

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 238.972 van 24 augustus 2017
in de zaak A. 222.793/XII-8.415.**

In zake: de NV STERREBUILDING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF ZELE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9300 Aalst
Désiré De Wolfstraat 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 augustus 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de raad van bestuur van het autonoom gemeentebedrijf Zele van 14 juli 2017 waarbij de THV DBI-DMI wordt aangeduid als voorkeurbieder en de verzoekende partij, hangende de onderhandelingen met de voorkeursbieder, “in de wachtkamer” wordt geplaatst.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 augustus 2017, om 11 uur.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Liesbeth Peeters, die loco advocaat Wim Rasschaert verschijnt 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit “Ontwikkeling van de nieuwe jeugd- en sportinfrastructuur Zele (Design & Build)”.

Het voorwerp van de opdracht betreft het realiseren van een zogenaamd DB-programma (Design & Build) voor het ontwerp en de bouw van de nieuwe jeugd- en sportinfrastructuur te Zele, inbegrepen de sloop van de huidige huisvesting voor de voetbalclubs en de installatie van een tijdelijke huisvesting tijdens de werken, alsmede het ontwerp en de raming van de omgevingsaanleg, en leidt tot een DB-overeenkomst tussen de opdrachtgever en de ontwikkelaar die ook als opdrachtnemer wordt aangeduid.

Als gunningswijze wordt gekozen voor een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 26 oktober 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 29 oktober 2016.

3.3. Op 20 december 2016 wordt de selectiebeslissing genomen.

3.4. Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

1. Functionaliteit van het gebouw - 50 punten
2. Technische kwaliteit en duurzaamheid - 50 punten
3. Architecturale kwaliteit - 40 punten
4. Financieel voorstel - 30 punten
5. Projectmanagement - 30 punten

3.5. Vervolgens dienen twee van de geselecteerde kandidaten een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

3.6. Beide inschrijvers presenteren hun offerte op 9 februari 2017.

3.7. Op 29 mei 2017 wordt, op basis van een beoordelingsverslag van 15 mei 2017, beslist om de THV DBI-DMI aan te duiden als voorkeursbieder teneinde met deze voorkeursbieder definitieve onderhandelingen aan te knopen en anderzijds de inschrijver Sterrebuilding in de wachtkamer te plaatsen, hangende de onderhandelingen met de voorkeursbieder.

3.8. Op 16 juni 2017 dient de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van voormelde beslissing in bij de Raad van State.

3.9. Vervolgens trekt de verwerende partij op 29 juni 2017 de beslissing van 29 mei 2017 in.

3.10. In arrest nr. 238.754 van 4 juli 2017 verwerpt de Raad van State de vordering waarbij vastgesteld wordt dat de door de verzoekende partij ingestelde vordering gelet op de intrekking zonder voorwerp is, minstens dat de verzoekende partij haar belang bij de vordering heeft verloren.

3.11. Op 4 juli 2017 wordt een nieuw beoordelingsverslag opgesteld.

3.12. Op 14 juli 2017 beslist de verwerende partij, op basis van dit beoordelingsverslag, om de THV DBI-DMI aan te duiden als voorkeursbieder teneinde met deze voorkeursbieder definitieve onderhandelingen aan te knopen en anderzijds de verzoekende partij “in de wachtkamer” te plaatsen, hangende de onderhandelingen met de voorkeursbieder.

3.13. Met een aangetekend schrijven van 18 juli 2017 wordt deze beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij. Als bijlage wordt tevens een uittreksel van het beoordelingsverslag van 4 juli 2017 gevoegd, meer bepaald het deel met betrekking tot de beoordeling van haar offerte. Daarbij wordt meegedeeld dat bij definitieve toewijzing iedere inschrijver het integrale verslag met alle scores zal ontvangen.

IV. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. Beide partijen vragen een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen.

Deze stukken zijn afzonderlijk neergelegd, de vertrouwelijkheid ervan is uitdrukkelijk aangegeven en vermeld in de inventaris en de motieven voor die vraag worden weergegeven in de verzoekschriften en de nota. Er belet dus alvast op formeel vlak de Raad van State niets om in de huidige stand van de procedure in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling. Zoals zal blijken uit de beoordeling van de middelen, lijkt het heffen van het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken op het eerste gezicht ook niet nodig voor de oplossing van het

geschil.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. 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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies, 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het eerste middel is genomen uit de schending van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: wet van 15 juni 2006), van het gelijkheids- en transparantiebeginsel en het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, van artikel 55 van richtlijn 2004/18/EG, van de formelemotiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiëlemotiveringsplicht.

Volgens de verzoekende partij zwakt de verwerende partij een essentiële bepaling van het bestek, te weten de dwingende realisatietermijn, af naar een “indicatieve timing”.

Het middel wordt opgesplitst in drie onderdelen die door de verzoekende partij zelf als volgt worden samengevat:

“Eerste onderdeel: schending van artikel 5 van de Wet van 15 juni 2006, schending van het transparantiebeginsel en het beginsel patere legem quam ipse fecisti;

Doordat Verwerende Partij is afgeweken van het dwingend karakter van de einddatum waarop de werken dienden te worden gerealiseerd, en dit in strijd met de informatie opgenomen in de aankondiging van de Opdracht en de opdrachtdocumenten, in strijd met het essentieel karakter van de uitvoeringstermijn als determinerend element bij het opstellen van een concurrentiële offerte, in strijd met de eigen communicatie tijdens de gunningsprocedure; en in strijd met de interpretatie die alle inschrijvers aan de betrokken uitvoeringstermijn op grond van de Besteksbepalingen hebben gegeven;

Terwijl, het transparantie en patere legem-beginsel vereisen dat de bepalingen van het Bestek worden toegepast; en

Tweede onderdeel: schending van het gelijkheidsbeginsel

Doordat de betrokken beslissing van de aanbestedende overheid is ingegeven, om één welbepaalde inschrijver te bevoordelen, met name de voorkeursbieder die in zijn offerte er - blijkens de tekst van het beoordelingsverslag - niet in geslaagd was om het volledige programma van eisen te realiseren binnen de toegelaten uitvoeringstermijn;

Terwijl het gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in artikel 5 van de Wet van 15 juni 2006, de gelijke behandeling voorschrijft van de inschrijvers;

Derde onderdeel: schending van de formele motiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991; artikel 55 van Richtlijn 2004/18/EG, de materieel motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel;

Doordat de haalbaarheid van de uitvoeringstermijn/timing in de offerte van Verzoekende Partij in twijfel trekt zonder enige toelichting of motivering, laat staan bevraging, en op basis van die twijfel de offerte van Verzoekende Partij en deze van de voorkeursbieder gelijkshakelt;

Terwijl de formele motivering vereist dat de overwegingen in het beoordelingsverslag worden onderbouwd en toegelicht opdat een inschrijver weet op welke motieven hij zich dient te verweren; en

Terwijl artikel 55 van de Richtlijn 2004/18/EG en het zorgvuldigheidsbeginsel voorschrijven dat een aanbestedende overheid die het realistisch karakter van bepaalde aspecten van een offerte in vraag stelt en het voornemen heeft om de offerte daarom buiten spel te zetten, de verplichting heeft de betrokken inschrijver de kans te geven (schriftelijk) de betrokken aspecten te verantwoorden; en

Doordat het in vraag stellen van de betrokken uitvoeringstermijn/timing intern tegenstrijdig is met de overige overwegingen in het beoordelingsverslag, aanzien:

(a) Verzoekende Partij in zijn planning rekening heeft gehouden met de vertragende ('onvoorziene') elementen die Verwerende Partij beschrijft;

(b) Verwerende Partij Verzoekende Partij bovendien een score 'zeer goed' toekent wat betreft het gunningscriterium 'projectmanagement', waar de planning onderdeel van uitmaakt

Terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht vereisen dat de Bestreden Beslissing wordt gegrond op een zorgvuldig en degelijk onderzoek van de offerte en intern coherent is”.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7. Overeenkomstig artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 moeten de aanbestedende overheden de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze behandelen.

De verwerende partij steunt in het beoordelingsverslag, waar de bestreden beslissing naar verwijst, haar beoordeling onder meer op het uitgangspunt dat de in het bestek opgegeven uitvoeringstermijn een nagestreefde doch slechts richtinggevende timing betreft, die redelijkerwijze niet meer kan worden gehaald.

Uit het beoordelingsverslag van 4 juli 2017 blijkt dat “het door de aanbestedende overheid zelf opgelegde programma van eisen een onvoorziene, bijkomende procedurestap noodzaakt (met name het verzoek tot afwijking van de brandnorm aan de bevoegde commissie) waardoor moet geacht worden dat de beoogde, nagestreefde doch slechts richtinggevende timing redelijkerwijze niet kan gehaald worden”.

In de aankondiging en de selectieleidraad werd reeds op algemene wijze bij de beschrijving van de opdracht gesteld dat de infrastructuur voorlopig moet worden opgeleverd op 1 augustus 2018 en uiterlijk geopend op 1 september 2018.

Ook het bijzonder bestek bepaalt aangaande de timing het volgende:

“20. Timing

Voor de Opdrachtgever is timing van zeer groot belang.

Inschrijvers hebben tot uiterlijk 8 februari 2017 de kans om een Offerte op te maken en in te dienen. De presentatie van de Offertes gaat door op 9 februari 2017 vanaf 13.00h.

De toewijzing van de opdracht wordt verwacht uiterlijk begin maart 2017.

De uiterlijke datum van voorlopige oplevering wordt gesteld op 6 augustus 2018.

Er wordt gewezen op de vertragsboetes die in dit Bestek zijn opgenomen”.

Daarnaast bevat het bestek, specifiek wat de uitvoeringstermijn betreft, evenwel ook de volgende bepaling:

“10.3. Uitvoeringstermijn

De uitvoeringstermijn van de Opdracht wordt niet uitgedrukt in werkdagen door de Opdrachtgever. De bepaling van een realistische uitvoeringstermijn is afhankelijk van het concept en voorstel van de Opdrachtnemer die zelf instaat voor de opmaak van een realistische projectplanning (zie ook verder, gunningscriteria).

Desalniettemin wijst de Opdrachtgever erop dat het nieuwe gebouw volledig gebruiksklaar moet zijn in augustus 2018.

Het is aan de Opdrachtnemer om in zijn planning aan te geven of dit, in functie van het voorgestelde concept, haalbaar en realistisch is en zo niet, welke timing dat wel is.

In het kader van het prestatiebestek dient het Bouwwerk volledig gebruiksklaar - inbegrepen de keuringen en de testen van de installaties - te zijn tegen de datum opgenomen in de Offerte van de Opdrachtnemer. Deze datum is gebaseerd op de planning die uitgaat van het moment van de definitieve vergunningen.

[...]”.

Uit de omschrijving van de gunningscriteria in het bestek blijkt dat daarnaast de effectief voorgestelde uitvoeringstermijn en planning een beoordelingselement vormen bij de beoordeling van het vijfde gunningscriterium “projectmanagement”.

Voorts blijkt de verwerende partij in haar e-mailbericht van 24 februari 2017 aan de verzoekende partij, waarin een aantal vragen tot verduidelijking werden gesteld, bij vraag 84 nogmaals bevestigd te hebben dat het een “indicatieve timing” betrof.

Uit de e-mailberichten van 3 en 31 maart 2017, uitgaande van de NV Bopro, de technisch adviseur van de verwerende partij, lijken op het eerste gezicht geen indicaties te kunnen worden afgeleid omtrent de aard van de beoogde uitvoeringstermijn.

Op het eerste gezicht mocht de verwerende partij in de bestreden beslissing in het licht van voormelde besteksbepalingen en haar eerdere handelwijze dan ook aannemen dat de besteksvereiste inzake de beoogde uitvoeringstermijn geen essentiële besteksvereiste betreft.

Het bestek bepaalt weliswaar dat het nieuwe gebouw volledig gebruiksklaar moet zijn in augustus 2018, doch lijkt ook uitdrukkelijk in een afwijkmogelijkheid te voorzien door toe te laten dat de opdrachtnemer in zijn planning aangeeft of dit, in functie van het voorgestelde concept, haalbaar en realistisch is en zo niet, welke timing dat dan wel is.

In die omstandigheden lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de realisatietermijn van augustus 2018 een dwingende realisatietermijn betreft en een essentiële besteksvoorwaarde, en dus evenmin dat de verwerende partij de aard van deze vereiste lopende de procedure zou hebben gewijzigd.

Het eerste middelonderdeel is dan ook niet ernstig.

Tweede onderdeel

8. Ook het tweede onderdeel van het middel steunt op het hiervoor niet aanvaarde uitgangspunt dat de besteksvereiste inzake de beoogde

uitvoeringstermijn een essentiële besteksvereiste zou zijn.

Aldus kan op het eerste gezicht evenmin een schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers worden aangenomen.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Derde onderdeel

9. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang bij dit onderdeel op omdat het betrekking zou hebben op een overtollige overweging in het beoordelingsverslag, die geen impact zou hebben gehad op de beoordeling.

In het beoordelingsverslag wordt onder titel 9 “presentatie van de offertes en verloop van de beoordeling” onder meer opgemerkt dat “door de inschrijver Sterrebuilding [...] een procedureaanpak [is] voorgesteld, waarin de onvoorziene stap weliswaar is opgenomen en de beoogde, richtinggevende timing wordt gehaald, doch waarvan de haalbaarheid wordt betwijfeld (zie hoger, behandelingstermijnen voor de Commissie)”.

Op het eerste gezicht lijkt de verzoekende partij dus geen belang te hebben bij haar grief omdat voormeld motief niet gehanteerd lijkt te zijn om tot onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij te besluiten, noch bij de beoordeling van de gunningscriteria. Er blijkt evenmin prima facie dat indien er geen twijfel zou zijn geuit door de verwerende partij met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij op dit punt de tot op heden gevoerde onderhandelingsprocedure niet hetzelfde verloop zou hebben gekend.

Wat de ernst van dit onderdeel betreft, valt voorts op te merken dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, het beoordelingsverslag wel een toelichting of motivering voor deze “twijfel” lijkt te bevatten nu als

verantwoording uitdrukkelijk wordt verwezen naar de hoger in het beoordelingsverslag vermelde behandelingstermijnen voor de Commissie, waarbij de verwerende partij op basis van eigen nazicht blijkt te hebben vastgesteld dat de behandelingstermijn voor een verzoek tot afwijking van de brandnorm door de bevoegde commissie en beslissing van de bevoegde minister minimum 6 maanden bedraagt.

Ook het derde middelonderdeel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. Het tweede middel is genomen uit de schending van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”.

Het middel wordt door de verzoekende partij als volgt samengevat:

“Doordat Verwerende Partij in het beoordelingsverslag op verschillende punten zoals hierna uiteengezet, negatieve opmerkingen formuleert ten aanzien van de offerte van Verzoekende Partij, terwijl deze negatieve punten de eigen besteksvereisten van Verwerende Partij hernemen, minstens daarvan het logisch uitvloeisel zijn, dan wel deze negatieve punten geen beoordelingselement uitmaken van het beoordeelde gunningscriterium;

Zodat m.a.w. de offerte van Verzoekende Partij minwaardes worden aangerekend voor elementen die geen steun vinden in de vereisten van het Bestek en het programma van eisen;

Terwijl het transparantie- en patere legem-beginsel voorschrijven dat een aanbestedende overheid er toe gehouden is (i) de inschrijvers duidelijk en transparant in kennis te stellen van de vereisten van de opdracht; en (ii) vervolgens die vereisten ook toe te passen bij de beoordeling van de offertes; en zodoende een aanbestedende overheid niet zonder schending van deze beginselen een offerte negatief kan evalueren wanneer deze de betrokken vereisten honoreert”.

In de uiteenzetting van het middel wijst de verzoekende partij daarbij inzonderheid op de negatieve beoordeling van de gevelsignalisatie en van de raampartijen bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium “functionaliteit” en op de negatieve beoordeling van de akoestische nota, van haar kritiek op de besteksvereisten en van de innovativiteit bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium “technische kwaliteit en duurzaamheid”.

Beoordeling

11. Het tweede middel betreft de beoordeling van het eerste gunningscriterium “functionaliteit” en het tweede gunningscriterium “technische kwaliteit en duurzaamheid”. De kritiek van de verzoekende partij blijkt uitsluitend betrekking te hebben op negatieve opmerkingen met betrekking tot haar eigen offerte in relatie tot het bestek, aangezien zij vooralsnog door de verwerende partij niet van de motieven met betrekking tot de offerte van de voorkeursbieder in kennis blijkt te zijn gesteld. De verwerende partij kondigt aan deze gegevens kenbaar te maken bij de definitieve gunningsbeslissing. Het middel wordt dan ook uitsluitend vanuit dit oogpunt onderzocht.

De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en zelf de rangschikking wijzigen.

Het transparantiebeginsel moet in redelijkheid worden geïnterpreteerd. Op het eerste gezicht kan bij een offerteaanvraag van een aanbestedende overheid niet worden geëist dat zij in het bestek en de bijlagen een allesomvattende en gedetailleerde oplijsting maakt van alle elementen die in het kader van de opdracht worden verwacht van de inschrijvers. Het lijkt te moeten worden aanvaard dat een aanbestedende overheid bij het beoordelen van de offertes, zonder de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging waren vooropgesteld te wijzigen, haar werk inzake het onderzoek en de analyse van de

ingediende offertes mag structureren. De overheid lijkt daarbij wel geen gebruik te mogen maken van beoordelingselementen die de gunningscriteria opgenomen in het bestek wijzigen, die hetzij, waren ze aan de inschrijvers bekend geweest op het ogenblik van het opstellen van hun offertes, hun offertes hadden kunnen beïnvloeden, hetzij discriminerend werken ten aanzien van één van de inschrijvers.

Bij de omschrijving van het eerste gunningscriterium “functionaliteit van het gebouw” wordt er in het bestek op gewezen dat het criterium betrekking heeft op de functionaliteit van het gebouw, zijnde het comfort van de gebruikers en de bezoekers bestaande uit een vlotte circulatie, een eenvoudige leesbaarheid van de binnenruimtes, maatregelen voor een integrale toegankelijkheid. Er wordt bijzondere aandacht gevraagd voor de combinatie van buiten- en binnensporten. Ook moet voldaan zijn aan het functioneel eisenprogramma met de vereiste lokalen en ruimtes.

Daarnaast wordt er ook op gewezen dat “de functionele kwaliteit [...] in haar geheel [zal] worden beoordeeld vermits een ontwerp in zijn geheel over een goede functionele kwaliteit [moet] beschikken”.

Om het criterium te beoordelen moet er volgens het bestek ook een grondplan worden voorgelegd met vermelding van loop- en zichtlijnen, met een bijpassende nota waarbij wordt ingegaan op alle voormelde punten. De inschrijvers kunnen ook beeldmateriaal toevoegen om dit te illustreren.

In het beoordelingsverslag wordt toegelicht dat het de commissie aldus toekomt om de beschrijvende elementen van het gunningscriterium (circulatie, leesbaarheid, maatregelen toegankelijkheid, combinatie binnen- en buitensporten en functioneel eisenprogramma) globaal te beoordelen.

In het verslag van de beoordelingscommissie wordt bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor dit gunningscriterium onder meer het volgende opgemerkt:

“De gevelsignalisatie (naam gebouw) is erg beperkt opgenomen in de meetstaat (10 letters met max hoogte 50 cm voor een bedrag van € 2.518,00), dit in vergelijking met de grote letters weergegeven op de 3D beelden die deel uitmaken van het dossier”.

De verzoekende partij voert wat dit motief betreft aan dat de omvang/grootte van de gevelsignalisatie binnen de omschrijving van het gunningscriterium in het bestek en de beschrijvende elementen zoals opgesomd in het beoordelingsverslag niet tot een negatieve evaluatie kan leiden.

De verwerende partij wijst er in haar nota echter op dat een duidelijke gevelsignalisatie primordiaal is om de gebruikers wegwijst te maken naar het gebouw toe en dat een grote en leesbare signalisatie van de gevel ook bijdraagt aan de vlotte circulatie van het verkeer naar het gebouw toe aangezien bij een onduidelijke gevelsignalisatie twijfelend zoekverkeer ontstaat.

Het feit dat voormeld element niet lijkt te kunnen worden begrepen onder de leesbaarheid van de binnenruimtes, belet niet dat het verband lijkt te houden met andere beschrijvende elementen binnen dit gunningscriterium. Op het eerste gezicht blijkt aldus niet dat voormeld element inzake de gevelsignalisatie niet in dit gunningscriterium kan worden ingepast. Evenmin lijkt voormeld motief in het licht van het voorgaande tegenstrijdig met de opmerking van de beoordelingscommissie dat het betrokken gunningscriterium “enkel peilt naar de functionaliteit/comfort zonder de ‘looks’ daarvan”.

Ook de opmerking aangaande het verschil tussen de meetstaat en de visualisatie lijkt wel degelijk relevant aangezien het gunningscriterium voorzag dat inschrijvers ook beeldmateriaal konden toevoegen om hetgeen aangeboden werd te illustreren.

Met de verwerende partij dient tot slot te worden vastgesteld dat de wens van de aanbestedende overheid om tot een discreet gebouw te komen, niet

haaks lijkt te staan op een duidelijke gevelsignalisatie van datzelfde discreet gebouw.

In het verslag van de beoordelingscommissie wordt bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor dit gunningscriterium daarnaast onder meer nog het volgende opgemerkt:

“Er is in het algemeen een zeer hoge transparantie gelet op de talrijke raampartijen in het gebouw, wat op functioneel vlak echter storend kan ervaren worden door sporters op het gebied van visualiteit en privacy. De raampartijen maken het daarenboven moeilijk om extra installaties op te hangen, zoals dit bijvoorbeeld nuttig kan zijn voor de bokszaal”.

De verzoekende partij betwist in haar middelonderdeel uitsluitend de overweging inzake het ophangen van extra installaties.

Op het eerste gezicht lijkt voormelde overweging echter wel degelijk verband te houden met het functioneel eisenprogramma met de vereiste lokalen en ruimtes, hetgeen luidens voormelde besteksomschrijving één van de beoordelingselementen vormt binnen dit gunningscriterium “functionaliteit van het gebouw”.

In het programma van eisen staat immers beschreven bij Bokszaal:

“Wanden zijn stootvast, makkelijk te reinigen en geschikt voor het bevestigen van oefenelementen zoals stootkussens en bokszakken (voldoende draagkracht / stootkracht te garanderen). Ramen mogen geplaatst worden vanaf 3m hoogte en zijn voorzien van zonnewering”.

Aldus wordt in het bestek uitdrukkelijk gewezen op de geschiktheid voor het bevestigen van oefenelementen. Voormeld motief lijkt dan ook inpasbaar in het gunningscriterium.

Het tweede gunningscriterium “technische kwaliteit en duurzaamheid” wordt in het bestek als volgt omschreven:

“De offerte moet naast de meetstaat een beschrijving bevatten van de aangeboden materialen en technieken waardoor invulling wordt gegeven aan de outputspecificaties. Technische fiches moeten worden toegevoegd. Zij moeten de Opdrachtgever in staat stellen de technische kwaliteit van het voorgestelde gebouw te beoordelen.

De Opdrachtgever verwacht een duurzaam gebouw en de Offerte zal moeten worden gekenmerkt door een concept van zuinig gebruik van en efficiënte omgang met water en energie, van duurzame en herbruikbare materialen en technieken zowel naar realisatie toe als tijdens de levensduur van het ontworpen gebouw.

De inschrijver moet tevens toelichting geven bij de kwaliteit van de technische installaties met in begrip van de duurzaamheid. Onder dit laatste wordt verstaan de milieu- en energievriendelijkheid van de technische installaties waarbij minstens de E en K-waarden moeten worden behaald die vermeld staan in de projectdefinitie (programma van eisen). BEN wordt vooropgesteld als basisvereiste.

Bijkomende modaliteiten die tot een bewezen verlaging van de beheerskosten aanleiding geven, worden mee gewaardeerd bij dit criterium. Het indienen van een energieneutraal gebouw zal dan ook beloond worden.

Uit de nota die verplicht door de Inschrijvers wordt voorgelegd, moeten de volgende gegevens blijken:

- o De visie van de Inschrijver op duurzaamheid voor het voorgestelde gebouw;
- o Het onderhoudscomfort en de onderhoudskosten van het gebouw, een toelichting hierbij en een garantie;
- o De verbruikskosten van de technische installaties, een toelichting hierbij en een garantie”.

In het verslag van de beoordelingscommissie wordt bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor dit gunningscriterium onder meer het volgende opgemerkt:

“De akoestische nota van Andante is summier en beperkt zich enkel tot de nagalmtijd en algemene tabellen naar geluidsisolatie. Dit is een minder punt. De nota bevestigt de conformiteit met de Vlarew-wetgeving. Uit de akoestische nota blijkt dat er bijkomende maatregelen zullen worden getroffen in de inkomhal. De plafondtegels in de danszaal, de personeelsruimtes en de cafetaria bevorderen de akoestiek”.

De verzoekende partij werpt in essentie op dat het toevoegen van een akoestische nota geen besteksvereiste was, dat de betrokken overweging in strijd is met de verdere motieven in het beoordelingsverslag en dat het beoordelingsverslag geen melding maakt van de bijkomende informatie die door haar werd verstrekt naar aanleiding van de vragen en antwoorden.

Zoals blijkt uit de omschrijving van het gunningscriterium wordt van de inschrijvers ook verwacht dat de offerte een beschrijving bevat van de aangeboden materialen en technieken waardoor invulling wordt gegeven aan de outputspecificaties en dat ze toelichting geven bij de kwaliteit van de technische installaties met inbegrip van de duurzaamheid. De vaststelling van het summier karakter van de akoestische nota lijkt op het eerste gezicht wel degelijk inpasbaar te zijn in het betrokken gunningscriterium.

De tegenstrijdigheden die de verzoekende partij op het eerste gezicht ontwaart in het beoordelingsverslag lijken bij nader toezien betrekking te hebben op verschillende aspecten van de beoordeling van de offertes die aldus niet met elkaar in rechtstreeks conflict lijken te komen. De andere overweging verwijst immers niet naar de nota, doch wordt specifiek gemaakt bij de beoordeling van “binnencomfort en welbehagen”. Het feit dat het algemeen akoestisch comfort als voldoende wordt beoordeeld in de beoordelingsnota, lijkt niet haaks te staan op het gegeven dat de aanbestedende overheid blijkbaar graag meer gedetailleerde informatie inzake de geluidsisolatie had gekregen.

In de mate de verzoekende partij tot slot in het kader van dit middelonderdeel nog opwerpt dat het beoordelingsverslag geen enkele melding maakt van de bijkomende informatie die door de verzoekende partij werd verstrekt “naar aanleiding van de vragen en antwoorden februari/maart 2017”, blijft zij in gebreke om uiteen te zetten met welke informatie de verwerende partij dan wel geen rekening zou hebben gehouden, zodat het middelonderdeel op dit punt niet ontvankelijk is. Het komt de Raad immers niet toe om op grond van een algemene verwijzing naar stukken zelf een middel te construeren ten aanzien van de

beoordeling van de offertes zoals die hier heeft plaatsgevonden. Die taak behoort immers tot de essentiële stelplicht van een verzoekende partij in een administratief kort geding.

In het verslag van de beoordelingscommissie wordt bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor dit gunningscriterium bij de conclusie voorts ook opgemerkt:

“Indiener brengt een goede nota duurzaamheid naar voor, maar stelt zich zelf vragen bij bepaalde eisen uit het bestek”.

De verzoekende partij laakt daarbij het feit dat het vragen stellen bij sommige aspecten van het bestek als een negatieve opmerking wordt gehanteerd, terwijl dit volgens haar precies deel uitmaakte van de taak van de inschrijvers, gelet op de aard van de opdracht als Design & Build - project.

Daarbij lijkt het uitgangspunt waarop dit middelonderdeel steunt op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd aangezien het bestek wel lijkt te vereisen dat de offerte voldoet aan de outputspecificaties in de bijlagen. Uit het beoordelingsverslag blijkt voorts dat de verwerende partij geoordeeld heeft dat de offerte van de verzoekende partij aan het programma van eisen voldoet.

Uit de lezing van de integrale beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor dit gunningscriterium blijkt voorts op het eerste gezicht dat voormelde overweging uit de conclusie uitsluitend verband lijkt te houden met de opmerking uit de beoordeling inzake de ventilatie: “De luchtgroepen voor ventilatie zijn uitgerust met EC-motoren en hebben zeer goede SPF-waarden. Het toepassen van CO2-sturing en mengsecties zorgt voor een aanzienlijke besparing. De luchtgroepen voldoen aan de Ecodesign richtlijn. Indiener stelt zich vragen bij de grotere debieten die in het bestek worden gevraagd en stelt dat dit zal zorgen voor onnodige bijkomende kosten. Er worden uitgebreide en gedetailleerde maatregelen op het gebied van luchtgroepen per ruimte gegeven”.

Uit de lezing van deze overwegend positieve opmerking, blijkt op het eerste gezicht niet dat de verzoekende partij minpunten zou hebben gekregen omdat zij zich op dit specifieke punt vragen heeft gesteld.

In het verslag van de beoordelingscommissie wordt bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor dit gunningscriterium in de conclusie daarnaast onder meer nog opgemerkt: “De nota blinkt minder uit in innovativiteit”.

De verzoekende partij werpt dienaangaande op dat “innovativiteit” geen vereiste zou zijn geweest in het kader van “technische kwaliteit en duurzaamheid”, zoals aangekondigd in het bestek.

In het programma van eisen waarin de outputspecificaties worden bepaald, en waarnaar het tweede gunningscriterium “technische kwaliteit en duurzaamheid” ook uitdrukkelijk verwijst, wordt onder meer het volgende opgemerkt aangaande de duurzaamheid van de technieken: “Alle energie gebruikers binnen het gebouw moeten een zo laag mogelijk energieverbruik presteren. Elk detail zal daarin belangrijk zijn en geëvalueerd. Het optimaal afstemmen van de bouw materiaal keuze in combinatie met de juiste energiesystemen zullen bijdragen tot een gebouw met een zeer goede return on investment. De opdrachtgever verwacht van de aannemer dat hij enige creativiteit in het concept legt en dit in combinatie met zijn vakmanschap [...]”.

De verwerende partij merkt in haar nota ook op dat de appreciatie omtrent het innovatief karakter een logisch accessorium vormt bij het aspect duurzaamheid, aangezien duurzaamheid vaak wordt bereikt door innovatieve oplossingen.

De verzoekende partij toont in het licht van het voorgaande op het eerste gezicht dan ook niet aan dat de innovativiteit geen verband zou houden met het gunningscriterium “technische kwaliteit en duurzaamheid”.

Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

12. Het derde middel is genomen uit de schending van de formelemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, alsook van het vertrouwensbeginsel, en wordt door de verzoekende partij als volgt samengevat:

“Doordat Verwerende Partij in het voorliggend beoordelingsverslag, zonder dat daartoe enige verklaring of rechtvaardiging voorhanden is, eerder erkende meerwaardes van de offerte van Verzoekende Partij buiten beschouwing laat, en dit in het bijzonder wat betreft de beoordeling van het eerste gunningscriterium functionaliteit in relatie tot de realisatie van het buitenterras als toekomstige ontwikkeling, die in het beoordelingsverslag van 15 mei 2017 nog uitdrukkelijk werden weerhouden en benadrukt, doch in het voorliggend beoordelingsverslag van 4 juli onbesproken worden gelaten;

Terwijl het vertrouwensbeginsel impliceert dat de rechtsonderhorige mag vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan; en terwijl de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel vereisen dat in de offerte alle meerwaarden worden onderkend en beoordeeld bij de evaluatie der offertes, minstens wordt aangegeven waarom meerwaarden die werden vastgesteld in het eerste gunningsverslag, in het tweede gunningsverslag niet langer aanwezig zijn”.

Beoordeling

13. De omstandigheid dat de verwerende partij, na te zijn geconfronteerd met rechtmatigheidsbezwaren van de verzoekende partij, de gunningsbeslissing van 29 mei 2017 heeft ingetrokken en de offertes aan een nieuw onderzoek heeft onderworpen, heeft tot gevolg dat de verzoekende partij zich niet dienstig kan beroepen op gegevens uit het gunningsverslag die aan de ingetrokken beslissing ten grondslag hebben gelegen.

In het programma van eisen, gevoegd als bijlage 4 bij het bestek, worden de mogelijke toekomstige uitbreidingen in de eerste plaats opgesomd onder de hoofding “architectuur”. Daarnaast wordt er ook onder de hoofding “functionaliteit” naar verwezen waar wordt gesteld dat “toekomstige uitbreidingen zoals hoger omschreven [...] functioneel [zijn] en meegenomen in het ontwerp”.

Op het eerste gezicht blijkt niet dat in het beoordelingsverslag van 4 juli 2017 een positief punt uit de offerte van de verzoekende partij aangaande het terras als toekomstige ontwikkeling buiten beschouwing zou zijn gelaten.

De verwerende partij wijst er in haar nota op het eerste gezicht terecht op dat dit aspect in het nieuwe beoordelingsverslag van 4 juli 2017 nu in de eerste plaats betrokken blijkt te zijn bij de beoordeling van het derde gunningscriterium inzake “architecturale kwaliteit”.

Bij de beoordeling van dit gunningscriterium wordt ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij immers onder meer het volgende opgemerkt:

“Er is een duidelijk terras ontworpen in twee vlakken. Het terras bepaalt een groot deel van de uitstraling. Het ontwerp is eenvoudig met een uitsprong van het volume.

[...]

Qua toekomstige uitbreidingen wordt een groot buitenterras in het ontwerp opgenomen.

[...]

De mogelijkheid tot opdeelbaarheid van de combi 2 in drie zones wordt positief onthaald”.

Daarnaast blijkt het terras echter op het eerste gezicht ook bij het gunningscriterium “functionaliteit” nog steeds te zijn beoordeeld aangezien in het beoordelingsverslag wordt opgemerkt dat “een buitenterras [...] mogelijk [is]”.

In die omstandigheden toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij de ingeroepen rechtsregels en -beginselen

heeft geschonden.

Het derde middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

14. Het vierde en laatste middel is genomen uit de schending van de artikelen 5 en 8 van de wet van 15 juni 2006 en het gelijkheidsbeginsel.

Dit middel wordt door de verzoekende partij als volgt samengevat:

“Schending van artikel 8 van de Wet van 15 juni 2006;

Doordat de technisch adviseur van Verwerende Partij, BOPRO, deel heeft genomen aan de beoordeling van de offertes, terwijl deze zich in een situatie van belangenvermenging bevond, aangezien zijn eigen aansprakelijkheid in het gedrang dreigt te komen door de vaststelling van fouten bij de uitvoering van de door hem uitgevoerde opdracht van diensten

Terwijl artikel 8 van de Wet van 15 juni 2006 voorschrijft dat in voorkomend geval, de betrokkene zich van verdere deelname aan de gunning van de opdracht dient te onttrekken; en

Schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in artikel 5 van de Wet van 15 juni 2006;

Doordat; precies de offerte van Verzoekende Partij negatief wordt beoordeeld omwille van het zich vragen stellen bij de vereisten van het Bestek,

Terwijl de betrokken vragen/onduidelijkheden/tegenstrijdigheden door Verwerende Partij niet zijn weerleg[d] en m.a.w. een objectieve en gelijke beoordeling van de offerte van Verzoekende Partij niet (langer) is gegarandeerd”.

Beoordeling

15. Artikel 8 van de wet van 15 juni 2006, bepaalt:

“§ 1. Onverminderd de toepassing van andere verbodsbepalingen die voortvloeien uit een wet, een decreet, een ordonnantie, een reglement of statuut,

is het elke ambtenaar, openbare gezagsdrager of ieder ander persoon die op welke wijze ook aan de aanbestedende overheid verbonden is, verboden, op welke wijze ook, rechtstreeks of onrechtstreeks tussen te komen bij de plaatsing en de uitvoering van een overheidsopdracht zodra hij daardoor, persoonlijk of via een tussenpersoon, zou kunnen terechtkomen in een toestand van belangenvermenging met een kandidaat of inschrijver.

§ 2. Deze belangenvermenging wordt alleszins vermoed te bestaan:

- 1° zodra de ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon bedoeld in § 1, bloed- of aanverwant is in de rechte lijn tot de derde graad en in de zijlijn tot de vierde graad of in geval van wettelijke samenwoning, met een van de kandidaten of inschrijvers of met ieder ander natuurlijk persoon die voor rekening van een van hen een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent;
- 2° indien de ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon bedoeld in § 1 zelf of via een tussenpersoon eigenaar, mede-eigenaar of werkend vennoot is van één van de kandiderende of inschrijvende ondernemingen dan wel in rechte of in feite, zelf of via een tussenpersoon, een directie- of beheersbevoegdheid uitoefent.

De ambtenaar, de openbare gezagsdrager of de natuurlijke persoon die zich in een van deze toestanden bevindt, is verplicht zichzelf te wraken.

§ 3. Indien de ambtenaar, de openbare gezagsdrager, de natuurlijke persoon of rechtspersoon bedoeld in § 1, zelf of via een tussenpersoon, een of meer aandelen of deelbewijzen ter waarde van ten minste vijf percent van het maatschappelijk kapitaal van een van de kandiderende of inschrijvende ondernemingen bezit, is hij verplicht de aanbestedende overheid daarvan in kennis te stellen”.

Een belangenconflict houdt het risico in dat de openbare aanbestedende dienst zich laat leiden door overwegingen die niets met de betrokken opdracht te maken hebben en dat door dit feit alleen de voorkeur wordt gegeven aan een inschrijver.

Te dezen maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat artikel 8, § 2, van voornoemde wet, dat twee hypothesen bevat waaruit een absoluut vermoeden van belangenvermenging kan worden afgeleid, van toepassing is op de voorliggende situatie.

Evenmin blijkt er sprake te zijn van een zogenaamde “draaideurconstructie”, zoals opgenomen in de omzendbrief van 5 mei 2014 inzake overheidsopdrachten, belangenvermenging en draaideurconstructie

(“revolving doors”) waarnaar de verzoekende partij verwijst. Dit begrip slaat volgens de omzendbrief immers op “een situatie waarin een fysiek persoon die in een recent verleden, hetzij als intern medewerker (al dan niet in ondergeschikt verband), hetzij als extern medewerker (als zelfstandige of als personeelslid van een onderneming of een andere aanbestedende overheid), bij een aanbestedende overheid heeft gewerkt en die naderhand, hetzij als personeelslid van een onderneming of een andere aanbestedende overheid (al dan niet in ondergeschikt verband), hetzij als zelfstandige of via een E-BVBA, optreedt in het kader van een overheidsopdracht geplaatst door de aanbestedende overheid waarvoor hij in het verleden heeft gewerkt”.

De verzoekende partij toont voorts niet aan en er blijkt op het eerste gezicht niet dat de technisch adviseur van de verwerende partij zich in een toestand van belangenvermenging bevindt met een kandidaat of inschrijver waardoor hij zich zou laten leiden door andere motieven dan de verdediging van de belangen van de aanbestedende overheid waarvoor hij optreedt, zoals bedoeld in artikel 8, § 1, van de wet van 15 juni 2006. Er is op het eerste gezicht geen sprake van een band tussen een inschrijver en de deskundigen van de aanbestedende dienst die ertoe zou kunnen leiden dat door dit feit alleen de voorkeur wordt gegeven aan deze inschrijver.

Terecht lijkt de verwerende partij erop te wijzen dat de interpretatie die de verzoekende partij aan artikel 8, § 1, van voornoemde wet tracht te geven, tot gevolg zou hebben dat geen enkele persoon die betrokken was bij de voorbereiding van de opdracht en de opmaak van de opdrachtdocumenten, nog geschikt zou zijn om de offertes mee te beoordelen.

In de mate de verzoekende partij in de uiteenzetting van haar middel verwijst naar het feit dat zij een opmerking heeft gemaakt over de aanvraag tot afwijking van de brandnormen, valt op te merken dat uit het beoordelingsverslag duidelijk blijkt dat beide inschrijvers hierover in hun offerte reeds een opmerking hebben gemaakt. Bovendien wordt in het

beoordelingsverslag ook inhoudelijk op deze problematiek ingegaan. Op het eerste gezicht valt dan ook niet in te zien waarom de opmerking vanwege de verzoekende partij een gelijke en objectieve beoordeling van beide offertes in de weg zou staan.

Daarnaast wijst de verzoekende partij uitsluitend op de problematiek van het ventilatiedebiet, waaruit op het eerste gezicht slechts een technisch meningsverschil blijkt op dit beperkte punt, hetgeen in het kader van een overheidsopdrachtenprocedure niet ongebruikelijk lijkt te zijn. Er blijkt alleszins niet dat de verzoekende partij toepassing heeft gemaakt van de in het bestek uitdrukkelijk voorziene bepaling overeenkomstig welke de inschrijvers gevraagd werden om indien het bestek tegenstrijdigheden of onduidelijkheden bevatte dit onverwijld schriftelijk te laten weten uiterlijk de 20ste kalenderdag voorafgaand aan de opening van de offertes.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt bovendien dat de verzoekende partij alsnog de kans heeft gekregen om haar offerte, indien nodig, te conformeren aan het programma van eisen en dat de offerte vervolgens door de beoordelingscommissie regelmatig werd bevonden.

Zoals reeds werd geoordeeld omtrent het tweede middel, blijkt op het eerste gezicht ook niet dat de verzoekende partij bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium effectief minpunten zou hebben gekregen omdat zij zich op dit specifieke punt vragen heeft gesteld.

Voorts dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de bestreden beslissing werd genomen door de raad van bestuur van het autonoom gemeentebedrijf Zele, waarbij de vertegenwoordiger van de NV Bopro alvast geen stemrecht heeft. Bovendien blijkt het verslag van de beoordelingscommissie, dat slechts een advies aan de raad van bestuur vormt, uit te gaan van 8 stemgerechtigde leden, terwijl het middel uitsluitend betrekking heeft op 1 lid van de beoordelingscommissie.

Er blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat de omstandigheid dat dit ene lid van de beoordelingscommissie zich bij het uitbrengen van het advies namens de beoordelingscommissie niet heeft onthouden, in voorkomend geval een onwettigheid uitmaakt die de bestreden beslissing op een voor de verzoekende partij nadelige wijze heeft beïnvloed.

Het vierde middel lijkt op het eerste gezicht niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vierentwintig augustus tweeduizend zeventien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeyts,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeyts