

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 238.816 van 13 juli 2017
in de zaak A. 222.527/XII-8399**

In zake: 1. de VZW WERKEN GLORIEUX-RONSE
2. de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN ROBERT WYCKAERT
3. de NV WYCOR
4. de BVBA AMV ARCHITECTEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Ghysels, Sophie Bleux en Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD RONSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Knaepen
kantoor houdend te 3530 Houthalen-Helchteren
Centrum Zuid 1111
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 juni 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Ronse van 12 juni 2017 “waarbij beslist wordt dat de offerte ingediend door verzoekende partijen, i.h.k.v. de overheidsopdracht voor ‘De uitbating van meerdere lokale openbare zorgvoorzieningen met inbegrip van de realisatie (ontwerp, bouw) van enkele van deze voorzieningen en dit op projectgronden die heden eigendom zijn van de stad of van het OCMW Ronse – dienst gezinszorg en aanvullende thuiszorg’ substantieel onregelmatig is waardoor de offerte van verzoekende partijen werd uitge-

sloten en waarbij beslist wordt om voormelde opdracht toe te wijzen aan de VZW WZC Sint-Vincentius”.

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 juli 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Wauters en advocaat Jorien Van Belle, *loco* advocaat Jan Ghysels, die verschijnen voor de verzoekende partijen en advocaat Stijn Knaepen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor “de uitbating van meerdere lokale openbare zorgvoorzieningen, met inbegrip van de realisatie (ontwerp, bouw) van enkele van deze voorzieningen en dit op projectgronden die heden eigendom zijn van de stad of van het OCMW Ronse”.

De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. Vier kandidaten, waaronder ook de verzoekende partijen – verenigd onder de naam ‘Zorgvallei Ronse’ – en de gekozen inschrijver, dienen een aanvraag tot deelneming in.

De verwerende partij selecteert drie kandidaten, waaronder ook de verzoekende partijen. Op 17 oktober 2016 beslist de gemeenteraad van de stad Ronse om de geselecteerde kandidaten uit te nodigen om een offerte in te dienen. De geselecteerde kandidaten ontvangen het bestek, zoals goedgekeurd door de gemeenteraad op 17 oktober 2016.

3.3.1. Blijkens het bestek bestaat de opdracht uit de volgende acht deelopdrachten:

- “1. Het ontwerpen, bouwen en uitbaten van een nieuw woonzorgcentrum binnen een structuur die beantwoordt aan titel VIII van het OCMW-decreet op een projectgrond van het OCMW middels de toekenning van een erfpachtrecht door het OCMW
2. De herbestemming en de uitbating van de bestaande gebouwen van het WZC De Linde, O. Delghustraet 64-68, 9600 Ronse na toekenning van een erfpachtrecht door het OCMW
3. De overname en de uitbating van de dienst gezinszorg en aanvullende thuiszorg van de stad Ronse
4. De overname en de uitbating van de dienstenchequeonderneming van de stad Ronse.
5. De overname en de uitbating van de seniorenflats, heden gekend onder de naam Hoge Winde, gelegen Bredestraet 256, 9600 Ronse, na verkoop of de toekenning van een erfpacht
6. De overname en de uitbating van het lokaal dienstencentrum van de stad Ronse
7. Het ontwerpen, bouwen en uitbaten van het kinderdagverblijf het Sprookjesbos, in vervanging van de huidige locatie, momenteel gelegen O. Delghuststraat 58, 9600 Ronse,
8. Overname en uitbating van de dienst IBO (Initiatief Buitenschoolse Opvang) van het OCMW dat is erkend door Kind en Gezin.”

3.3.2. De deelopdrachten worden gedetailleerd omschreven in deel 2 van het bestek. De voor dit geschil relevante bepalingen luiden:

- exploitatievoorwaarden voor deelopdracht 1:

“Het OCMW Ronse wenst 76 RVT en 76 erkende ROB bedden in te brengen in de nieuwe op te richten structuur. De Opdrachtnemer kan bijkomende erkende en/of niet erkende WZC-bedden inbrengen in de nieuwe structuur, voor zover hij hier zelf over zou beschikken.

De Opdrachtnemer zal integraal verantwoordelijk zijn voor de financiële haalbaarheid van de uitbating. Bij eventuele keuze voor een vereniging hoofdstuk 1 zal statutair verankerd worden dat de opdrachtnemer alle financiële verliezen op zich neemt en dit verwijzend naar artikel 221, 12° van het OCMW Decreet.

Bij eventuele keuze voor een vereniging hoofdstuk 3 of 4: overeenkomst tussen de nieuwe vzw met de Opdrachtnemer houdende een gegarandeerde ten laste name van het eventuele integrale tekort van het desbetreffende boekjaar door de Opdrachtnemer.

Hierbij geldt dat uit het uitbatingsplan dat deel uitmaakt van de offerte/BAFO moet blijken:

- dat de initieel beoogde ligdagprijs gelegen is tussen de 50,00 EUR en 55,00 EUR per dag.

Waarbij verder wordt aangegeven hoe de betaalbaarheid van de dagprijs zou kunnen evolueren op een lange termijn en waarbij deze dagprijs minstens moet gegarandeerd blijven voor een periode van minstens 5 jaar, exclusief indexatie.

De nieuwe structuur dient in functie van de exploitatie beroep te doen op volgend personeel tegen de hierna gestelde voorwaarden:

- alle statutaire personeelsleden die op het ogenblik van de gunning werkzaam zijn in het WZC De Linde van het OCMW Ronse tot op het ogenblik van hun pensionering. De Opdrachtnemer betaalt op maandelijkse basis de integrale loonkost (patronale bijdragen inbegrepen) van het beschreven personeel terug aan de statutaire werkgever;

De nieuwe structuur verbindt er zich aldus toe om de toekomstige pensioenlasten conform bijgevoegde tabel van alle statutaire personeelsleden (cfr. supra) ten laste te nemen ingevolge de bestaande en toekomstige regelgeving en dit over een periode van 25 jaar en met een maximumbedrag van 22.000.000,00 EUR.

[...]

- alle contractuele personeelsleden die op het moment van de gunning werkzaam zijn in het WZC De Linde, aan minimaal dezelfde loon- en arbeidsvoorwaarden zoals ze bestaan op het ogenblik van de gunning en voor de volledige duur van hun tewerkstelling.”

- bepalingen inzake de toekomstige dienstverlener en de uitbatingsvoorwaarden voor deelopdracht 3:

“Toekomstige dienstverlener:

Een rechtspersoon die is verbonden met de Opdrachtnemer conform de regelgeving zoals bepaald in het Besluit van de Vlaamse regering tot wijziging van diverse bepalingen uit de regelgeving betreffende de woonzorgvoorzieningen d.d. 26 februari 2016 inzonderheid de laatste paragraaf van artikel 1 van hoofdstuk I waarbij verwezen wordt naar art. 34/1 van het besluit van de Vlaamse regering van 5 juni 2009 betreffende de procedure voor woonzorgvoorzieningen en verenigingen van gebruikers en mantelzorgers.

De stad Ronse wenst als initiatiefnemer van de dienst die zijn erkenning wil overdragen lid te worden van de rechtspersoon waaraan de erkenning wordt overgedragen en wenst vertegenwoordigd te zijn in het bestuur van die rechtspersoon.

Uitbatingsvoorwaarden:

De Opdrachtnemer dient te garanderen dat de erkende uren van de stad Ronse (dit zijn 13.075 uren) verder zullen worden gepresteerd op het grondgebied van de stad Ronse, behoudens andersluidende regelgeving.

De Opdrachtnemer dient beroep te doen op volgend personeel:

- alle contractuele personeelsleden die op het moment van de gunning werkzaam zijn in de dienst DGAT Gezinszorg en aanvullende thuiszorg van de Stad Ronse, aan minimaal dezelfde loon- en arbeidsvoorwaarden zoals ze bestaan op het ogenblik van de gunning en voor de volledige duur van hun tewerkstelling.

Overzicht personeelsbestand op datum goedkeuring selectieleidraad in bijlage.”

- bepalingen inzake de toekomstige dienstverlener en de uitbatingsvoorwaarden voor deelopdracht 4:

“Toekomstige dienstverlener:

Een rechtspersoon die is verbonden met de Opdrachtnemer.

Uitbatingsvoorwaarden:

De Stad Ronse wenst haar erkenning als dienstencheque onderneming in te brengen in een nieuwe organisatie waarbinnen de Opdrachtnemer deze dienstverlening voortzet.

De Opdrachtnemer dient beroep te doen op volgend personeel:

- alle contractuele personeelsleden die op het moment van de gunning werkzaam zijn in de dienstencheque onderneming van de Stad Ronse, aan minimaal dezelfde loon- en arbeidsvoorwaarden zoals ze bestaan op het ogenblik van de gunning en voor de volledige duur van hun tewerkstelling.

Overzicht personeelsbestand op datum goedkeuring selectieleidraad in bijlage.”

- bepalingen inzake de toekomstige dienstverlener en de uitbatingsvoorwaarden voor deelopdracht 6:

“Toekomstige dienstverlener:

Een rechtspersoon die is verbonden met de Opdrachtnemer.

Uitbatingsvoorwaarden:

De Opdrachtnemer dient beroep te doen op volgend personeel:

- Alle statutaire personeelsleden die op het ogenblik van de gunning werkzaam zijn in het lokaal dienstencentrum van de Stad Ronse tot op het ogenblik van hun pensionering. De Opdrachtnemer betaalt op maandelijkse basis de integrale loonkost (patronale bijdragen inbegrepen) van het beschreven personeel terug aan de statutaire werkgever;

Overzicht personeelsbestand op datum goedkeuring selectieleidraad in bijlage.”

- bepalingen inzake de toekomstige dienstverlener en de uitbatingsvoorwaarden voor deelopdracht 7:

“Toekomstige dienstverlener:

Een rechtspersoon die is verbonden met de Opdrachtnemer.

Uitbatingsvoorwaarden:

De Opdrachtgever wenst haar erkenning van 66 erkende plaatsen op een andere locatie ter beschikking te stellen van de Opdrachtnemer.

De Opdrachtnemer dient beroep te doen op volgend personeel:

- alle statutaire personeelsleden die op het ogenblik van de gunning werkzaam zijn in de dienst Kinderdagverblijf Het Sprookjesbos en dit tot op het ogenblik van hun pensionering. De Opdrachtnemer betaalt op maandelijkse basis de integrale loonkost (patronale bijdragen inbegrepen) van het beschreven personeel terug aan de statutaire werkgever;

- Alle contractuele personeelsleden die op het ogenblik van de gunning werkzaam zijn in de dienst Kinderdagverblijf Het Sprookjesbos, aan minimaal dezelfde loon- en arbeidsvoorwaarden zoals ze bestaan op het ogenblik van de gunning en voor de volledige duur van hun tewerkstelling.”

- 3.3.3. Voorts wordt ook het verloop van de onderhandelingsprocedure vastgelegd:

“Voorliggende onderhandelingsprocedure omvat vanaf de selectiefase de volgende stappen:

9.1. Uitnodiging tot het indienen van een offerte & informatievergadering

De geselecteerde kandidaten worden gelijktijdig op schriftelijke wijze uitgenodigd om een offerte in te dienen. Deze uitnodiging bevat als bijlage het Bijzonder Bestek.

De geselecteerde Kandidaten worden vervolgens uitgenodigd op een informatievergadering waar alle voorafgaandelijk in te dienen schriftelijke vragen omtrent de draagwijdte van het Bijzonder Bestek mondeling zullen beantwoord worden.

Alle geselecteerde Kandidaten ontvangen eveneens een schriftelijk verslag van deze informatievergadering waarin de mondelinge toegelichte antwoorden worden samengevat.

9.2. Indienen van de eerste offerte

Elke geselecteerde kan slechts éénmaal een offerte indienen.

Het is niet toegelaten dat meerdere geselecteerde samen één offerte indienen.

9.3. Fase1 van de onderhandelingen: beoordeling van de offertes

De offertes van de Inschrijvers worden in eerste instantie beoordeeld op hun formele regelmatigheid.

Onverminderd de mogelijkheid voor de Aanbestedende Overheid om aanvullende gegevens op te vragen, kan een onvolledige offerte of een offerte die niet aan de formele eisen voldoet, worden geweerd.

Vervolgens wordt onderzocht of de offertes voldoen aan de voorwaarden van het Bijzonder Bestek (zie in het bijzonder deel 2)

De Aanbestedende Overheid kan ter verduidelijking of toelichting hiervan vragen stellen aan één of meerdere inschrijvers.

De offertes die afwijken van de vooropgestelde voorwaarden inzake de diverse Deelopdrachten kunnen worden uitgesloten, voor zover de Aanbestedende Overheid van oordeel is dat de offerte ingevolge de afwijking niet vergelijkbaar is met de andere offertes.

9.4. Fase 2 van de onderhandelingen: mondelinge toelichting van de ingediende offertes

De inschrijvers zullen worden uitgenodigd om de ingediende offerte mondeling toe te lichten, in de vorm en op de wijze zoals hierna bepaald.

De Aanbestedende Overheid wijst er thans op dat deze mondelinge toelichting geenszins tot doel heeft wijzigingen aan de ingediende offerte aan te brengen.

Plaats en tijdstip zullen ten gepaste tijde aan de desbetreffende Inschrijvers worden meegedeeld.

Elke inschrijver krijgt 90 minuten (60 min. Toelichting + 30 min. vragen/antwoorden) om zijn offertes toe te lichten. De Inschrijvers wordt hierbij vertegenwoordigd door maximaal drie personen.

Elke Inschrijver is minstens gehouden om op hoofdlijnen weer te geven hoe de uitvoering van de Opdracht dient ingevuld te worden.

De mondelinge toelichting mag ondersteund worden door audiovisuele hulpmiddelen.

De toelichting gebeurt individueel per Inschrijver. Dit betekent dat de Inschrijvers de toelichting van de andere Inschrijver niet mogen bijwonen.

9.5. Fase 3 van de onderhandelingen: inhoudelijke beoordeling en eigenlijke onderhandelingen

De Inschrijvers die een regelmatige offerte indienen zullen worden uitgenodigd voor de eigenlijke onderhandelingen over de inhoud van de offertes met het oog op een eventuele verfijning en/of optimalisatie ervan.

Het initiatief tot onderhandelen ligt bij de Aanbestedende Overheid. Het Bijzonder Bestek en de ingediende offerte fungeren steeds als leidraad bij het voeren van de onderhandelingen.

Tijdens de onderhandelingen kan de Aanbestedende Overheid de Inschrijvers vragen bepaalde onderdelen van de offerte nader uit te werken, te verfijnen of te optimaliseren.

De Inschrijvers mogen in hun offerte ook aangeven welke aspecten het voorwerp van de onderhandelingen zullen uitmaken.

In principe zullen de onderhandelingen niet tot gevolg kunnen hebben dat afbreuk kan worden gedaan aan de engagementen van de Inschrijver zoals die blijken uit diens offerte.

De Aanbestedende Overheid behoudt zich evenwel het recht voor om, met het oog op een globale verbetering van de offertes, bepaalde voorwaarden van het Bijzonder Bestek te verfijnen of te wijzigen.

De Aanbestedende Overheid zal hierbij steeds handelen in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel. De wijzigingen zullen dan ook niet van die aard mogen zijn dat de initiële beoordeling van de offertes niet langer zou gelden.

9.6. Fase 4 van de onderhandelingen: indienen van een BAFO

Ter afsluiting van de onderhandelingen dienen de overgebleven Inschrijvers uiteindelijk hun 'Best And Final Offer (BAFO)' in bij de Aanbestedende Overheid. De Opdrachtgever behoudt zich het recht voor om een BAFO bestek op te maken dat voor alle onderdelen (administratief, technisch en contractueel) in beperkte mate kan afwijken van voorliggend Bijzonder Bestek. Het BAFO vormt in voorkomend geval de grondslag voor de indiening en de beoordeling van de BAFO's.

Het indienen van de BAFO vormt het sluitstuk van de onderhandelingen met meerdere Inschrijvers.

De BAFO's zullen worden beoordeeld op grond van de gunningscriteria die in het Bijzonder Bestek worden vermeld.

9.7. Fase 5 van de onderhandelingen: contractbespreking en gunning

De Aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om met de best gerangschikte Inschrijver nog finale contractbesprekingen aan te gaan.

Indien de eventuele besprekingen om welke reden ook niet tot overeenstemming leiden, behoudt de Opdrachtgever zich het recht voor de besprekingen stop te zetten en de eerstvolgende gerangschikte Inschrijver voor de finale contractbespreking uit te nodigen."

3.3.4. Het bijzonder bestek voorziet in negen gunningscriteria met elk hun eigen weging:

- Globale visie op de opdracht – 40 punten

- Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteiten van de nieuwe te bouwen voorzieningen met inbegrip van een berekening van de integrale ontwikkelings- en bouwkost waarbij deze kostprijs – gekoppeld aan de voorgestelde kwaliteit als plafond wordt gewaarborgd – 15 punten
- De visie in verband met de betaalbaarheid van de zorg in het nieuw gebouwde woonzorgcentrum binnen de vork zoals bepaald in deel 2 van het bestek. Deze visie wordt gestaafd met een gedetailleerd uitbatingsplan waaruit de inkomsten en kosten in functie van de uitbating blijken alsook de onderbouwing van de voorgestelde ligdagprijs – 5 punten
- De visie op het personeelsbeleid en de garanties voor het huidige personeel dat door de inschrijver dient te worden tewerkgesteld en dit voor de gehele duur van de tewerkstelling.
Hierbij rekening houdend met de aard en inhoud van het samenwerkingsverband dat de inschrijver voorstelt – 5 punten
- De mogelijkheden en garanties met betrekking tot de herbestemming van de bestaande gebouwen van het WZC De Linde, Oscar Delghuststraat 64-68, in overeenstemming met de huidige bestemmingsvoorwaarden –18 punten
- De garanties met betrekking tot het verder presteren van de door de aanbestedende overheid ingebrachte erkenning van uren dienst gezinszorg en aanvullende thuiszorg op het grondgebied van de Stad Ronse – 5 punten
- De erfpachtvergoeding die aan de aanbestedende overheid ter beschikking wordt gesteld voor de seniorenflats, heden gekend onder de naam Hoge Winde, Bredestraat 256, 9600 Ronse – 5 punten
- De visie op de manier van exploiteren van de dienstencheque onderneming van de stad Ronse – 2 punten
- De visie op de manier van exploiteren van het lokaal dienstencentrum, gelegen Bredestraat 256, 9600 Ronse – 5 punten.

3.4. Nadat de verzoekende partijen een aantal schriftelijke vragen omtrent de draagwijdte van het bestek hebben ingediend, vindt op 15 december 2016 een informatievergadering plaats. Op 20 januari 2017 wordt een tweede informatievergadering georganiseerd.

3.5. Zowel de verzoekende partijen als de gekozen inschrijver dienen een offerte in.

3.6. Op 10 mei 2017 worden de verzoekende partijen in de gelegenheid gesteld om hun offerte mondeling toe te lichten.

3.7. Over de beoordeling van de offertes in het kader van fase 1 van de onderhandelingen stelt de verwerende partij een op 24 mei 2017 gedateerd gemotiveerd gunningsverslag op.

Blijkens dat verslag is bij het onderzoek naar de formele regelmatigheid van de offertes vastgesteld dat de beide offertes tijdig zijn ingediend en rechtsgeldig ondertekend.

Bij het onderzoek naar de materiële regelmatigheid van de offertes is vooreerst de volledigheid van de offerte gecontroleerd in functie van de gunningscriteria. Hierbij is vastgesteld dat de beide offertes zijn ingedeeld op de gevraagde wijze en de informatie bevatten die nodig is in functie van de beoordeling van elk van de gunningscriteria. Vervolgens heeft het onderzoek naar het voldoen aan de essentiële besteksvoorwaarden plaatsgevonden en dit voor elk van de verschillende deelopdrachten. Blijkens het gunningsverslag wordt de offerte van de verzoekende partijen hierbij substantieel onregelmatig verklaard omwille van het niet voldoen aan de besteisen voor de deelopdrachten 1, 3, 4, 6 en 7. Voor wat betreft deze deelopdrachten wordt de offerte van de verzoekende partijen als volgt beoordeeld:

- deelopdracht 1:

“[...]”

Uit voorgaande citaat uit de offerte van Zorgvallei Ronse blijkt ontegensprekelijk dat het voorstel inzake deelopdracht 1 niet voldoet aan de financiële uitgangspunten van het Bijzonder Bestek.

Zorgvallei Ronse toont in haar gedetailleerd uitbatingsplan, toegevoegd vanaf pagina 95 van de Offerte, immers niet aan dat de betaalbaarheid van de zorg in het nieuw te bouwen woonzorgcentrum binnen de vork, zoals

bepaald in het Bestek, kan worden gerealiseerd. Hierbij vermeldt Zorgvallei Ronse uitdrukkelijk op pagina 92 van haar offerte dat een dagprijs van meer dan € 60,00 nodig is om een exploitatie in evenwicht te realiseren na ingebruikname van een nieuwbouw. Zorgvallei Ronse stelt dat er voor haar geen parameters bekend zijn die een afwijking ten opzichte van de vermeide dagprijs zouden kunnen verklaren.

Daarnaast wordt tevens elders in de offerte bevestigd dat de precieze contouren waarbinnen het personeel al dan niet kan worden overgedragen vandaag nog niet geconcretiseerd zijn.

Zorgvallei Ronse verwijst het personeelsaspect nagenoeg integraal door naar fase 2 en fase 3 van de onderhandelingsprocedure (zie pagina 102 van de offerte van Zorgvallei Ronse):

[...]

Op grond van voorgaande vaststellingen dient te moeten worden besloten dat Zorgvallei Ronse vooreerst uitdrukkelijk afwijkt van de besteksvereisten inzake de betaalbaarheid van de zorg (met name door deze Inschrijver kan niet voldaan worden aan de verplichting om de initiële dagligprijs vast te stellen tussen de 50,00 EUR en 55,00 EUR per dag).

De offerte voldoet daarenboven niet aan de besteksvereisten inzake de ter beschikkingstelling van het statutair personeel en de overdracht van het contractueel personeel. Meer bepaald voor wat betreft de garantie inzake de bestending van het actuele kader inzake de loon- en arbeidsvoorwaarden. Conclusie: de offerte van Zorgvallei Ronse wijkt aldus op voormelde punten sterk af van essentiële besteksbepalingen inzake de Deelopdracht.

Uit niets blijkt dat de onderhandelingen er toe zullen leiden dat voormelde essentiële bestekbepalingen wél zullen worden gerespecteerd, behoudens indien de Aanbestedende Overbied keuzes zou maken, wat lijkt te impliceren dat zou afgestapt moeten worden van voormelde combinatie van uitgangspunten inzake dagligprijzen, de personeelsoverdracht tegen bestaande voorwaarden, de onverkorte overdracht bestaande en toekomstige pensioenlasten.

Men kondigt een mogelijke inbreng aan van haar WZC Hogerlucht. Wat dit concreet zou betekenen is evenwel volkomen onduidelijk.

Men koppelt één en ander aan het al dan niet bestaan van de mogelijkheid om, op basis van het bestuursplan en financieel plan van de nieuwe VZW, minstens het perspectief te verzekeren van een duurzame financieel haalbare uitbating op lange termijn. Welnu, het perspectief van een duurzame financiële exploitatie op lange termijn diende precies aangeboden te worden door de Inschrijver in haar offerte.”

- deelopdracht 3:

“Zorgvallei Ronse garandeert dat de erkende uren van de stad Ronse (dit zijn 13.075 uren) verder zullen worden gepresteerd op het grondgebied van de stad Ronse. Er is een duidelijke visie op de beoogde dienstverlening.

Uit de offerte blijkt evenwel niet dat Zorgvallei Ronse invulling geeft aan de bestekseis dat de stad Ronse vertegenwoordigd wenst te zijn in het bestuur van de rechtspersoon die de erkenning van de stad overneemt.

Onder 1.3. van de offerte verwijst men naar de visie van Familiezorg O-VI zoals verwoord onder 4.2. en 4.3.

Doch in deze visie wordt met geen woord gesproken over de rol van de stad Ronse in het bestuur.

Zorgvallei Ronse vermeldt op pagina 107 van haar offerte dat de arbeidsvoorwaarden van Familiezorg Oost-Vlaanderen vzw van toepassing zullen zijn voor de contractuele personeelsleden. Het contractueel personeel tewerkstellen aan de voorwaarden van de stad wordt immers als een risico becijferd (zie pagina 98 van de Offerte van Zorgvallei). Er wordt evenwel niet aangegeven in welke mate deze aangeboden voorwaarden dan in overeenstemming zullen zijn met de nu geldende loon- en arbeidsvoorwaarden. De onderhandelingstafel lijkt noodzakelijk om één en ander duidelijk in beeld te krijgen (zie pagina 102 van de offerte van Zorgvallei Ronse).

Conclusie:

De offerte van Zorgvallei Ronse voldoet niet aan de bestekseis dat de stad Ronse vertegenwoordigd dient te zijn in het bestuur van de rechtspersoon naar wie de erkenning wordt overgedragen. Daarenboven is het erg onduidelijk/onzeker of de bestaande loon- en arbeidsvoorwaarden in hoofde van het contractueel personeel van de stad behouden zullen kunnen blijven. Er wordt dienaangaande in vage bewoordingen verwezen naar de onderhandelingstafel.”

- deelopdracht 4:

“Er is een duidelijk visie op de beoogde (organisatie van de) dienstverlening.

Zorgvallei Ronse vermeldt op pagina 112 van haar offerte dat de arbeidsvoorwaarden van Familiezorg Oost-Vlaanderen vzw van toepassing zullen zijn voor de contractuele personeelsleden. Het contractueel personeel tewerkstellen aan de voorwaarden van de stad wordt immers als een risico becijferd (zie pagina 98 van de Offerte van Zorgvallei). Er wordt evenwel niet aangegeven in welke mate de geboden voorwaarden dan in overeenstemming zullen zijn met de nu geldende loon- en arbeidsvoorwaarden. De onderhandelingstafel lijkt noodzakelijk om één en ander duidelijk in beeld te krijgen (zie pagina 102 van de offerte van Zorgvallei Ronse).

Conclusie:

Het is onduidelijk en dus onzeker of de offerte van Zorgvallei Ronse voldoet aan een essentiële bestekseis inzake deze Deelopdracht. Er wordt dienaangaande in vage bewoordingen verwezen naar de onderhandelings-tafel.”

- deelopdracht 6:

“Er is een duidelijk visie op de beoogde (organisatie van de) dienstverlening.

Met respect voor hun eigen identiteit worden de opgegeven personeelsleden overgenomen door de overkoepelende organisatiestructuur van vzw Werken Glorieux onder de pijler Kind- en Jeugdzorg. Er wordt evenwel niet uitdrukkelijk bepaald of de bestaande loon- arbeidsvoorwaarden worden aanvaard.

Conclusie:

Het voorstel blijft te vaag, er wordt immers geen heldere uitspraak gedaan omtrent de bestekseis inzake de ter beschikkingstelling van het bestaande personeel met betaling van de maandelijkse loonlast.”

- deelopdracht 7:

“Op pagina 98 van de offerte van Zorgvallei Ronse wordt vermeld dat het geraamde verlies van het kinderdagverblijf en Initiatief Buitenschoolse Opvang zou moeten worden weggewerkt door besparingen op de personeelskosten (zijnde een equivalent van 5 FTE van de 19,5 FTE). Deze benaderingswijze staat haaks op de uitgangspunten van het Bestek waarin duidelijk bepaald wordt dat de opdrachtnemer de loonlast draagt van alle statutair personeel en waarin ook bepaald wordt dat alle contractuele personeelsleden van het bestaande Kinderdagverblijf worden overgedragen aan de bestaande bon- en arbeidsvoorwaarden

Conclusie:

De offerte van Zorgvallei Ronse is aldus niet in overeenstemming met voormelde essentiële besteksvoorwaarden inzake Deelopdracht 7.”

Een en ander brengt de verwerende partij in het gunningsverslag tot volgende conclusie:

“Voormelde afwijkingen en vaagheid zijn van substantiële aard.

De genoemde uitgangspunten en wezenskenmerken van de betrokken deelopdrachten 1, 3, 4 en 7 worden immers uitgehold of verlaten in de offerte van Zorgvallei Ronse.

Hierdoor is de offerte van Zorgvallei Ronse niet langer vergelijkbaar met deze van VZW WZC Sint-Vincentius en voldoet zij niet meer aan het globale opzet van de Opdrachtgever.

Indien de Opdrachtgever dergelijke afwijkingen zou aanvaarden, dan zou dit aanzien kunnen worden als een schending van het gelijkheidsbeginsel, dit zowel ten aanzien van de andere Inschrijver alsook ten aanzien van de relevante private sector, aangezien andere marktpartijen misschien beslissen om geen kandidatuur in te dienen precies omwille van de strenge voorwaarden die nu ook Zorgvallei Ronse niet te samen waar kan maken;

Vooraf de afwijkingen ten aanzien van de deelopdracht 1 zijn dermate fundamenteel en storend dat deze afwijkingen op zichzelf beschouwd reeds voldoende zijn om te besluiten dat deze offerte niet voldoet aan de essentiële voorwaarden van het bestek en het beoogde opzet van de Opdrachtgever.

Om deze redenen wordt de offerte van Zorgvallei Ronse dan ook al substantieel onregelmatig verworpen. In zoverre deze Inschrijver van oordeel zou zijn dat een uitsluiting op grond van voormelde substantiële onregelmatigheid niet correct zou geweest zijn, wat zeker niet het geval is, dient in ondergeschikte orde het volgende vastgesteld te worden:

1) Daar waar VZW WZC Sint-Vincentius een integraal besteksconforme offerte indient, slaagt Zorgvallei Ronse er slechts gedeeltelijk in om de voorwaarden van de Deelopdrachten 1, 3, 4 en 7 aan te houden in haar offerte.

Daarenboven wordt voor Deelopdracht 5 een erfpachtvergoeding voorgesteld van 1 euro daar waar VZW WZC Sint-Vincentius een jaarlijkse erfpachtvergoeding voorstelt van 36.500 euro. Op grond van deze vaststellingen kan reeds besloten worden dat VZW WZC Sint-Vincentius bij een inhoudelijke beoordeling van de offertes in ieder geval een veel hogere totaalscore zou behalen aan de hand van de vooropgestelde negen gunningscriteria.

2) Deze achterstand zou daarenboven niet meer overbrugbaar zijn tijdens de onderhandelingen, aangezien de partijen ook tijdens de onderhandelingen gelijk behandeld dienen te worden.

Welnu, een gelijke behandeling tijdens de onderhandelingen in functie van de doelstellingen van deze Opdracht leiden tot de vaststelling dat deze onderhandelingen ten aanzien van WZC VZW Sint-Vincentius beperkt kunnen worden tot onderhandelingen omtrent de inhoud van een samenwerkingsovereenkomst, gezien deze offerte integraal voldoet aan de besteksvoorwaarden (zie voorafgaande analyse).

Indien de scope van de onderhandeling met de beide Inschrijvers aldus beperkt zou worden (in functie van de opportuniteitsafwegingen in hoofde van de Aanbestedende Overheid en het OCMW alsook in functie van de gelijke behandeling van de Inschrijvers), zal Zorgvallei Ronse geenszins meer kunnen komen op hetzelfde offerteniveau als VZW WZC Sint-Vincentius. Immers zoals Zorgvallei Ronse zelf aangeeft op diverse plaatsen in haar offerte zou de Opdrachtgever tijdens de onderhandelingen 'keuzes moeten maken' tussen haar vooropgestelde doelstellingen, die volgens deze Inschrijver te samen immers onrealistisch en onhaalbaar zijn, ten einde te komen tot een haalbare exploitatie op lange termijn, rekening houdende met het businessplan van deze Inschrijver. Of met andere woorden het welslagen van de onderhandelingen met Zorgvallei Ronse zal afhankelijk zijn van de afzwakkingen die de Opdrachtgever bereid zou zijn te doen ten aanzien van de vooropgestelde uitgangspunten zoals bepaald in het bestek.

Dergelijke afzwakkingen heeft de VZW WZC Sint-Vincentius duidelijk niet nodig om te komen tot een evenwichtig financieel gezonde exploitatie.

Zodoende dient besloten te worden dat zelf indien de offerte van Zorgvallei Ronse regelmatig zou zijn geweest, *quod non*, onderhandelingen met deze inschrijven noch zullen leiden tot een even sterke offerte als deze in hoofde van de VZW WZC Sint-Vincentius, noch zullen leiden tot een inhoudelijk akkoord met de Opdrachtgever behoudens wanneer de Opdrachtgever de voorwaarde van de diverse Deelopdrachten zou terugschroeven, waartoe evenwel noch de opportuniteit zich stelt (gezien VZW WZC Sint-Vincentius ter zake wel kan voldoen), noch de juridische mogelijkheid toe bestaat (op straffe van schending van het gelijkheidsbeginsel).

Om voormelde redenen werd beslist enkel onderhandelingen op te starten met VZW WZC Sint-Vincentius.

In de marge dient te worden opgemerkt dat voormelde argumentatie niet langer zou stand houden indien tijdens de onderhandelingen zou blijken dat het inhoudelijk voorstel van VZW WZC Sint-Vincentius hetzij onrealistisch zou zijn hetzij zou worden gekoppeld aan extra voorwaarden die niet worden vermeld in de offerte.”

3.7. De verwerende partij heeft vervolgens enkel onderhandelingen gevoerd met de begunstigde inschrijver, waarbij de onderhandelingen werden beperkt tot de inhoud van een samenwerkingsovereenkomst.

3.8. Op 12 juni 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan de vzw WZC Sint-Vincentius. Diezelfde dag verleent ook de raad voor maatschappelijk welzijn van Ronse zijn goedkeuring.

IV. Schorsingsvoorwaarde

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Een eerste middel is ontleend aan de schending van het bijzonder bestek, het legaliteitsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het transparantiebeginsel en van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

“Doordat verwerende partij de offerte van verzoekende partijen substantieel onregelmatig heeft verklaard omdat deze zou afwijken van essentiële besteksbepalingen of omdat hun offerte soms onduidelijk zou zijn;
Terwijl op grond van het legaliteitsbeginsel en de *patere legem*-plicht een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes rekening dient te houden met de bepalingen en uitgangspunten van het toepasselijk bestek;
Dat het op huidige opdracht toepasselijke bestek als uitgangspunt neemt dat de meeste elementen in het bestek nog verder voorwerp zullen en/of moeten uitmaken van onderhandelingen; dat dit zeker geldt voor de elementen uit het bestek op grond van dewelke verwerende partij de offerte van verzoekende partijen onregelmatig heeft verklaard;
Dat de ligdagprijs, de overname van het personeel en de betaling van de pensioenlasten volgens het bestek duidelijk voorwerp zullen uitmaken van verdere onderhandelingen na de indiening van de eerste offerte; dat bijgevolg het bestek zelf aangeeft dat het niet gaat om vaststaande elementen en het bestek aldus marge laat voor afwijkingen vanwege de inschrijvers dienaangaande, waardoor er geen sprake van kan zijn dat het hier handelt om wezenskenmerken of essentiële elementen;
Dat verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing de bepalingen en de uitgangspunt van haar eigen bestek miskent.”

Beoordeling

6. In beginsel beschikt de aanbestedende overheid in een onderhandelingsprocedure met bekendmaking over een grote vrijheid om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure in te richten en te doorlopen. Deze vrijheid is echter niet onbeperkt. Ze wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder

meer het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in overheidsopdrachten. Ze wordt ook beperkt door de regels die de aanbestedende overheid zelf in het bestek heeft opgelegd. De keuze voor de onderhandelingsprocedure ontslaat de inschrijvers niet van de verplichting om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

Indien het bestek een onregelmatigheid niet zelf als substantieel aanmerkt, in het bijzonder in het kader van een onderhandelingsprocedure, ligt het op de weg van de aanbestedende overheid om te oordelen, rekening houdend onder meer met het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, of de offerte, behept met een onregelmatigheid al dan niet wordt geweerd om die reden.

7. De verzoekende partijen stellen in het middel dat “de meeste elementen in het bestek nog verder voorwerp zullen en/of moeten uitmaken van onderhandelingen”, waaruit overigens logischerwijs reeds volgt dat niet alle elementen zich hiertoe lenen.

8. Voor deelopdracht 1 is in het bestek met betrekking tot de overname van het personeel te lezen dat een beroep “dient” te worden gedaan op al het statutair personeel en voor de contractuele personeelsleden aan “minimaal” dezelfde loon- en arbeidsvoorwaarden zoals ze bestaan op het ogenblik van de gunning en voor de volledige duur van hun tewerkstelling. De passus in het gunningsverslag (blz. 7) dat onderhandelingen nodig zijn heeft niet, zo lijkt, de verplichte overname tot onderwerp en de waarborgen ter zake, maar wel het “weloverwogen en gedetailleerd kader dat enkel tot stand kan komen op basis van een intensieve onderhandeling”. Anders dan de verzoekende partijen, leest de Raad in deze passus vooralsnog niet dat volgens de verwerende partij de verplichting zelf inzake de overname van het personeel voor negotiatie vatbaar is. Het bestek stelt omtrent de gunningscriteria op bladzijde 21 integendeel dat de inschrijvers een visie moeten ontwikkelen op het personeelsbeleid “en de garanties voor het huidige personeel dat door de inschrijver dient te worden tewerkgesteld en dit voor de gehele duur van de tewerkstelling”.

Inzake deelopdracht 1 lijkt met betrekking tot de ligdagprijs wel enige onderhandelingsruimte gelaten te zijn, maar op het eerste gezicht is de vork van 50 à 55 euro wel duidelijk vastgelegd van offerte tot BAFO. Immer is daaromtrent te lezen dat “uit het uitbatingsplan het deel uitmaakt van de offerte/BAFO moet blijken” dat “de initieel beoogde dagprijs gelegen is tussen 50,00 EUR en 55,00 EUR per dag”, minstens gegarandeerd moet worden voor een periode van vijf jaar, en dat de evolutie op langere termijn moet worden aangegeven. Dat, binnen die vork, de aangerekende dagprijs tot de autonome beslissingsbevoegdheid van de inschrijvers behoort lijkt geen met die vaststelling strijdige lezing van het bestek, dat op bladzijde 21 bij de gunningscriteria rekent op een visie van de inschrijvers op de betaalbaarheid “binnen de vork zoals bepaald in bovenvermeld deel 2 van voorliggend Bestek”, “gestaafd met een gedetailleerd uitbatingsplan” waaruit onder meer de onderbouwing van “de voorgestelde ligdagprijs” moet blijken.

Tevens wordt bepaald dat de inschrijver zich ertoe “verbindt” om de toekomstige pensioenlasten over te nemen.

9. Op het eerste gezicht lijken die voorwaarden waaraan moet worden voldaan dan ook als essentiële elementen te zijn opgevat. Er anders over oordelen zou op het eerste gezicht indruisen tegen de bewoordingen gebruikt door het bestek.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen beweren, lijken dus bepaalde essentiële voorwaarden buiten de onderhandelingsruimte vast te liggen, te weten alleszins die betreffende de initiële dagprijs en de overname van het personeel.

In weerwil van het bestek voornoemde voorwaarden toch binnen de onderhandelingsruimte plaatsen, zou de gelijke behandeling tussen de inschrijvers in het gedrang brengen.

10. De grieven in het middel, die zijn gesteund op een tegenovergesteld uitgangspunt wat betreft voornoemde voorwaarden, dienen bijgevolg te worden verworpen.

11. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. Het tweede middel is ontleend aan de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de formelemotiveringswet), van de artikelen 5, 8°, en 8, § 1, 2°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de rechtsbeschermingswet), van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel:

“Doordat verwerende partij de offerte van verzoekende partijen substantieel onregelmatig verklaart omdat voornoemde offerte betreffende de deelopdrachten 1, 3, 4, 6 en 7 niet zou voldoen aan bepaalde beweerde essentiële besteksbepalingen;

Eerste onderdeel

Terwijl op grond van de materiële motiveringsplicht een administratieve overheid haar administratieve rechtshandelingen moet steunen op juiste feitelijke gegevens en rechtens aanvaardbare motieven;

Dat een aanbestedende overheid een offerte slechts onregelmatig kan verklaren als er in die offerte effectief elementen niet overeenstemmen met vereisten uit het bestek;

Dat in tegenstelling tot wat verwerende partij beweert de offerte van verzoekende partijen wel degelijk rekening heeft gehouden met alle uitgangspunten en vereisten geformuleerd in het bestek; dat in die zin verwerende partij de gegevens van het administratief dossier miskent, wanneer zij oordeelt dat de offerte van verzoekende partijen onregelmatigheden zou bevatten;

Dat verwerende partij de offerte van verzoekende partijen heeft meegenomen naar de tweede fase van de onderhandelingsprocedure; dat uit de

bepalingen van het bestek voortvloeit dat dit enkel kan als de offerte regelmatig is; dat aldus verwerende partij zichzelf tegenspreekt en in elk geval haar eigen bestek miskent door de offerte van verzoekende partijen onregelmatig te verklaren.

[...]

Tweede onderdeel

Terwijl op grond van de formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet en artikel 5, 8° Rechtsbeschermingswet een aanbestedende overheid haar beslissingen formeel en afdoende moet motiveren;

Dat op grond van de *patere legem*-plicht verwerende partij bij het beoordelen van de offertes haar eigen besteksbepalingen dient na te leven, daarbij ook rekening houdend met het evenredigheidsbeginsel;

Dat als een aanbestedende overheid een offerte substantieel onregelmatig verklaart, zij haar eigen bestek dienaangaande niet mag tegenspreken en zij bovendien afdoende en concreet moet motiveren in de gunningsbeslissing waarom een bepaalde besteksbepaling essentieel is als dit niet blijkt in het bestek; dat de aanbestedende overheid zich dienaangaande niet mag beperken tot stijlformules of algemeenheden;

Dat het bestek duidelijk op bladzijde 11 aangeeft dat de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om offertes onregelmatig te verklaren, die afwijken van de zogenaamde vereisten vermeld in deel 2 van het bestek; dat het niet handelt om een verplichting; dat de aanbestedende overheid aldus zelf aangeeft dat het niet handelt om essentiële elementen;

Dat door louter te stellen in het gunningsverslag dat bepaalde elementen van het bestek wezenskenmerken of uitgangspunten zouden zijn of dat bij een afwijking van de aangehaalde elementen het algemeen opzet van de opdracht in het gedrang zou komen of dat zou worden geraakt aan de gelijke behandeling van de inschrijvers, de bestreden beslissing niet beantwoordt aan een afdoende en concrete motivering zoals vereist door de formele motiveringsplicht; dat immers deze algemeenheden en vaagheden nog niet concreet verklaren waarom de door verwerende partij aangehaalde elementen uit het bestek, om de offerte van verzoekende partijen substantieel onregelmatig te verklaren, essentieel zijn;

[...]

Derde onderdeel

Terwijl op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel een administratieve overheid de feitelijke gegevens en informatie, die zij ontvangt van een burger (i.c. de inschrijvers) zorgvuldig moet onderzoeken en evalueren;

Dat verzoekende partijen op basis van een analyse van de bij verwerende partij opgevraagde informatie en de door verwerende partij overgemaakte documenten en elementen bij hun offerte een businessplan en financiële analyse hebben [gevoegd] waaruit blijkt dat op grond van de hypothetische uitgangspunten in het bestek (ligdagprijs, overname personeel, betaling pensioenlasten) het project betreffende de uitbating van het nieuw woonzorgcentrum financieel niet haalbaar is;

Dat in de mate dat de financiële haalbaarheid een bestekvereiste zou zijn, verwerende partij op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel minstens had

moeten onderzoeken op een concrete wijze of de door verzoekende partijen bijgebrachte informatie al dan niet juist is en bijgevolg of zij al dan niet aantonen dat het project financieel niet haalbaar is in de zin zoals beoogd door verwerende partij.

Dat nergens uit de bestreden beslissing of het gunningsverslag blijkt dat verwerende partij voornoemde informatie van de verzoekende partijen inzake de financiële haalbaarheid heeft onderzocht: dat bovendien niet blijkt dat verwerende partij bij het nemen van de gunningsbeslissing, en het licht van de ontvangen informatie, heeft nagegaan of zij zich in het bestek niet heeft gebaseerd op foutieve (hypothetische) uitgangspunten.”

Beoordeling

a. eerste middelonderdeel

13. De verzoekende partijen stellen terecht dat in hun offerte met betrekking tot deelopdracht 1 kan worden gelezen dat zij in hun ondernemingsplan rekening houden met de dagprijs gelegen tussen 50 en 55 euro, met de overname van het personeel en met de tenlasteneming van de toekomstige pensioenlasten.

Dit “rekening houden” resulteert evenwel in een verduidelijking dat de door de verwerende partij beoogde doelstellingen, waarvan hiervóór voorlopig is aangenomen dat ze essentiële voorwaarden vormen, volgens de verzoekende partijen “financieel totaal onhaalbaar en onrealiseerbaar zijn”. De offerte preciseert dat “tijdens de onderhandelingsfase, afspraken en verbintenissen moeten worden gemaakt omtrent de uitbatingsvoorwaarden, de onderlinge risicoverdeling, het personeelsbeleid, de aanwending en besteding van positieve financiële resultaten, enz.”. De verzoekende partijen zien een mogelijkheid in de inbreng van WZC Hogerlucht, maar een definitieve beslissing laten zij afhangen van het verzekeren van een duurzame financieel haalbare uitbating op lange termijn.

Met betrekking tot de overname van het personeel wordt het “gehouden zijn aan [de] besteksbepalingen” eveneens aangevuld met een conclusie in de voorwaardelijke wijs:

“De optimalisatiemogelijkheden zijn aanwezig; maar niet voldoende om de pensioenlasten te dragen. De vzw Werken Glorieux dient dan ook deze offerte in als kandidaat-partner en met het uitdrukkelijk verzoek de samenwerking in overleg verder vorm en inhoud te geven tijdens de verdere besprekingen.”

Vastgesteld zij dat het personeelsbeleid wegens de vermeende financiële totale onhaalbaarheid en onrealiseerbaarheid van de beoogde doelstellingen, in de offerte naar de onderhandelingsfase wordt verwezen.

14. De verwerende partij schendt op het eerste gezicht niet de in het eerste middelonderdeel aangevoerde bepalingen en beginselen, door uit deze redactie van de offerte af te leiden dat ze strijdt met essentiële besteksbepalings met betrekking tot de exploitatievoorwaarden voor deelopdracht 1.

15. De opeenvolgende fases van de onderhandelingsprocedure zijn hiervóór *sub* 3.3.3 aangehaald. In fase 1 worden de offertes beoordeeld. Daarna volgt fase 2 met een mondelinge toelichting van “de ingediende offerte”. Anders dan de verzoekende partijen het doen, leest de Raad nergens dat het toelaten tot de mondelinge toelichting van de “ingediende offerte” *ipso facto* betekent dat de aanbestedende overheid die offerte regelmatig heeft verklaard. Voorts lijken de verzoekende partijen er geen belang bij te hebben om aan te voeren dat zij ten onrechte zouden zijn uitgenodigd om een mondelinge toelichting te geven van hun ingediende offerte.

16. Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partijen in de huidige stand van de procedure niet kunnen overtuigen dat de verwerende partij ten onrechte heeft vastgesteld dat de hiervóór besproken voorwaarden essentiële besteksvoorwaarden vormen en dat hun offerte voor deelopdracht 1 op dit vlak essentiële onregelmatigheden bevat.

Aangezien de verzoekende partijen geen kritiek uiten op de vaststelling, door de verwerende partij, “dat deze afwijkingen op zichzelf beschouwd reeds voldoende zijn om te besluiten dat deze offerte niet voldoet aan de

essentiële voorwaarden van het bestek”, lijken de grieven die betrekking hebben op de beoordeling van de overige deelopdrachten als overtollige motieven, niet onderzocht te moeten worden.

17. Het middelonderdeel is niet ernstig.

b. tweede middelonderdeel

18. Waarom de door de verwerende partij aangehaalde elementen uit het bestek reden zijn om de offerte van de verzoekende partijen substantieel onregelmatic te verklaren is in de bestreden beslissing als volgt onder woorden gebracht:

“Voormelde afwijkingen en vaagheid zijn van substantiële aard.

De genoemde uitgangspunten en wezenskenmerken van de betrokken deelopdrachten 1, 3, 4 en 7 worden immers uitgehold of verlaten in de offerte van Zorgvallei Ronse.

Hierdoor is de offerte van Zorgvallei Ronse niet langer vergelijkbaar met deze van VZW WZC Sint-Vincentius en voldoet zij niet meer aan het globale opzet van de Opdrachtgever.

Indien de Opdrachtgever dergelijke afwijkingen zou aanvaarden, dan zou dit aanzien kunnen worden als een schending van het gelijkheidsbeginsel, dit zowel ten aanzien van de andere Inschrijver alsook ten aanzien van de relevante private sector, aangezien andere marktpartijen misschien besluiten om geen kandidatuur in te dienen precies omwille van de strenge voorwaarden die nu ook Zorgvallei Ronse niet te samen waar kan maken; Vooral de afwijkingen ten aanzien van de deelopdracht 1 zijn dermate fundamenteel en storend dat deze afwijkingen op zichzelf beschouwd reeds voldoende zijn om te besluiten dat deze offerte niet voldoet aan de essentiële voorwaarden van het bestek en het beoogde opzet van de Opdrachtgever.

Om deze redenen wordt de offerte van Zorgvallei Ronse dan ook al substantieel onregelmatic verworpen.”

19. Hiermee lijkt de verwerende partij te hebben voldaan aan de formelemotiveringsplicht die op haar rust. Zij zet uiteen – op het eerste gezicht overigens vanuit materieel oogpunt ook terecht – dat een voorschrift waarvan de niet-naleving de verbreking van de gelijke behandeling tussen de inschrijvers meebrengt, een substantieel voorschrift uitmaakt en dat de vastgestelde afwijkin-

gen van substantiële besteksvoorschriften de substantiële onregelmatigheid van de betrokken offerte tot gevolg hebben en de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid inperken.

Ten overvloede zij vastgesteld dat de veruitwendigde motieven de verzoekende partijen in staat hebben gesteld ze in hun verzoekschrift inhoudelijk te betwisten, zodat minstens aan het doel van de formelemotiveringsplicht lijkt voldaan te zijn en de verzoekende partijen geen belang hebben bij het middelonderdeel.

20. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

c. derde middelonderdeel

21. In het gunningsverslag wordt uitvoerig aandacht gegeven aan het “rekenmodel” van de gekozen inschrijver, waarbij is afgetoetst of het voldoet aan de essentiële voorwaarden inzake ligdagprijs en personeelsengagements bij de exploitatie van het nieuwe woonzorgcentrum, zowel wat de overname betreft als de pensioenlasten. Het verslag concludeert dat de offerte voldoet aan de essentiële bestekbepalingen inzake deze deelopdracht.

De verzoekende partijen mogen er over die financiële haalbaarheid een andere mening op nahouden, maar aldus blijkt hun bewering dat de verwerende partij onzorgvuldig is te werk gegaan door hun analyse van de financiële haalbaarheid niet te onderzoeken en te evalueren, ernst te missen. Door de financiële engagements in de offerte van de gekozen inschrijver te analyseren en te aanvaarden heeft de verwerende partij immers impliciet maar zeker afstand genomen van door de verzoekende partijen geopperde bezwaren. Daargelaten of het zorgvuldigheidsbeginsel de inhoud heeft die de verzoekende partijen er concreet aan geven, mist het middelonderdeel op het eerste gezicht feitelijke grondslag.

22. Het derde middelonderdeel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

23. Een derde middel is geput uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, van de artikelen 5, 8°, en 8, § 1, 2°, van de rechtsbeschermingswet, van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van het gelijkheidsbeginsel:

“Doordat verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig heeft verklaard;

Terwijl een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes de inschrijvers gelijk dient te behandelen en deze offertes op een zorgvuldige wijze dient te beoordelen; dat deze gelijke behandeling en het zorgvuldig onderzoek conform de formele motiveringsplicht dient te blijken uit de bestreden beslissing;

Dat uit de bestreden beslissing en het gevoegde gunningsverslag niet blijkt dat de gekozen inschrijver met haar eerste offerte de financiële haalbaarheid van het project kan waarborgen en dit voor zover het hier zou handelen om een essentiële besteksvereiste; dat verwerende partij blijkbaar op dat vlak de offerte van de gekozen inschrijver niet heeft onderzocht, minstens blijkt dit niet uit de bestreden beslissing.”

Beoordeling

24. Uit de beoordeling van het eerste en het tweede middel blijkt in de huidige stand van de procedure niet dat de offerte van de verzoekende partijen ten onrechte onregelmatig is verklaard.

Zij hebben dan enkel belang bij dit derde middel, zo lijkt, indien zij kunnen aantonen dat ook de gekozen inschrijver de opdracht niet had mogen krijgen, inzonderheid omdat haar offerte ten onrechte regelmatig is verklaard.

De verzoekende partijen voeren enkel aan dat de verwerende partij de haalbaarheid van de offerte van de gekozen inschrijver niet zou hebben onderzocht. Zij maken echter op het eerste gezicht hun kritiek op de financiële haalbaarheid van het plan van de gekozen inschrijver niet hard, terwijl uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij wel degelijk kennis heeft genomen van het “bindend gedetailleerd rekenmodel [...] voor de komende 25 jaar” dat deze inschrijver heeft aangebracht. Dat deze becijfering van de exploitatiekosten niet de naam “ondernemingsplan” maar “rekenmodel” draagt, doet daaraan geen afbreuk.

25. Het derde middel mist ernst.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

26. Een vierde middel is ontleend aan de schending van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, van artikel 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, van de artikelen 5, 8°, en 8, § 1, 2°, van de rechtsbeschermingswet, van de bestekbepalingen, het legaliteitsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel:

“Doordat verwerende partij in ondergeschikte orde oordeelt dat zelfs indien zij de offerte van verzoekende partij niet onregelmatig verklaart, deze offerte nooit de economisch meest voordelige zou kunnen zijn;

Terwijl op grond van het legaliteitsbeginsel en de *patere legem*-plicht een aanbestedende overheid haar eigen regels opgenomen in haar bestek dient na te leven bij het onderzoek van de offertes;

Dat het bestek een vrij precies verloop van de onderhandelingsprocedure in verschillende fases voorziet; dat na de eerste fase, fase waarin de offertes van verzoekende partijen zijn tegengehouden, er nog een tweede fase is voorzien waarin verzoekende partijen de mogelijkheid krijgen om hun eerste offerte toe te lichten, een derde fase waarbij verzoekende partijen de kans kregen om te onderhandelen, waarbij de aanbestedende overheid de mogelijkheid had om het Bijzonder bestek te wijzigen, een vierde fase waarbij verzoekende partijen een BAFO konden indienen;

Dat verwerende partij voornoemd chronologisch verloop miskent door in de bestreden beslissing een definitief oordeel te vellen over de kansen van verzoekende partijen om de opdracht binnen te behalen, terwijl verzoekende partijen niet de kans kregen om de verschillende fases van de onderhandelingsprocedure te doorlopen;

Dat bovendien verwerende partij zichzelf de onafhankelijke discretionaire bevoegdheid ontnemt, die zij zichzelf heeft toegekend in het bestek bij de beoordeling van de BAFO; Dat het inherent is aan een onderhandelingsprocedure met het indienen van een BAFO dat de beoordeling van deze BAFO danig kan verschillen met de beoordeling van de eerste offerte [...]; dat verwerende partij deze uitgangspunten miskent in de bestreden beslissing door op een hypothetische wijze reeds vooruit te lopen op de beoordeling van de eerste offerte en de mogelijke BAFO van verzoekende partijen;

En terwijl een administratieve overheid op grond van de materiële motiveringsplicht, haar beslissingen moet steunen op juiste feitelijke gegevens en rechtens aanvaardbare motieven, waarbij deze gegevens en motieven op een redelijke wijze de beslissing kunnen schragen; dat verwerende partij zich niet kan baseren op veronderstellingen of vaagheden, die zijzelf op het ogenblik van de beslissing zelf nog niet in de hand heeft;

Dat het feit dat verzoekende partijen er niet zouden in slagen om een besteksconforme offerte in te dienen, in beginsel, in de redenering van verwerende partij, geen weerslag kan hebben op de beoordeling ten gronde van de offerte; dat immers dit motief eventueel de regelmatigheid van de offerte betreft, doch niet haar kwaliteit;

Dat uit de offerte van verzoekende partijen nergens blijkt dat zij slechts een erfpachtvergoeding van 1 euro zouden hebben geboden; dat zelfs indien dit het geval zou zijn, dit element slechts op 5 punten staat en de verwerende partij niet aantoont dat de quoterings van de offerte van verzoekende partijen op dit punt van doorslaggevende aard zou zijn voor de toekenning van de opdracht;

Dat verwerende partij op geen enkele wijze concreet motiveert en aantoont dat verzoekende partijen met hun eerste offerte ten aanzien van een onoverbrugbare kloof zouden staan; dat de onderhandelingsfase juist als bedoeling heeft dat partijen dicht bij elkaar komen; dat in tegenstelling tot wat verwerende partij beweert, verzoekende partijen in hun eerste offerte nooit ultimatus hebben gesteld of hebben beweerd dat hun uitgangspunten niet wijzigbaar waren; dat verzoekende partijen enkel hebben trachten aan te tonen wat volgens hen voorlopig een optimale uitvoering van de opdracht inhoudt.”

Beoordeling

27. Het middel is geënt op de beoordeling in ondergeschikte orde in het gunningsverslag, dus in het geval “een uitsluiting op grond van voormelde substantiële onregelmatigheid niet correct zou zijn geweest”.

28. Uit de beoordeling van de overige middelen is gebleken dat de verzoekende partijen niet met de vereiste *prima facie* ernst hebben aangetoond dat de verwerende partij onterecht hun offerte substantieel onregelmatig heeft bevonden.

29. Het middel is dan ook niet dienstig en, bijaldien, niet ernstig.

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 800 euro, elk voor een vierde, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 juli 2017,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Geert Van Haegendoren