld — op grond van onvoorziene omstandigheden, vreemd aan de Kandidaat, die zich zouden voordoen na de gunningbeslissing — alvorens tot ondertekening van de overeenkomst (d.i. "contractsluiting") over te gaan.

De kandidaten wiens offerte of gewijzigde offerte — in voorkomend geval na de finale contractbesprekingen - niet werd beoordeeld als meest voordelige en die niet eerder werden uitgesloten, worden op dit moment expliciet per aangetekend schrijven van dit feit en van de gemotiveerde gunningbeslissing op de hoogte gebracht, met vermelding van de termijn binnen dewelke — conform aan boek IIbis van de Wet van 24 december 1993 — ze een beroep tegen deze beslissing kunnen in dienen en binnen dewelke de aanbestedende dienst met zekerheid niet tot contractsluiting zal overgaan".

18. Met de bestreden beslissing wordt na de indiening van de gewijzigde offertes een voorkeursbieder aangewezen, waarbij de andere kandidaten worden uitgesloten van de verdere procedure.

Dit lijkt niet in strijd te zijn met de biedingsleidraad, te dezen niet als dusdanig aangevochten, nu deze werkwijze lijkt te zijn vervat in zijn paragraaf 2.6. De biedingsleidraad laat aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid om

de kandidaten die niet als voorkeursbieder worden aangewezen na het indienen van de gewijzigde offertes, uit te sluiten van de verdere procedure, maar legt hiertoe geen verplichting op. Er weze echter nogmaals aan herinnerd dat het bij de onderhandelingsprocedure in principe aan de aanbestedende overheid toekomt te bepalen hoe deze zal verlopen. Bij het organiseren van de onderhandelingsprocedure dient de aanbestedende overheid wel de gelijke behandeling van de kandidaten en het transparantiebeginsel te vrijwaren zoals die van toepassing zijn bij de gunning van overheidsopdrachten en lijkt de Raad van State binnen zijn toetsingsbevoegdheid desgevraagd ook te kunnen nagaan of de aanbestedende overheid hierbij de grenzen van een redelijke beoordeling niet is te buiten gegaan. In de mate dat aldus de aanbestedende overheid na het voeren van onderhandelingen de beslissing neemt om een kandidaat verder uit te sluiten van onderhandelingen, lijkt de Raad van State desgevraagd ook ten aanzien van deze beslissing te mogen beoordelen of hierbij de vermelde beginselen werden gerespecteerd.

19. De beslissing om verzoekende partijen uit te sluiten van de procedure wordt gemotiveerd vanuit de overweging dat de offerte van Cafasso als eerste werd gerangschikt en Cafasso dus als voorkeursbieder wordt aangewezen en dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat er niet tot contractsluiting zal kunnen worden overgegaan met deze kandidaat. Voorts wijst de aanbestedende overheid op het gegeven dat op deze wijze onmiddellijk aan de kandidaten wordt meegedeeld wat hun definitieve rangschikking is en hun kennis wordt gegeven van de redenen die tot de aanwijzing van de voorkeursbieder aanleiding hebben gegeven. In haar nota wijst verwerende partij er op dat de reden voor het nu reeds meedelen van de motivering voor de uitgebrachte beoordeling en rangschikking erin ligt dat de kandidaten waarmee niet verder onderhandeld wordt, niet moeten wachten tot de eigenlijke gunningsbeslissing en zich reeds op grond van de betrokken motieven in rechte kunnen voorzien. Voor de aanbestedende overheid brengt dit mee dat vermeden wordt dat de gevoerde onderhandelingen, in geval van schorsing, een eerlijke mededinging in het vervolgtraject zou hypothekeren.

Er kan op worden gewezen dat zoals gezegd, het bestek in de mogelijkheid voorzag om na de beoordeling van de gewijzigde offertes, een voorkeursbieder aan te wijzen en dat in dat geval het mogelijk was dat de andere

kandidaten definitief zouden worden uitgesloten. Daarbij dient ook te worden vastgesteld dat op het eerste gezicht de aanbestedende overheid te dezen na indiening van de eerste offertes, verzoekende partijen betrokken heeft in de onderhandelingen en de mogelijkheid heeft geboden een gewijzigde offerte in te dienen. Verzoekende partijen waren er van op de hoogte, gelet op de weergave van het procedureverloop in de biedingsleidraad, dat het de bedoeling was na de beoordeling van de gewijzigde offertes een voorkeursbieder aan te wijzen, en dat zij aldus om in aanmerking te komen als voorkeursbieder, hun beste voorstel moesten indienen. De gewijzigde offerte diende trouwens ook een definitief gecommitteerd financieringsvoorstel te omvatten, volgens de instructies gewijzigde offerte – deel 2, bladzijde 12.

Het lijkt aldus op het eerste gezicht niet onzorgvuldig van de aanbestedende overheid om in deze fase van de procedure slechts met één kandidaat meer te onderhandelen, namelijk de kandidaat die het beste gerangschikt werd, teneinde te komen tot contractssluiting. Er lijkt niet van een aanbestedende overheid te kunnen worden verwacht dat zij blijft onderhandelen met alle inschrijvers van toch nog als goed beoordeelde offertes. Dit lijkt net in tegenspraak te zijn met de mogelijkheid die wordt geboden in voormeld artikel 122<sup>ter</sup>, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Het feit dat de offerte van verzoekende partijen een “grote onderscheiding” behaalt en dat er slechts een puntenverschil van 1,58 punten bestaat tussen de offerte van verzoekende partijen en de voorkeursbieder ten aanzien van het financieel criterium, lijkt op het eerste gezicht er niet toe te leiden dat de aangevochten beslissing de perken van de redelijkheid te buiten gaat. Daarbij kan worden vastgesteld dat er zelfs na onderhandelingen en verbeterde offertes toch nog een eventueel klein, maar niet te verwaarlozen verschil tussen beide offertes bleef bestaan. De aanbestedende overheid lijkt hierbij te hebben mogen oordelen dat de offerte van Cafasso meer concurrentieel was dan die van verzoekende partijen en dat zij over voldoende informatie beschikte om ervan uit te gaan dat deze kandidaat de beste offerte indiende rekening houdende met de criteria opgenomen in de besteksdocumenten en dat zij aldus met deze kandidaat tot contractssluiting zou kunnen overgaan na finalisering van de contractsbesprekingen. Daarbij kan ook worden opgemerkt dat bij de bespreking van het tweede middel is gebleken dat de technische aanpassingen die eventueel nog dienen te gebeuren aan het ontwerp van Cafasso op het eerste

gezicht geen weerslag zullen hebben op de beoordeling van het financieel criterium aangezien de contante waarde van de bruto vergoeding hierdoor niet verhoogd zou worden. Er worden in deze stand van het geding ook geen elementen aangebracht die er op wijzen dat de eventuele wijzigingen aan de offerte van de voorkeursbieder niet zouden passen binnen de contouren van finale contractsbesprekingen en een weerslag zouden kunnen hebben op de rangschikking. Er lijkt dan ook geen schending van het gelijkheidsbeginsel voor te liggen.

Gelet op het voorgaande en gelet op de gegevens in het gehele administratief dossier waarop de Raad van State acht heeft geslagen tonen verzoekende partijen op het eerste gezicht dan ook niet aan dat de aanbestedende overheid, door te overwegen dat er geen redenen bestaan om aan te nemen dat de finale contractsbesprekingen met Cafasso niet tot een gunstig einde zouden kunnen worden gebracht nu er voorafgaand aan de aanwijzing als voorkeursbieder reeds om verduidelijking is gevraagd t.a.v. die elementen uit het financieel gedeelte van de gewijzigde offerte die eventueel de finale contractsbesprekingen hadden kunnen vertragen, de grenzen van een redelijke beoordeling is te buiten gegaan.

Voorts tonen verzoekende partijen op het eerste gezicht ook niet aan dat de aanbestedende overheid, door te overwegen dat het passend werd geacht wordt om SPC Brussels Prison en verzoekende partijen nu reeds mee te delen wat hun definitieve rangschikking is en hun kennis te geven van de redenen die tot het aanwijzen van de voorkeursbieder aanleiding hebben gegeven, zodat de kandidaten waarmee niet verder onderhandeld wordt, niet moeten wachten tot de eigenlijke gunningsbeslissing en zich reeds op grond van de motieven in rechte kunnen voorzien, zodat een eerlijke mededinging in het vervolgtraject niet gehypothekeerd wordt, de grenzen van een redelijke beoordeling zou te buiten zijn gegaan.

20. Wat ten slotte de door verzoekende partijen aangehaalde problematiek van de informatieverstrekking bij het nemen van de uiteindelijke gunningsbeslissing betreft, kan op het eerste gezicht worden vastgesteld dat eventueel daaraan klevende gebrekkigheden in geen geval de wettigheid van de huidige beslissing tot aanwijzing van een voorkeursbieder en tot uitsluiting van verzoekende partijen kunnen aantasten.

## *VII. Besluit*

21. 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 MacQuarie Capital Group Limited, Vialia Sociedad Gestora De Concesiones De Infraestructuras SL, de SA FCC Construcción en de nv Denys tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State verworpt de vordering.**

**3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 525 euro, elk voor een derde.**

**De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 500 euro, elk voor een vierde.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 juli 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,  
bijgestaan door

Frank Bontinck, griffier.

**De griffier**

**De voorzitter**

**Frank Bontinck**

**Dierk Verbiest**