

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 230.550 van 17 maart 2015

in de zaak A. 214.976/XII-7833

In zake: 1. de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN HIMPE
2. de BVBA VANDEWYNCKEL KAREL ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1070 Brussel
Ninoofsesteenweg 643
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF DE KOUTER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 februari 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van 26 januari 2015 van het directiecomité van [het Autonoom Gemeentebedrijf De Kouter] houdende goedkeuring van het conformiteits- en beoordelingsverslag ‘Ontwerp en realisatie van een gevechtssportenhallen inclusief omgevingswerken’, houdende de wering van de offerte van [de nv Algemene Ondernemingen Himpe en de bvba Vandewynckel Karel Architecten] als substantieel onregelmatig en de uitsluiting van verdere deelname van [de nv Algemene Ondernemingen Himpe en de bvba Vandewynckel Karel Architecten] aan de onderhandelingsprocedure, alsook houdende de uitnodiging van de voorkeursbieder om finale onderhandelingen te voeren en tot een verbeterd voorstel te komen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 maart 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Isabelle Cooreman, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Tom Villé en Riet Straetmans, die *loco* advocaat Barteld Schutyser verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Op 12 maart 2014 beslist het Autonoom Gemeentebedrijf De Kouter om een overheidsopdracht uit te schrijven voor het ontwerp en de realisatie van een gevechtssportenhallen inclusief omgevingswerken.

De opdracht omvat onder meer de volgende diensten en werken:

- “- Opmaken van een bouwkundig ontwerp voor de bouw van een gevechtssportenhallen, inclusief burelen voor de sportdienst.
- Opmaken van een bouwkundig ontwerp voor de uitbreiding van de parking sportzone, kant Ouderdomseweg, inclusief de afbraak van de voormalige conciërgewoning Ouderdomseweg en alle bijhorende omgevingswerken incl. verplaatsen Fins looppad.
- Opmaken van een technisch ontwerp voor de energetische optimalisatie van de technieken in de twee bestaande sporthallen, met uitzondering van de

verlichting. De opdracht bevat dus een evaluatie van de bestaande technieken in de twee reeds aanwezige sporthallen, waarbij het de bedoeling is dat de technische installaties gemoderniseerd worden met het oog op een optimale duurzaamheid. Bij voorkeur wordt een nieuwe technische installatie ontworpen en gerealiseerd die zowel de bestaande sporthallen als de nieuw te bouwen zaal kan bedienen.

- Bouwen en inrichten van de ontworpen gevechtssportzaal, aanleg van de ontworpen parking en omgevingswerken, aanpassen van de ontworpen technieken in de bestaande sporthallen”.

De opdracht omvat “de architectuur, het technisch ontwerp, de stabiliteitswerken, EPB, de veiligheidscoördinatie ontwerp en verwezenlijking, de ruwbouw, de technische uitrusting, de afwerking, de vaste binneninrichting zowel wat betreft de sportinfrastructuur als wat betreft de burelen, de aanleg en uitbreiding van de parking en de omgevingswerken (inclusief verplaatsen Fins looppad)”.

Als gunningswijze wordt gekozen voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking met toepassing van artikel 26, § 2, 1°, b), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006).

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 17 maart 2014.

3.3. Er worden vier kandidaatstellingen ingediend. Op 2 juni 2014 beslist de verwerende partij om alle kandidaten voor het verdere verloop van de onderhandelingsprocedure te selecteren.

Bij brief van 23 juni 2014 worden de kandidaten hiervan in kennis gesteld en worden zij uitgenodigd om een offerte in te dienen op grond van het bestek dat als bijlage bij dit schrijven is gevoegd.

3.4. Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

Gunningscriterium	Maximaal te behalen punten
1. Totaalprijs voor de opdracht,	40 punten

bestaande uit de prijs voor het ontwerp en de bouw van de Gevechtssportenhallen, de prijs voor de Omgevingsaanleg en de prijs voor de energetische optimalisatie van de technieken in de twee bestaande sporthallen	
2. Kwaliteit van het ontwerp Subcriteria 1. Organisatorisch geheel – functionaliteit (30 punten) 2. Bouwkwiteit en technische kwaliteit (30 punten)	60 punten

De offertes dienen volgens het bestek uiterlijk op 15 oktober 2014 om 12 u te zijn ingediend. Het bestek voorziet tevens in de mogelijkheid tot schriftelijke vraagstelling uiterlijk één maand voor de uiterste indieningsdatum van de offertes en kondigt aan dat de antwoorden op de vragen aan alle inschrijvers zullen worden meegedeeld (punten 10.2 en 10.3 bestek).

3.5. Bij brief van 3 juli 2014 bezorgt de verwerende partij aanvullend nog een aantal documenten, meer bepaald een plan inzake de ligging van de nutsleidingen en vijf OVAM attesten, die integraal deel uitmaken van het bestek.

3.6. Bij e-mailbericht van 11 juli 2014 stellen de verzoekende partijen een aantal vragen met betrekking tot het bestek.

De antwoorden op de vragen worden opgenomen in een nota van toelichting die bij e-mail van 10 september 2014 aan de geselecteerde kandidaten wordt bezorgd.

Tevens wordt op vraag van de verzoekende partijen de uiterlijke termijn voor het indienen van de offertes verlengd tot 28 november 2014.

3.7. Bij e-mailbericht van 29 september 2014 informeren de verzoekende partijen naar de mogelijkheid om de bestaande toestand technieken in de sporthal te bezoeken.

De nota van toelichting wordt vervolgens aangevuld met de mogelijkheid van een plaatsbezoek en op 3 oktober 2014 opnieuw aan alle kandidaat-inschrijvers bezorgd. Het plaatsbezoek van de verzoekende partijen vindt plaats op 9 oktober 2014.

3.8. Bij e-mailberichten van 15 en 16 oktober 2014 wordt een “beproeavingsverslag grondonderzoek” aan de geselecteerde kandidaten bezorgd.

3.9. Uit e-mailcorrespondentie van 17 en 20 oktober 2014 blijkt dat de verzoekende partijen vervolgens nog vergeefs contact hebben opgenomen met een personeelslid van de stad Poperinge om de plannen van de bestaande sporthal te bekomen.

3.10. Vervolgens dienen enkel de verzoekende partijen en bouwbedrijf Furnibo-Architectenbureau Luk Derycke een offerte in.

3.11. In het conformiteits- en beoordelingsverslag van 26 januari 2015 wordt voorgesteld om de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig te verklaren omdat een aantal afwijkingen in de offerte zouden ingaan tegen het essentieel forfaitair karakter van de totaalprijs van de opdracht en om bouwbedrijf Furnibo-Architectenbureau Luk Derycke aan te wijzen als voorkeursbieder.

3.12. Op 26 januari 2015 beslist de verwerende partij om overeenkomstig het conformiteits- en beoordelingsverslag de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig te verklaren, om deze deelnemer van verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure uit te sluiten en om het basisvoorstel van het bouwbedrijf Furnibo-Architectenbureau Luk Derycke te “weerhouden” en deze deelnemer tot de volgende fase van de gunningsprocedure uit te nodigen met het oog op het voeren van de voorkeursoronderhandelingen.

Bij aangetekende brief van 27 januari 2015 en e-mail van 29 januari 2015 wordt de voormelde beslissing aan de verzoekende partijen meegedeeld. Als bijlage wordt een uittreksel gevoegd van het conformiteits- en beoordelingsverslag.

IV. Regelmatigheid van de procedure

4.1. De verzoekende partijen hebben een “replik- en pleitnota” ingediend. Dit stuk is niet voorgeschreven door de procedureregeling noch is er door de Raad van State om gevraagd. Voorts blijkt het slechts de dag vóór de terechtzitting van 10 maart 2015 aan de Raad van State en aan de verwerende partij te zijn bezorgd, terwijl de verzoekende partijen niet betwisten dat het administratief dossier reeds vanaf 24 februari 2015 op de griffie ter inzage was.

4.2. Het stuk wordt zoals de verwerende partij terecht vraagt, buiten het debat gehouden, alleen al wegens het niet tijdig indienen ervan. De aanvaarding ervan zou het recht op tegenspraak van de verwerende partij op onevenredige wijze beperken en het stuk heeft zich aldus ook onttrokken aan gedegen onderzoek door het auditoraat.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 24, 25, 26 en 27 van de wet van 15 juni 2006, van de artikelen 100, 101, 107 en 111 en volgende van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 10 en 12 van het bijzonder bestek “Ontwerp en realisatie van een gevechtssportenhallen inclusief omgevingswerken”, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel, het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het *patere legem*-beginsel. Met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, voeren zij tevens de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag van “het Besluit van 12 maart 2014 houdende de keuze door verwerende partij van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking als gunningswijze” aan en machtsoverschrijding.

De verzoekende partijen achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, eerste onderdeel, verwerende partij in het kader van een onderhandelingsprocedure ten onrechte de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partijen heeft onderzocht deze offerte vervolgens ten onrechte heeft geweerd als vermeend substantieel onregelmatig en verzoekende partijen ten onrechte heeft uitgesloten van verdere deelneming aan de onderhandelingsprocedure;

En doordat, tweede onderdeel, voor de gunning van deze opdracht ten onrechte gekozen heeft voor een onderhandelingsprocedure om vervolgens ten onrechte de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partijen te onderzoeken, haar offerte vervolgens ten onrechte te weren als vermeend substantieel onregelmatig en verzoekende partijen ten onrechte uit te sluiten van verdere deelneming aan de onderhandelingsprocedure;

Terwijl, eerste onderdeel, de bepalingen inzake de regelmatigheid van offertes, inzake het regelmatigheidsonderzoek en de sanctionering van onregelmatige offertes niet van toepassing zijn op opdrachten gegund via onderhandelingsprocedure en in casu ook niet van analoge toepassing verklaard werden in de opdrachtdocumenten;

En terwijl, tweede onderdeel, verwerende partij voor de gunning van deze opdracht beroep diende te doen op de procedure van de concurrentiedialoog op grond waarvan zij met verzoekende partij en de overige inschrijvers in dialoog diende te treden;

Zodat, het eerste middel in beide onderdelen ernstig is;”

Eerste onderdeel

7. In hun toelichting bij het eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing met betrekking tot het nazicht van de regelmatigheid van de offertes niet van toepassing is op de onderhandelingsprocedure en dat de vereiste van de regelmatigheid van de offerte en voormeld artikel 95 ook nergens in het bestek van toepassing werden verklaard op de voorliggende procedure. Zij wijzen erop dat in het bestek met betrekking tot de opmaak van de offerte enkel werd opgenomen dat de offerte zo volledig mogelijk moest zijn opgemaakt en geen voorbehoud mocht bevatten, doch dat de niet-naleving van deze vereiste niet uitdrukkelijk gesanctioneerd wordt en in geen geval op straffe van nietigheid van de offerte en

uitsluiting van verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure. Ook elders in het bestek of de overige opdrachtdocumenten worden hieromtrent volgens hen geen bepalingen opgenomen. Volgens de verzoekende partijen mocht de verwerende partij hun offerte dus niet weren wegens substantiële onregelmatigheid, maar diende zij de verzoekende partijen uit te nodigen tot onderhandeling om hen toe te laten hun offerte beter af te stemmen op het bestek.

De handelwijze van de verwerende partij – waarbij zij eerst kiest voor een gunningswijze via onderhandelingsprocedure, om vervolgens een offerte die zogezegd niet helemaal zou voldoen zonder meer te weren en hierover niet verder te onderhandelen – is volgens de verzoekende partijen ook volstrekt intern tegenstrijdig, onredelijk en onzorgvuldig, te meer omdat de opdrachtdocumenten zelf een aantal onduidelijkheden bevatten. Zij verwijzen daarbij ook naar de in het bestek vervatte mogelijkheid om na de onderhandelingen een BAFO-offerte op te maken.

Beoordeling van het eerste onderdeel

8. Artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, dat de aanbestedende overheid verplicht de regelmatigheid na te gaan van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen, is niet van toepassing bij een onderhandelingsprocedure.

Evenwel lijken ook bij een onderhandelingsprocedure in het bijzonder bestek zelf wel een aantal regelmatigheidsvereisten te mogen worden gesteld. Hierbij lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de mogelijkheid om een regelmatigheidsonderzoek te voeren, beperkt zou zijn tot de gevallen waarin het bestek voormeld artikel 95 uitdrukkelijk van toepassing verklaart of de vereisten uitdrukkelijk op straffe van nietigheid voorschrijft.

9. In het beoordelingsverslag, waarnaar de bestreden beslissing verwijst, worden met betrekking tot de offerte van de verzoekende partijen de volgende afwijkingen vastgesteld:

“- de opmetingsstaat voor de technieken in de twee bestaande sporthallen is niet gedetailleerd en vermeldt uitsluitend posten SOG (‘specialistisch onderzoek gewenst’) en PM (‘pro memorie’);

- de nv Algemene Ondernemingen Himpe – Vandewynckel Karel Architecten bvba formuleert drie voorbehouden:

- assumptie van niet-vervuilde grond. In geval van vervuilde grond zal een meerkost worden aangerekend (p. 21/21 van de uitgewerkte meestaat bij de Offerte);

- assumptie van niet-teerhoudend afval. In geval van teerhoudend afval zal een meerkost worden aangerekend (p. 21/21 van de uitgewerkte meestaat bij de Offerte);

- vermelding dat de prijzen voor de aanpassing van de technieken van de bestaande sporthallen ‘indicatief’ zijn, ‘gezien de opdracht zeer ruim interpreteerbaar is en wij te weinig informatie ter beschikking hebben om een gedetailleerd voorstel uit te werken (p. 21/21 van de uitgewerkte meestaat bij de Offerte)’.

- op p. 12 van de toelichtingsnota technieken van de offerte benadrukt de nv Algemene Ondernemingen Himpe – Vandewynckel Karel Architecten bvba nogmaals dat de prijsaanbieding ‘benaderend’ is en op een raming berust. Voor een meer correcte prijsofferte wenst de deelnemer ter plaatse opmetingen te doen. De deelnemer verwijst naar een uitdrukkelijke vraag naar beschikbare informatie en as-built plannen en dossiers van de bestaande situatie, die echter niet zou zijn beantwoord (e-mails van de deelnemer van 17/10 en 20/10 aan de technische dienst van de stad). De bewuste e-mails zelf worden niet aan de offerte toegevoegd.”

Op het eerste gezicht lijken de verzoekende partijen voormelde vaststellingen als dusdanig niet te betwisten, doch uitsluitend het feit dat hun offerte ingevolge daarvan substantieel onregelmatig werd verklaard.

In het beoordelingsverslag wordt vervolgens vastgesteld dat voormelde afwijkingen ingaan tegen het essentieel forfaitair karakter van de totaalprijs van de opdracht. Tevens wordt overwogen:

“Aldus wijkt de offerte van de nv Algemene Ondernemingen Himpe – Vandewynckel Karel Architecten bvba af van essentiële bepalingen van het bestek die met de prijs en de prijsvorming verband houden. De offerte schendt inzonderheid het artikel 11.1. van het bestek, dat bepaalt dat de opgegeven totaalprijs een forfaitaire prijs is. Het hanteren van een vaste prijs impliceert dat er niet met ‘vermoedelijke hoeveelheden’ wordt gewerkt en dat de aannemer in principe prijsrisico’s draagt. Door het voorbehoud verschuift een aanzienlijk deel van het prijsrisico opnieuw naar

de aanbestedende overheid, wat in strijd is met hetgeen in het bestek was beoogd. Een voorbehoud over het forfaitair karakter van de prijs is dan ook niet toegelaten.

Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door de vermelding, in artikel 7.5. van het bestek, dat de vervanging van de technieken in de twee bestaande sporthallen voorwaardelijk is en dat de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt om deze werken niet uit te voeren. Uit het bestek blijkt zeer duidelijk dat de kostprijs van deze werken in de totaalprijs van de opdracht begrepen diende te zijn. Ook voor deze werken kan dus niet met een ‘indicatieve prijs’ worden volstaan.

Tot slot dient, wat de e-mails betreft die nv Algemene Ondernemingen Himpe – Vandewynckel Karel Architecten bvba op 17/10 en 20/10 aan de technische dienst van de Stad Poperinge zou hebben verzonden, naar artikel 10.2 van het Bestek te worden verwezen. Krachtens die bepaling moesten inschrijvers hun vragen uiterlijk één maand vóór de uiterste indieningsdatum per e-mail en ontvangstbewijs bij de aanbestedende overheid, dit is het AGB De Kouter, indienen. De e-mails van de deelnemer werden dus aan de verkeerde instantie verzonden (de stad Poperinge i.p.v. AGB De Kouter). Het kan AGB De Kouter bijgevolg niet ten kwade worden geduid dat deze e-mails niet werden beantwoord. De nv Algemene Ondernemingen Himpe – Vandewynckel Karel Architecten bvba heeft namelijk, door de loutere indiening van haar offerte, aanvaard door de bepalingen van het bestek – waaronder de bepalingen die de invulling van de onderhandelingsprocedure omschrijven – gebonden te zijn (artikel 8.1 van het bestek). Overigens blijkt uit het feit dat de deelnemer verschillende andere vragen heeft gesteld, op een manier conform het bestek, dat hij wel degelijk met de desbetreffende procedure vertrouwd was.

Op grond van de algemene werking van het gelijkheidsbeginsel is er voldoende grondslag om de offerte van de nv Algemene Ondernemingen Himpe – Vandewynckel Karel Architecten bvba substantieel onregelmatig te verklaren.”

10. Vastgesteld dient te worden dat met betrekking tot de prijs in het bestek onder meer het volgende wordt opgemerkt:

“Voor het ontwerp en de bouw van de gevechtssportenhallen inclusief de afbraakwerkzaamheden, de omgevingsaanleg, en de prijs voor de energetische optimalisatie van de technieken in de twee bestaande sporthallen moet een vaste prijs door de inschrijver worden geformuleerd. De opdrachtnemer zal dus niet gerechtigd zijn om, behoudens in het contractueel luik van het bestek voorziene omstandigheden, vermoedelijke hoeveelheden aan werkelijke hoeveelheden aan te passen. De opgegeven totaalprijs is als een forfaitaire prijs te beschouwen.

De vaste prijs omvat alle elementen die verband houden met de uitvoering van alle onderdelen van de opdracht, waaronder onder meer de voorbereiding, de studies, de ontwerpen en de plannen voor de

ontwikkeling van de gevechtssportenhallen en de omgevingsaanleg (en dus het ereloon van de architect), de veiligheidscoördinator ontwerp en uitvoering, de EPB verslaggever, de meetstaten, stelposten, de aanleg van de aanhorigheden, de onvoorziene werken, infrastructuurwerken en kosten.”

Het bestek bevat voorts een opsomming van de “eisen die aan elke offerte” worden gesteld en de “bij te voegen documenten”. Daarin worden de inschrijvers onder meer verplicht om wat het technisch deel betreft een prijsvoorstel in te dienen conform bijlage 3 bij het bestek. Tevens wordt onder meer het volgende opgemerkt:

“De onderdelen van de offerte moeten tot op een zodanig niveau uitgewerkt zijn dat

- zonder enig voorbehoud aan de eisen in het bestek kan worden voldaan;
- de in de offerte aangeboden prijzen als vast en maximaal worden gegarandeerd;
- de vereiste kwaliteit en timing worden gegarandeerd;
- de risico's worden onderkend en beheersing ervan wordt geaccepteerd.”

11. Op het eerste gezicht kon de aanbestedende overheid terecht oordelen dat de voormelde besteksbepalingen inzake de prijs en de prijsvorming, essentiële besteksbepalingen betroffen ook al werd de niet naleving ervan in het bestek niet uitdrukkelijk gesanctioneerd met onregelmatigheid of nietigheid. De afwijking van de wijze van prijsopgave brengt immers de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang.

Aldus mocht de verwerende partij te dezen op het eerste gezicht besluiten dat de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatig was en diende te worden geweerd.

12. De verzoekende partijen voeren nog aan dat de handelwijze van de verwerende partij volstrekt intern tegenstrijdig, onredelijk en onzorgvuldig zou zijn, te meer daar de opdrachtdocumenten zelf een aantal onduidelijkheden zouden bevatten.

Op het eerste gezicht lijkt de bestreden beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partijen niet intern tegenstrijdig met de opmerking van de verwerende partij in het bestek dat voor bepaalde onderdelen van de opdracht geen precies en vaststaand programma van eisen kan worden vastgesteld. Reeds in de selectieleidraad werd er door de aanbestedende overheid immers op gewezen dat zij voor alle onderdelen van de opdracht slechts een functioneel bestek zou uitschrijven. Artikel 7, § 2, b), van het koninklijk besluit Plaatsing laat de aanbestedende overheid alvast toe om de technische specificaties aan te geven in “termen van prestatie-eisen of functionele eisen”.

Uit de omschrijving van het gunningscriterium prijs blijkt voorts op het eerste gezicht dat ook de prijs voor de energetische optimalisatie van de technieken in de twee bestaande sporthallen in de totaalprijs van de opdracht diende te zijn opgenomen en dat de op te geven prijs als een forfaitaire prijs diende te worden beschouwd.

Het loutere feit dat de aanbestedende overheid in het bestek in de mogelijkheid heeft voorzien om na de onderhandelingen een BAFO-offerte op te maken, lijkt voorts niet te impliceren dat de aanbestedende overheid hiertoe ook is verplicht, des te meer wanneer zij zoals te dezen ook uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorziet om meteen na de beoordeling en de rangschikking van de eerste offertes over te gaan tot de aanwijzing van een voorkeursbieder. Bovendien wordt deze mogelijkheid tot wijzigingen ook beperkt door de toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

13. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

14. In de toelichting bij het tweede onderdeel werpen de verzoekende partijen in essentie op dat de door de verwerende partij opgegeven motivering voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure geenszins aansluit bij de motieven op grond waarvan gebruik mag worden gemaakt van een onderhandelingsprocedure, doch wel bij de criteria op grond waarvan een opdracht gegund dient te worden via een zogenaamde concurrentiedialoog. Uit de eigen

motivering van de verwerende partij blijkt volgens hen dat de verwerende partij met de inschrijvers wenste te onderhandelen, niet om de prijszetting beter op het bestek af te stemmen, maar wel om haar eigen behoeften en programma van eisen op technisch vlak beter te kunnen inschatten en voorstellen omtrent de inhoudelijke technische invulling van de offerte van de kandidaten te verkrijgen. Aldus had verwerende partij – op grond van deze motivering – geen onderhandelingsprocedure maar wel een concurrentiedialoog moeten opstarten voor de gunning van deze opdracht. In die zin is de beslissing van 12 maart 2014 van de verwerende partij houdende de keuze van de gunningsprocedure onwettig en dient zij met toepassing met artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te worden verklaard. Deze onwettigheid van het besluit van 12 maart 2014 leidt volgens de verzoekende partijen op zich automatisch tot de onwettigheid van de thans bestreden beslissing, aangezien deze aldus is gesteund op een onwettige grondslag. Zij wijzen erop dat dit voor hen van belang is omdat bij gebruik van de concurrentiedialoog de verwerende partij verplicht zou zijn geweest om voor de indiening van de offertes in dialoog te treden of te onderhandelen met de inschrijvers over de verschillende technische mogelijkheden om de opdracht uit te voeren.

Beoordeling van het tweede onderdeel

15. De regelmatigheid van het beroep op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking dient te dezen te worden onderzocht in het licht van artikel 26, § 2, 1°, b), van de wet van 15 juni 2006 waarvan de tekst als volgt luidt:

“§2. De overheidsopdrachten mogen enkel worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de volgende gevallen:
1° in het geval van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wanneer:
a) [...]
b) het in uitzonderlijke gevallen gaat om werken, leveringen of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen”.

Het is immers naar deze hypothese dat de beslissing van de verwerende partij van 12 maart 2014, evenals de selectieleidraad verwijst om een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

16.

Dit wordt in de selectieleidraad nader gemotiveerd als volgt:

“De opdracht wordt via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking op grond van artikel 26, § 2, 1°, b) van de overheidsopdrachtenwet gegund omdat het ‘om werken, leveringen of diensten gaat waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen’.

De opdracht betreft een omvangrijk project waarbij tussen de aanbestedende overheid en de opdrachtnemer specifieke afspraken omtrent diverse elementen voor de projectrealisatie dienen te worden gemaakt, waaronder de aanpak van de technieken van de bestaande sporthallen, de integratie van de omgevingswerken en de duurzaamheid van het ontwerp van de nieuwe gevechtssportenhallen. Voor alle onderdelen van de opdracht zal de aanbestedende overheid slechts een functioneel bestek uitschrijven. De uiteindelijke realisatie van de opdracht hangt af van de voorstellen van de inschrijver waardoor de aanbestedende overheid hiervoor bij aanvang van de gunningsprocedure geen precies en vaststaand programma van eisen kan vaststellen. Bij de totstandkoming van de opdracht is immers bijzonder veel inbreng van de inschrijvers (o.m. know how op conceptueel, architecturaal, financieel en commercieel vlak,...) verwacht en vereist. Het evolutief karakter van het programma van eisen en de invulling ervan vereist de mogelijkheid tot onderhandelingen tussen de aanbestedende overheid en de inschrijvers.

Gelet op de specifieke aard, het complexe karakter omwille van de diverse onderdelen van de opdracht en het omvangrijke karakter van de opdracht, is het voor de aanbestedende overheid onmogelijk om bij aanvang van de procedure een globale waarde van de uit te voeren werken en diensten vast te stellen. Ter zake kan worden verwezen naar hetgeen in artikel 3 van deze selectieleidraad wordt uiteengezet.

De complexiteit van de opdracht, het totaalpakket van de door de opdrachtnemer te leveren prestaties en de wens van de aanbestedende overheid dat de inschrijvers maximale vrijheid behouden om zelf voorstellen voor de uitvoering van de opdracht te doen, vereisen dat de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de voorwaarden van de opdracht moet kunnen onderhandelen. Een groot aantal technische parameters bij de uitvoering van de opdracht is op dit moment niet bekend. De onderhandelingen dienen te leiden tot een optimale oplossing die voldoet aan de wensen van de aanbestedende overheid”.

17.

Daarbij valt vooreerst op te merken dat de verzoekende partijen de motieven waarop de verwerende partij zich beroept om voor een onderhandelingsprocedure met bekendmaking te kiezen inhoudelijk niet lijken te betwisten, doch enkel aangeven dat de verwerende partij op grond van de door haar opgegeven motivering ten onrechte gekozen heeft voor de onderhandelingsprocedure en had moeten kiezen voor de concurrentiedialoog.

Het is ook in die zin dat het middel door de verwerende partij lijkt te zijn geïnterpreteerd.

Ter terechtzitting betogen de verzoekende partijen toch nog dat niet zou zijn voldaan aan de voormelde toepassingsvoorwaarden van de onderhandelingsprocedure, doch zulks lijkt een nieuwe en dus niet ontvankelijke invulling van het middelonderdeel, waarvan niet blijkt dat ze niet reeds in het inleidend verzoekschrift had kunnen worden aangebracht.

In de huidige stand van het geding tonen de verzoekende partijen in elk geval niet *prima facie* aan dat de verwerende partij op grond van de hiervoor aangehaalde motivering had moeten kiezen voor de procedure van de concurrentiedialoog, met toepassing van artikel 27 van de wet van 15 juni 2006 en de artikelen 111 en volgende van het koninklijk besluit Plaatsing, in de plaats van een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking op grond van voormeld artikel 26, § 2, 1^o, b).

Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij in de voormelde motivering niet uitdrukkelijk aan te geven dat zij objectief niet in staat zou zijn de technische middelen te bepalen die aan haar behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het vlak van technische, financiële of juridische oplossingen, in de zin van artikel 27, eerste lid, 1^o, van de wet, dat betrekking heeft op de concurrentiedialoog. Zij lijkt slechts aan te geven dat zij bij aanvang van de procedure geen precies en vaststaand programma van eisen kan vaststellen aangezien de uiteindelijke realisatie van de opdracht afhangt van de voorstellen van de inschrijver, doch ervoor gekozen heeft om een functioneel bestek uit te schrijven.

Zoals reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het eerste middel, laat artikel 7, § 2, b), van het koninklijk besluit Plaatsing de aanbestedende overheid uitdrukkelijk toe om de technische specificaties aan te geven in termen van prestatie-eisen of functionele eisen.

Met de verwerende partij lijkt ook te moeten worden aangenomen dat het feit dat het programma van eisen op bepaalde punten evolutief is, geen afbreuk lijkt te doen aan de verplichting van de inschrijvers om te voldoen aan de functionele eisen van het bestek die wel vooraf werden vastgesteld.

Voorts dient erop te worden gewezen dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking overeenkomstig artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 wordt gedefinieerd als een gunningsprocedure waarbij “over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers”.

18. Voorts lijkt het standpunt van de verzoekende partijen dat indien voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden van de concurrentiedialoog een beroep op de onderhandelingsprocedure uitgesloten zou zijn, evenmin te kunnen worden gevolgd.

Op het eerste gezicht moet worden vastgesteld dat de mogelijkheid om een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure uitsluitend gekoppeld lijkt aan het voorhanden zijn van de toepassingsvoorwaarden en dat niet vereist lijkt dat daarenboven uit de motivering ook moet blijken dat een beroep op de concurrentiedialoog niet mogelijk is.

19. Het tweede onderdeel van het eerste middel is dus evenmin ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

20. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 85 en 86 van het koninklijk besluit Plaatsing en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel, het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Zij voeren tevens met toepassing van artikel 159 van de Grondwet aan dat het besluit van 2 juni 2014 tot goedkeuring van het bestek “ontwerp en realisatie van een gevechtssportenhallen inclusief omgevingswerken” de

rehtens vereiste feitelijke en juridische grondslag ontbeert en is aangetast door machtsoverschrijding.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, in de mate dat ten onrechte aanvaard zou worden dat verwerende partij de onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij mocht onderzoeken en beoordelen, verwerende partij nog steeds ten onrechte beslist heeft tot wering van de offerte omwille van de vermeende substantiële onregelmatigheid ervan;

Terwijl, de bestreden beslissing dient te steunen op een in feite en in rechte wettige grondslag, zijnde wettige opdrachtdocumenten inzonderheid een wettig bestek.

Zodat, het tweede middel ernstig is.”

In de toelichting bij het middel betogen zij nader dat de bestreden beslissing tot onregelmatigverklaring van hun offerte gesteund is op een onwettig bestek. De aanbestedende overheid is er immers toe verplicht om een duidelijk en volledig bestek op te maken en om voldoende en correcte informatie te leveren aan de inschrijvers, opdat deze met kennis van zaken een volledige en correcte offerte zouden kunnen indienen. Te dezen staat volgens de verzoekende partijen vast dat het bestek zoals opgesteld door verwerende partij vele onduidelijkheden of leemten bevatte, zoals met betrekking tot de technieken voor aanpassing van de bestaande sporthal en met betrekking tot de bodemgesteldheid – het al dan niet vervuild en teerhoudend karakter.

De beslissing van 2 juni 2014 van de verwerende partij houdende de goedkeuring van het bestek is volgens de verzoekende partijen dan ook onwettig en dient buiten toepassing verklaard te worden met toepassing van artikel 159 van de Grondwet. Deze onwettigheid van het besluit van 2 juni 2014 leidt volgens hen op zich automatisch tot de onwettigheid van de thans bestreden beslissing, aangezien deze aldus gesteund is op een onwettige grondslag.

Beoordeling

21. Er is vooralsnog geen noodzaak om over de ontvankelijkheids-exceptie opgeworpen door de verwerende partij ten aanzien van dit middel uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien het middel ernstig zou worden bevonden, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

22. In het middel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat het bestek zoals opgesteld door de verwerende partij vele onduidelijkheden of leemten bevatte, zoals met betrekking tot de technieken voor aanpassing van de bestaande sporthal en met betrekking tot de bodemgesteldheid (al dan niet vervuild en teerhoudend karakter).

Overeenkomstig artikel 16, § 1, 5°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ (hierna: procedurereglement kortgeding), moet een verzoekende partij in haar verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, indien – zoals te dezen – het beroep tot nietigverklaring nog niet is ingediend, een uiteenzetting geven van de middelen die de nietigverklaring van de akte of het reglement kunnen rechtvaardigen en die zij dus tot staving van haar vordering aanvoert. Onder ‘middel’ in de zin van voormeld artikel 16, § 1, 5°, van het procedurereglement kortgeding, wordt verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van de overtreden rechtsregel en van de wijze waarop die regel door de bestreden beslissing wordt geschonden. ‘Voldoende duidelijk’ betekent dat geen veronderstellingen moeten worden gemaakt over de juiste bedoelingen van de verzoekende partij, waardoor in werkelijkheid de verwerende partij en nadien de Raad van State ertoe worden gebracht in de plaats van de verzoekende partij het verzoekschrift te redigeren.

In de mate dat de verzoekende partijen te dezen een schending inroepen van de artikelen 85 en 86 van het koninklijk besluit Plaatsing dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen in gebreke blijven toe te lichten op welke wijze deze bepalingen zouden zijn geschonden. Bovendien lijken deze bepalingen op het eerste gezicht slechts van toepassing in geval van

gunning bij aanbesteding en offerteaanvraag - de bepalingen zijn immers vervat in hoofdstuk 6 dat enkel op die beide procedures betrekking heeft - en dus niet bij gunning bij onderhandelingsprocedure.

Ook met betrekking tot de beweerde schending van het redelijkheidsbeginsel, het “rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel” en machtsoverschrijding blijven de verzoekende partijen in gebreke de wijze aan te geven waarop die beginselen door de bestreden beslissing zouden zijn geschonden, zodat het middel op deze punten niet ontvankelijk lijkt te zijn.

23. Voorts wordt op het eerste gezicht door de verzoekende partijen niet aangetoond dat het bestek door de verwerende partij niet zorgvuldig zou zijn geredigeerd.

Daarbij valt op te merken dat, anders dan het geval was in de zaak die geleid heeft tot het arrest nr. 199.713 van 21 januari 2010 inzake *nv Punch Graphix International*, waar de verzoekende partijen naar verwijzen, te dezen geen sprake lijkt te zijn van een dubbelzinnigheid in het bestek. De verzoekende partijen wijzen enkel op vermeende onduidelijkheden inzake de aanpassing van de bestaande sporthal en de bodemgesteldheid.

23.1. Wat de aanpassing van de bestaande sporthal betreft, verwijzen de verzoekende partijen naar hetgeen zij reeds hebben aangevoerd in het eerste middel en merken zij op dat de verwerende partij in de opdrachtdocumenten, inzonderheid in de selectieleidraad, uitdrukkelijk erkent dat hieromtrent nog onduidelijkheden bestaan.

Daarbij valt op het eerste gezicht op te merken dat het onderdeel van de opdrachtdocumenten waar de verzoekende partijen naar verwijzen de motivering betreft voor het aanwenden van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Het feit dat de verwerende partij hierin erkent dat er nog een aantal onduidelijkheden zijn en dat bij de aanvang van de gunningsprocedure geen precies en vaststaand programma van eisen kon worden opgesteld, lijkt op het

eerste gezicht niet aan te tonen dat het bestek onzorgvuldig zou zijn geredigeerd. Zoals reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het eerste middel werd er in de selectieleidraad door de aanbestedende overheid immers tevens op gewezen dat zij ervoor gekozen heeft om voor alle onderdelen van de opdracht een functioneel bestek uit te schrijven. Artikel 7, § 2, b), van het koninklijk besluit Plaatsing, zoals hiervoor reeds vastgesteld, laat de aanbestedende overheid toe om de technische specificaties aan te geven in termen van prestatie-eisen of functionele eisen.

Op het eerste gezicht wordt het onderdeel van de opdracht dat bestaat uit de analyse en de optimalisatie van de technieken van de bestaande sporthallen omschreven onder de punten 7.1 en 7.5 van het bestek. Ook het plan van de twee bestaande sporthallen, waarop onder andere de stookplaats en de warme luchtgroep zijn aangegeven, was als bijlage bij het bestek gevoegd. Voorts blijkt de verwerende partij, in antwoord op een vraag van de verzoekende partijen van 11 juli 2014, op 10 september 2014 onder punt 4 van de nota van toelichting bijkomend schriftelijke uitleg te hebben verstrekt op dit punt en blijkt de verwerende partij tevens te zijn ingegaan op de vraag van de verzoekende partijen om een plaatsbezoek aan de bestaande technische ruimtes te brengen.

Uit e-mailcorrespondentie van 17 en 20 oktober 2014, die de verzoekende partijen voorleggen als stuk 5, blijkt weliswaar dat de verzoekende partijen nog contact hebben opgenomen met een personeelslid van de technische dienst van de stad Poperinge om de plannen van de bestaande sporthal te verkrijgen. Er blijkt op het eerste gezicht echter niet dat zij dergelijke vraag zouden hebben gericht aan de verwerende partij zelf, laat staan dat dit als een schriftelijke kennisgeving zou kunnen beschouwd in de zin van de artikelen 8.1. of 10.2 van het bestek.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen ter terechtzitting aanvoeren, had hun vraag van 11 juli 2014 op het eerste gezicht geen betrekking op deze documenten.

In de mate dat de verzoekende partijen nog aanvoeren dat eerdere vragen gericht door haar aan de stad Poperinge in plaats van aan de verwerende partij zelf wel zouden zijn ontvangen en beantwoord, lijkt op het eerste gezicht op grond van de door hen neergelegde stukken te moeten worden vastgesteld dat het verschillende contactpersonen betreft. Waar de verzoekende partijen hun eerste vragen blijken te hebben gericht aan de stadssecretaris, hadden zij in hun laatste e-mailcorrespondentie blijkbaar enkel informeel contact met een personeelslid van de technische dienst.

23.2. Wat de bodemgesteldheid betreft, lijkt op het eerste gezicht uit het bestek te moeten worden afgeleid dat het een risico betreft dat door de inschrijvers diende te worden onderkend en beheerst en waarmee zij bijgevolg rekening dienden te houden bij de opmaak van hun offerte en prijszetting.

In dit verband kan erop worden gewezen dat het principe dat gegund wordt op forfaitaire grondslag niet lijkt uit te sluiten dat duidelijk omschreven risico's bij de aannemer worden gelegd, in die zin dat deze zich ertoe verbindt de betrokken post conform het bestek uit te voeren tegen de overeengekomen prijs.

In de mate dat de verzoekende partijen nog doen gelden dat de verwerende partij op geen enkel ogenblik documenten zou hebben voorgebracht, waarin enige indicatie werd gegeven omtrent de aard en de samenstelling van de grond op de werf, lijkt het middel bovendien op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen aangezien uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij met een brief van 3 juli 2014 aanvullend nog vijf OVAM attesten heeft bezorgd aan de geselecteerde kandidaten en dat met e-mailberichten van 15 en 16 oktober 2014, zijnde ruim vóór de indiening van de offerte door de verzoekende partijen op 27 november 2014, ook nog een “beproeavingsverslag grondonderzoek” aan de geselecteerde kandidaten werd bezorgd.

Ter terechtzitting betogen de verzoekende partijen nog dat de verwerende partij niet zou hebben voldaan aan de wettelijke taak als bouwheer om een technisch verslag te laten opmaken, doch zulks lijkt een nieuwe en dus niet ontvankelijke invulling van het middel, waarvan niet blijkt dat ze niet reeds in het

inleidend verzoekschrift had kunnen worden aangebracht.

24. Dat het bestek inzake de twee hiervoor besproken aspecten een voldoende duidelijke inhoud had, lijkt ten slotte op het eerste gezicht ook steun te vinden in het administratief dossier nu blijkt dat geen enkele andere geselecteerde kandidaat hierover vragen lijkt te hebben gesteld.

25. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Kosten en rechtsplegingsvergoeding

27. De nv Bouwbedrijf Furnibo blijkt een rolrecht van 150 euro te hebben betaald voor een tussenkomst waaromtrent zij geen verzoekschrift heeft ingediend. Dat recht dient haar te worden terugbetaald.

28. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevorderde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

3. De griffie wordt ermee gelast aan de nv Bouwbedrijf Furnibo, met zetel te 8630 Veurne, Bedrijvenlaan 7, 150 euro terug te betalen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 maart 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

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

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest