

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.228 van 8 juli 2021
in de zaak A. 233.864/XII-9095**

In zake: 1. de NV JAN DE NUL
2. de BV BE.SHARPPP
3. de NV ACLAGRO,
samen vormend een tm
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Jorren Garrez en Andi Zrza
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV DE WERKVENNOOTSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Hans Plancke en Daan Degrande
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV BESIX GROUP
2. de NV EUROPEAN PROJECTS INVESTMENT
COMPANY
3. de BV REBEL INFRA DEVELOPERS
4. de NV STADSBADER,
5. de NV I4B-THE BELGIAN INFRASTRUCTURE FUND
samen vormend een tm
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36, bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 juni 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing tot aanduiding van een voorkeursbieder van de raad van bestuur van de naamloze vennootschap van publiek recht De Werkvennootschap d.d. 28 mei 2021 [...] inzake de overheidsopdracht met betrekking tot het aanstellen van een private partner in het kader van het PPS-project ‘Ombouwen R4 West en Oost tot primaire wegen’ met als referentie ‘DWV-R4WO-PPS-01’, waarbij wordt besloten om [de nv Besix Group, de nv European Projects Investment Company, de bv Rebel Infra Developers, de nv Stadsbader en de nv I4b-The Belgian Infrastructure Funds, samen vormend een tm] als voorkeursbieder aan te duiden en [de nv Jan De Nul, de bv Be.Sharppp en de nv Aclagro, samen vormend een tm] als tweede gerangschikte inschrijver in de wachtkamer te plaatsen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 juni 2021 hebben de nv Besix Group, de nv European Projects Investment Company, de bv Rebel Infra Developers, de nv Stadsbader en de nv I4b-The Belgian Infrastructure Fund, samen vormend een tm, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 juni 2021, om 11.15 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bob Martens, Jorren Garrez en Andi Zrza, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Barteld Schutyser en Hans Plancke, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, 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 medio mei 2019 een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “PPS-project ‘Ombouwen R4 West en Oost tot primaire wegen’”.

De gunningswijze van de opdracht is de concurrentiegerichte dialoog vervat in artikel 39 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), dat onder meer bepaalt:

“§ 1. [...]

§ 2. De behoeften en eisen van de aanbestedende overheid worden in de aankondiging van een opdracht aangegeven en in die aankondiging en/of in een beschrijvend document nader uitgewerkt. Tevens worden in deze documenten de gekozen gunningscriteria aangegeven en nader uitgewerkt, en een indicatief tijdschema aangegeven.

[...]

§ 7. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen offertes op basis van de in de aankondiging van een opdracht of in het beschrijvend document vastgestelde gunningscriteria.

[...].”

3.2. Het aankondigingsbericht voor de opdracht wordt op 10 mei 2019 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 15 mei 2019 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerd.

3.3. De volgende combinaties van ondernemingen dienen een kandidaatstelling voor de opdracht in: de tm ArteRink4, dit zijn de verzoekende partijen, de tm Bravo-4, dit zijn de tussenkomende partijen, en de tm Delta.

3.4. Op 13 september 2019 beslist de verwerende partij dat elk consortium tot de volgende fase van de concurrentiegerichtte dialoog wordt toegelaten.

3.5. De verwerende partij deelt mee dat zij op 31 augustus 2020 een brief van de tm Delta heeft ontvangen, waarin dit consortium aangeeft zich formeel uit de lopende gunningsprocedure terug te trekken.

3.6. Volgens de verwerende partij stelt zij op 25 november 2020 het definitief beschrijvend document en het definitief technisch bestek aan de twee overblijvende consortia ter beschikking. Volgens het voormelde document zal de best gerangschikte inschrijver als voorkeursbieder worden aangewezen. De gunningscriteria zijn: 1) prijs op 45 punten en 2) inhoudelijke kwaliteit op 55 punten. Dit laatste criterium bevat drie subcriteria: a) projectbeheersing (op 16,5 punten), b) technische kwaliteit (op 22 punten) en c) integrale ontwerpqualität (op 16,5 punten).

3.7. Beide inschrijvers blijken – op grond van de in de dialooffase voorgelegde oplossingen – elk tijdig hun technische en financiële offertes te hebben ingediend.

3.8. De verwerende partij onderzoekt en beoordeelt de ingediende offertes en laat zich daarin bijstaan met technisch (Arcadis) en financieel advies (Deloitte). De verwerende partij geeft het resultaat hiervan weer in het beoordelingsverslag van 245 bladzijden, volgens de verwerende partij van 28 mei 2021.

3.9. Beide offertes worden volledig en regelmatig bevonden en worden bijgevolg aan de gunningscriteria getoetst. De toetsing van de offertes aan de gunningscriteria door de verwerende partij levert de volgende eindrangschikking op:

“

Finale Score	Bravo-4	ArteRink4
Prijs (45/100)	45 op 45	13,63 op 45
Inhoudelijke kwaliteit (55/100)	40,15 op 55	44 op 55
TOTAAL	85,15/100	57,63/100

”

In het verlengde van en onder verwijzing naar het beoordelingsverslag, beslist de verwerende partij op 28 mei 2021 om Bravo-4 als voorkeursbieder aan te duiden.

Dit is de bestreden beslissing.

De verwerende partij verstuurt op 28 mei 2021 de bestreden beslissing en het beoordelingsverslag aan de inschrijvers.

IV. Tussenkost

4. De nv Besix Group, de nv European Projects Investment Company, de bv Rebel Infra Developers, de nv Stadsbader en de nv I4b-The Belgian Infrastructure Fund, samen vormend een tm, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

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

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

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

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

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

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 4, 81, § 2, 3°, en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 7, § 1, en 36, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers, het transparantiebeginsel, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheids-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alsook de ontstentenis van de vereiste juridische en feitelijke grondslag.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij op basis van eigen inzichten ten onrechte in het Beoordelingsverslag oordeelde dat er ‘geen prijzen (zijn) vastgesteld die niet met de realiteit zouden overeenstemmen of omwille van hun schijnbaar abnormaal laag of hoog karakter tot een verder (formeel) onderzoek en/of vragen tot prijsverantwoording aanleiding geven’;

Terwijl iedere redelijk handelende, zorgvuldige en diligente aanbesteder, met de vaststelling dat er sprake is van een prijsverschil van ca. EUR 157 miljoen tussen de offertes van beide inschrijvers (i.e. 23,5%) minstens had moeten besluiten om een prijsbevraging met schriftelijke verantwoording uit te voeren bij de betrokken inschrijvers op grond van artikel 84 van de Wet Overheidsopdrachten juncto artikel 36, § 1 van het KB Plaatsing, nu dit een verplichting inhoudt;

En terwijl het op grond van de thans geldende regelgeving en op basis van de vaste rechtspraak van Uw Raad voor aanbesteders, c.q. verwerende partij pas mogelijk is om met een eigen argumentatie de schijnbaar abnormale prijzen (die verwerende partij – minstens impliciet – erkent) te rechtvaardigen nadat eerst een bevraging bij de betrokken inschrijver(s) is gebeurd, quod non in casu;

En terwijl een aanbesteder op grond van haar materiële motiveringsplicht ertoe is gehouden om de beoordeling van het gevoerd prijsonderzoek te steunen op motieven die feitelijk juist en in rechte aanvaardbaar zijn, en dit met de rechtens vereiste zorgvuldigheid moet doen, veelal dan op basis van eigen presumpties in willekeur te besluiten dat er geen sprake is van abnormale prijzen;

Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden doordat bij gebreke aan een diligent onderzoek vanwege verwerende partij niet vaststaat dat de offerte van de gekozen inschrijver geen abnormale prijzen bevatte en derhalve een geldige offerte was.”

De verzoekende partijen benadrukken in hun toelichting op de eerste plaats dat de eerste fase houdende het algemeen prijzenonderzoek determinerend is om *überhaupt* te kunnen besluiten tot het al dan niet aanwezig zijn van schijnbaar abnormale prijzen en om te bepalen of de verplichting van artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 om de betrokken inschrijvers hierover te bevragen, van toepassing is. Zij betoogt in essentie in haar eerste middel dat het algemeen prijsonderzoek dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld, wat te dezen volgens haar niet het geval is: de verwerende partij diende zich immers “geconfronteerd met een substantieel prijsverschil van ca. EUR 157 miljoen [...] te documenteren en er zich van te vergewissen dat er in casu geen sprake zou zijn van abnormale prijzen door in een verdere prijsbevraging te voorzien”.

Zij licht hierbij toe dat er *in casu* een prijsverschil van maar liefst 156.854.886 euro voorligt, ofwel van 23,5 %, dat het gaat om twee gereputeerde inschrijvers waarbij een prijsverschil van een dergelijke omvang allerminst een courante praktijk is, dat de prijsverschillen in zeven andere recente infrastructuur-DBFM-projecten van een gelijkaardige grootteorde in het Vlaamse Gewest maximaal 5 % bedragen en dat de Raad van State op consistente wijze oordeelt dat, bij een analoog prijsverschil tussen de offertes, zoals deze zich *in casu* voordoet (23,5 %), er van een zorgvuldig handelende aanbesteder mag worden verwacht dat zij niet zomaar over dergelijk substantieel prijsverschil heen stapt, maar integendeel dit net zorgvuldig onderzoekt én bevraagt.

Tevens doet zij in haar eerste middel gelden dat de verwerende partij te dezen alsnog de beweerde abnormale prijzen met een eigen argumentatie heeft trachten te motiveren, wat niet alleen *contra legem* is, maar waarbij zij ook vaststelt dat deze, enerzijds, bijzonder summier is, te weten 1,5 bladzijden, “hetgeen noch in verhouding staat tot (i) het substantieel prijsverschil van ca. EUR 157 miljoen, noch tot (ii) de omvang van het Beoordelingsverslag, dat nochtans 245 bladzijden telt (en dit ondanks het feit dat het prijscriterium quasi de helft van de punten (45/100) beslaat)” en, anderzijds, ook onjuist is, zoals zij vervolgens nader uiteenzet in vier grieven: de DBFM-context is irrelevant, de raming betreft slechts één component van de opdracht, het technisch advies houdt geen prijsonderzoek in en de ontwerpmatige en technische ingrepen van de gekozen inschrijver, mochten ze al rechtmatig zijn, kunnen het prijsverschil niet verklaren.

Beoordeling

7. Inzake het prijzenonderzoek bepaalt artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016:

“De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen- of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Voorts luidt artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017:

“De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt onder meer:

“Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit.”

8. De verwerende partij beschikt bij het betrokken onderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om al dan niet een procedure in te zetten waarbij de aanwezigheid van abnormale prijzen nader wordt onderzocht.

9. In het beoordelingsverslag is een rubriek “3.2.5 Prijsonderzoek” opgenomen, waarvan de inhoud als een prijzenonderzoek naar abnormale prijzen overeenkomstig het hiervoor aangehaalde artikel 35 mag worden aangemerkt. De procedure van bevraging krachtens het eveneens hiervoor aangehaalde artikel 36, § 1, is echter enkel toepasselijk in de hypothese dat ingevolge dit prijzenonderzoek prijzen of kosten worden aangetroffen, die abnormaal hoog of laag lijken, wat te dezen door de aanbestedende overheid niet is vastgesteld.

10. De volgende vraag die rijst is of dit prijzenonderzoek zorgvuldig is uitgevoerd en op deugdelijke materiële grondslagen steunt.

In het beoordelingsverslag wordt onder de voormelde titel “Prijsonderzoek” de volgende motivering opgenomen:

“[...] De Aanbestedende Overheid heeft de Offertes aan een prijsonderzoek onderworpen. De Aanbestedende Overheid heeft,

zowel in het algemeen als specifiek wat het gekozen project betreft, bij haar onderzoek van de prijzen in het bijzonder de volgende elementen in ogenschouw genomen:

1. De specifieke aard van de Opdracht, die een multidisciplinair DBFM-project betreft met een looptijd van 30 jaar die gegund wordt na een concurrentiedialoog. Op basis van de DBFM-overeenkomst staat de uiteindelijk geïdentificeerde Opdrachtnemer niet alleen in voor de bouw, maar ook voor het ontwerp de financiering en het onderhoud van het project. Binnen de outputgerichte DBFM-filosofie van de Opdracht zijn de Inschrijvers vrij om in hun Offerte (i) zelf creatief te bepalen hoe de verschillende facetten (ontwerp, bouw, onderhoud) op elkaar kunnen worden afgestemd tot een zo optimaal mogelijke synergie én (ii) hoe dit alles zo optimaal mogelijk geprijsd en financieel gestructureerd kan worden. Vooral de ontwerpvrijheid waarover de inschrijvers beschikken kan inherent tot verschillende resultaten aanleiding geven. Tijdens de concurrentiedialoog hebben de Inschrijvers in deze DBFM-Opdracht immers grotendeels naar eigen inzichten en creativiteit invulling kunnen geven aan hun (i) uitvoeringsvrijheid voor het vervullen van de technische (output)specificaties en kwaliteitsambities van de Aanbestedende Overheid en (ii) de bijhorende prijszetting en financieringsstructuur, en dit terwijl het bouw- en beschikbaarheidsrisico aan de gekozen Inschrijver wordt overgedragen. Dat alles kristalliseert zich op financieel vlak uit in de aangeboden NCW van de BBV waarvoor elke Inschrijver verantwoordelijk is volgens de specifieke contractuele structuur die een DBFM-overeenkomst kenmerkt.
2. De Aanbestedende Overheid heeft een raming van de waarde van de bouwkost voor deze DBFM-Opdracht gemaakt en naderhand deze raming door haar technische adviseur aan een actualisatie laten onderwerpen. Daaruit blijkt dat het gekozen project, dat ten opzichte van het referentieontwerp verschillende optimalisaties bevat (zie hierover punt 4), slechts ca. 5% van de raming afwijkt die op 8 november 2019 aan de Raad van Bestuur van De Werkvennootschap is meegedeeld. Van de actualisatie die door de technische adviseurs is opgesteld en die reeds rekening houdt met een aantal resultaten van de concurrentiedialoog wijkt het gekozen project slechts 2,5% af. In het licht van de raming o.b.v. het referentieontwerp blijkt dat een bouwkost van de grootorde zoals vervat in de offerte van BRAVO-4 als redelijk en aanvaardbaar wordt geacht.
3. Zoals voor een dergelijk project gebruikelijk is heeft een onafhankelijke technische adviseur in opdracht van de vreemd vermogensverschaffers een grondige technische due

diligence van de door de Inschrijvers voorbereide Offertes ondernomen. De due diligence onderzoekt de technische en financiële haalbaarheid van het project en een overtuigend positieve appreciatie daarvan is van doorslaggevend belang voor de beslissing om vreemd vermogen ter beschikking van een Inschrijver te stellen. In het document wordt dus ook een onderzoek van de kostenstructuur uitgevoerd. De due diligence is aan de offertes toegevoegd en door de Aanbestedende Overheid aan een screening onderworpen. De technische adviseur is voor beide projecten tot de vaststelling gekomen dat de kostenstructuur redelijk en aanvaardbaar is.

4. Uit het door de technische werkgroep uitgevoerde onderzoek is gebleken dat het gekozen project, veel meer dan voor het project van de andere Inschrijver het geval was, een aantal ontwerpmatige en technische ingrepen heeft uitgevoerd die op concrete wijze en meer dan voor Arterink4 het geval is zeer betekenisvolle kostenbesparingen inhouden. Te wijzen is, onder meer en zonder exhaustief te willen zijn, op:

- Het schrappen van de dienstopgangen in de onderdoorgangen W3, W7 en W8;
- Het significant inkorten van de tunnel W9: 330m i.p.v. 420m in Referentieontwerp, m.a.w. inkorting met 20%;
- Het inkorten van de spoorwegbrug L58 en naastgelegen fietsbrug t.h.v. W9;
- Het vereenvoudigen van de kunstwerken spoor en lus door hogere ligging als t.h.v. W9;
- Het inkorten van het brugdek O4bis: er is sprake van een quasi halvering van de lengte van het brugdek;
- Het schrappen van de kunstwerken O5: 2 kokers voor auto en fiets vervangen door 1 koker voor fiets;
- De vereenvoudiging van de fietstunnel O5bis (inkorten en verkleinen kant plein);
- Het schrappen van de fietstunnel O6;
- Het schrappen van de fietstunnel O6bis: de fietstunnel is vervangen door kleinere bruggen;
- Het structureel onderhoud door middel van overlagingen i.p.v. volledige vervanging.

[...] De Aanbestedende Overheid heeft, derhalve, in de Offertes van de Inschrijvers geen prijzen vastgesteld die niet met de realiteit zouden overeenstemmen of omwille van hun schijnbaar abnormaal laag of hoog karakter tot een verder (formeel) onderzoek en/of vragen tot prijsverantwoording aanleiding gaven.

[...] Bovendien heeft de Aanbestedende Overheid in het kader van haar onderzoek geen aanwijzingen aangetroffen die erop zouden wijzen dat een Inschrijver zich zou bezondigen aan inbreuken op het sociaal, milieu- of socialezekerheidsrecht.”

11. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen betogen, lijkt de verwerende partij dus niet zomaar te zijn heen gestapt over het prijsverschil van net iets minder dan 157 miljoen euro tussen de beide offertes (de gekozen inschrijver geeft een totaalprijs van 668.824.232 euro op en de verzoekende partijen 825.679.118 euro). In het beoordelingsverslag wordt immers ten volle ingegaan op dit prijsverschil.

Volgens de verzoekende partijen is de betrokken tekst in het verslag summier want tot anderhalve bladzijde beperkt en niet in verhouding tot de hoegrootheid van het prijsverschil.

Het aantal bladzijden dat aan dat prijsverschil wordt besteed in dat verslag lijkt echter niet relevant, indien uit het administratief dossier blijkt dat de aanbestedende overheid een concreet en zorgvuldig onderzoek van de prijzen van alle offertes op gelijke wijze heeft verricht. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, kunnen aldus ook uit de stukken van het dossier blijken zodat deze motieven aan de toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen. Daarbij mag de Raad zich niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid maar desgevraagd wel nagaan of de betrokken beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

12. Te dezen blijkt uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, dat de verwerende partij een memo “Beoordeling Offertes – Duiding prijsverschillen” van 27 mei 2021 heeft opgesteld, waarin in het kader van het prijzenonderzoek ook wordt ingegaan op de wijze waarop de offertes zich tegenover de raming verhouden en op de voornaamste onderscheidende, kostenbepalende optimalisaties. Tevens wordt in die memo verwezen naar het (positief) onafhankelijk technisch advies verricht in opdracht van de vreemdvermogenverschaffers van de inschrijvers.

Wat in de voormelde memo opvalt, is dat er gedetailleerd wordt ingegaan op het feit dat de gekozen inschrijver ten opzichte van het referentieontwerp een gehele reeks optimalisaties met een sterk kostenbesparend

effect heeft doorgevoerd. Voorts wordt in die memo vastgesteld dat de verzoekende partijen niet in dezelfde mate kostenbesparende optimalisaties hebben doorgevoerd maar daarentegen diverse kostenverhogende elementen hebben opgenomen in hun offerte.

Voorts is er een gedetailleerde analyse van de financiële plannen van de beide inschrijvers door de financiële adviseur van de verwerende partij, namelijk Deloitte Consulting & Advisory, gedateerd 27 mei 2021, waarin nader wordt ingegaan op de kostenstructuur van de plannen en de verschillen tussen de offertes, zonder dat er een probleem werd vastgesteld.

Eveneens is er een memo, ook van 27 mei 2021, “Beoordeling offertes – Screening due diligence rapport BRAVO-4”, opgesteld door de technisch adviseur Arcadis van de verwerende partij, opgenomen in de vertrouwelijke stukken. Daarin wordt een screening verricht van het reeds vermelde due-diligencerapport opgesteld op 3 april 2021 door Infrata voor de gekozen inschrijver. In die memo wordt geconcludeerd dat de offerte van de gekozen inschrijver “qua kostprijs en techniciteit” betrouwbaar is.

Uit dit alles blijkt reeds dat de verwerende partij niet enkel naar de vorm een prijzenonderzoek heeft verricht, maar ook daadwerkelijk een inhoudelijk onderzoek en zich hierbij bovendien heeft laten bijstaan door deskundigen, waaronder ook financiële. Aldus wordt de grief van de verzoekende partijen niet bijgevalen, die inhoudt dat het algemeen prijsonderzoek te beperkt was en niet steunt op werkelijk bestaande en concrete gegevens die met de vereiste zorgvuldigheid zijn vastgesteld.

13. Vervolgens rijst de vraag of de verwerende partij haar beoordelingsruimte heeft ingevuld met naleving van de in het middel geschonden geachte bepalingen en beginselen, meer bepaald of zij uit het voormelde prijzenonderzoek mocht afleiden dat er geen abnormaal lage of hoge prijzen voorhanden waren. De verzoekende partijen spreken dat tegen en voeren vier grieven aan om aan te tonen dat de eigen argumentatie van de verwerende partij omtrent de prijzen onjuist is.

13.1. Het beoordelingsverslag vat, wat het prijsonderzoek betreft, aan met de algemene vaststelling dat DBFM-projecten, gelet op de ontwerpvrijheid daaraan inherent, tot verschillende resultaten aanleiding kunnen geven ook op financieel vlak.

De verzoekende partijen verwijzen weliswaar naar andere DBFM-projecten waar de prijsverschillen hoogstens 13 % bedroegen. Op zichzelf, juist wegens de specificiteit van DBFM-projecten, lijkt zulks echter niet aan te tonen dat uit dat gegeven de verplichting moet voortvloeien om te dezen een prijsbevraging te organiseren. Het is voor de Raad van State overigens niet doenbaar zich in de huidige spoedprocedure aan een vergelijking tussen die projecten te wagen.

13.2. De gekozen inschrijver kwam voorts volgens de verwerende partij met zijn totaalprijs sterk in de buurt van de raming van de waarde van de opdracht. Die geraamde waarde vormt voor de aanbestedende overheid in beginsel een objectief en relevant vergelijkingspunt in het kader van het prijzenonderzoek en de beoordeling van het al dan niet normaal karakter van de prijzen.

Ter zake voeren de verzoekende partijen echter een schending van het transparantiebeginsel aan, omdat de initiële raming slechts betrekking zou hebben gehad op één enkele component van de opdracht, namelijk de naakte bouwkost, en de geactualiseerde raming ongekend is.

Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier blijkt dat de raming is geëvolueerd in de loop van de procedure en deze in die stukken met haar evolutie gedetailleerd is uiteengezet. Er lijkt voorts geen rechtsplicht te zijn opdat een aanbestedende overheid de raming en haar evolutie zou moeten meedelen aan de inschrijvers.

13.3. In de motivering wordt tevens verwezen naar de standpunten van de technische adviseurs. De verzoekende partijen maken hieromtrent op het eerste gezicht niet aannemelijk, gelet op de structuur en de inhoud van de rapporten die werden opgesteld door de technische adviseurs, dat die geen ondervinding zouden hebben in de financiële repercussies van de in de offertes voorgelegde

technische oplossingen. Bovendien blijkt uit het administratief dossier dat de verwerende partij zich bij het prijzenonderzoek niet alleen heeft gesteund op technische adviezen maar ook op een financieel adviseur.

13.4. De verzoekende partijen betwisten ook nog de toelaatbaarheid van de voorgestelde ontwerpmatige en technische ingrepen van de gekozen inschrijver. Die kritiek lijkt ook het voorwerp uit te maken van het tweede middel en wordt dan ook bij dat middel besproken.

Maar zelfs indien die ingrepen als toelaatbaar zouden worden aanvaard, dan nog kunnen die volgens de verzoekende partijen slechts een verschil van 30 miljoen euro verklaren.

De door de verwerende partij als vertrouwelijk stuk neergelegde en voormelde memo “Beoordeling Offertes – Duiding prijsverschillen” somt echter een resem kostenbesparende oplossingen op, die zijn opgenomen in de offerte van de gekozen inschrijver. Voorts worden diverse kostprijsverhogende elementen vastgesteld in de offerte van de verzoekende partijen. In het kader van deze procedure hebben de tussenkomende partijen bovendien een document opgesteld, dat niet-vertrouwelijk wordt neergelegd, waarin zij verduidelijken welke verschillen tussen de offertes van de beide inschrijvers leiden tot een hogere prijs bij de verzoekende partijen.

Het is niet aan de Raad van State om zonder deskundig advies in de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, dieper in te gaan op de betrokken technische en financiële analyses. Het blijkt *prima facie* alvast niet dat de verwerende partij uit de betrokken adviezen niet mocht afleiden dat er geen abnormale prijzen waren. Aldus mag de Raad van State niet vaststellen dat de verzoekende partijen voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat het verschil in prijs tussen de beide offertes niet meer dan 30 miljoen euro kan bedragen, gelet op de door de tussenkomende partijen voorgestelde ingrepen.

14. Uit hetgeen voorafgaat, lijkt schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen niet te zijn aangetoond. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. Het tweede middel bestaat uit twee onderdelen.

In een *eerste onderdeel* voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 76, § 1, *juncto* §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, het gelijkheidsbeginsel zoals dat voortvloeit uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, uit artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheidsbeginsel, de beginselen van formele en materiële motivering en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij vatten dit onderdeel als volgt samen:

“Doordat de offerte van de TV BRAVO-4 de door verwerende partij opgelegde minimale eisen en vereisten die als substantieel zijn aangemerkt in de opdrachtdocumenten schendt, en verwerende partij deze niet-naleving bovendien ook daadwerkelijk vaststelde, maar desalniettemin niet om de offerte van de TV BRAVO-4 als substantieel onregelmatig en derhalve nietig te verklaren;

Terwijl van een zorgvuldig handelende aanbesteder mag worden verwacht dat zij de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen respecteert, en bijgevolg een offerte substantieel onregelmatig en nietig verklaart, wanneer deze offerte de door haar opgelegde minimale eisen en vereisten die als substantieel zijn aangemerkt in de opdrachtdocumenten schendt, dit des te meer wanneer zij deze niet-naleving zelf vaststelt;

Zodat de in dit middelonderdeel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden.”

In een *tweede onderdeel* voeren de verzoekende partijen de schending aan van het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd krachtens de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 4 *juncto* artikel 39, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het transparantiebeginsel zoals gewaarborgd krachtens artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij vatten dit onderdeel als volgt samen:

“Doordat, door de vastgestelde afwijkingen van de in dit middel geïmplementeerde substantiële eisen te gedogen, verwerende partij te dezen in haar beoordeling *a posteriori* een ongelijk speelveld heeft tot stand gebracht; Terwijl verwerende partij het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het gelijke speelveld tussen verzoekende partij en de TV BRAVO-4 te allen tijde moet eerbiedigen; Zodat de in dit middelonderdeel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden.”

Beoordeling

Eerste onderdeel

16. De verzoekende partijen lichten toe dat van taakeisen niet mag worden afgeweken en dat de inschrijvers dus zeker moesten voldoen aan de taakeisen in het document C.2.1 “Managementspecificatie”, een onderdeel van het finaal technisch bestek. Zij verwijzen specifiek naar de Managementspecificatie eisen 5086, 5955, 3307 en 4466 die volgens hen onweerlegbaar minimale eisen zijn. Zij benadrukken dat zij zich in dit verband beperken tot de bespreking van die vier “in het oog springende manifeste en essentiële afwijkingen die verwerende partij heeft vastgesteld, doch geenszins heeft gesanctioneerd”, maar dat de offerte van Bravo-4 in het totaal immers 40 opgelegde minimale eisen en als substantieel aangemerkte vereisten miskent. Zij verwijzen in dit verband naar het bij haar verzoekschrift gevoegde stuk 17, waarin zij een overzicht bieden van de afwijkingen die zij alle al op grond van het beoordelingsverslag konden distilleren.

17. Een eis wordt door het definitief beschrijvend document omschreven als:

“Een eis die is geformuleerd in de Outputspecificaties.
Een Eis is ofwel een:
-Systeemeis;
-Taakeis;
-Producteis.”

Een systeemeis wordt nader gedefinieerd als:

“Een systeemeis is een eis die is gesteld aan de Projectinfrastructuur R4WO. Systeemeisen maken deel uit van de Systeemspecificatie (i.e. het Programma van Eisen) (PvE) in C.2.2.”

Onder de systeemeisen zijn er de A-eisen, waaraan een offerte “minimaal en eenduidig moet voldoen”. Deze worden onderverdeeld in A1- en A2-eisen. Een offerte die niet voldoet aan een A1-eis “zal in principe als substantieel onregelmatig worden uitgesloten”.

Een offerte moet ook voldoen aan een A2-eis waarbij echter “het in beperkte mate niet voldoen aan (een of meerdere van) deze A2-eisen op zich niet automatisch de onregelmatigheid van de Offerte tot gevolg heeft”. Aldus mag de aanbestedende overheid daar ook een minwaarde in rekening brengen in plaats van een uitsluiting toe te passen.

Er zijn bij de systeemeisen ook B-eisen. Ook daaraan moet een offerte “eenduidig [...] voldoen, tenzij de Inschrijver een uitdrukkelijk voorstel tot herformulering m.b.t. deze eis in zijn Offerte opneemt”.

Naast de voormelde systeemeisen, zijn er nog taak- en producteisen. Zo is een taakeis “een Eis gesteld aan een taak in de Work Breakdown Structure (WBS). Taakeisen maken deel uit van de Managementspecificatie C.2.1”. Over C.2.1 wordt onder meer bepaald:

“Deel C.2.1. Managementspecificatie definieert de door de Opdrachtnemer uit te voeren taken in termen van outputgerichte Werkpakketten. [...] Voor de Managementspecificatie geldt het beginsel dat altijd aan alle eisen moet voldaan zijn, tenzij dit uit hun context, tijdstip of formulering anders blijkt.”

18. Zoals wordt verduidelijkt door de verwerende partij, aan wie het in de eerste plaats toekomt om het bestek te interpreteren, zijn enkel de A1- en A2-eisen minimale eisen, waarbij, zelfs indien niet is voldaan aan een A2-eis zoals hiervoor is vastgesteld, niet steeds tot onregelmatigheid hoeft te worden beslist.

Daarnaast zijn er de taak- en producteisen uit de Managementspecificatie (C.2.1). De eisen waarnaar de verzoekende partijen

verwijzen en waarvan zij beweren dat de gekozen inschrijver in zijn offerte deze zou hebben geschonden, lijken dergelijke eisen. Die eisen lijken, in tegenstelling tot wat voor de voormelde systeemeisen het geval is door het definitief beschrijvend document in de definities ook niet als “minimale” eisen te worden omschreven.

Integendeel, wat die eisen van de Managementspecificatie betreft, is bepaald dat aan alle eisen moet zijn voldaan “tenzij dit uit hun context, tijdstip of formulering anders blijkt”. De verwerende partij lijkt er in dat verband ook terecht op te wijzen dat dit betekent dat de opdrachtnemer in het kader van de uitvoering van de opdracht in principe aan de eisen uit de Managementspecificatie moet voldoen, maar dat deze verplichting meteen wordt genuanceerd namelijk door de verwijzing naar context, tijdstip en formulering.

Wat het tijdstip betreft, wordt in de inleiding van de Managementspecificatie ook nog verduidelijkt:

“De managementeisen zijn gekoppeld aan een fase van het Project. Deze fase is de fase tijdens dewelke de Deelnemer/ Opdrachtnemer moet aantonen dat aan de eis is voldaan.

Aantonen van een managementeis kan gevraagd zijn bij Dialoofase, Offertefase, Omgevingsvergunning Opdrachtnemer, ontwerp, Bouwfase, Openstelling, Voltooing, Beschikbaarheid en Overdracht.”

Op het eerste gezicht mag dan ook worden aangenomen dat de betrokken taakeisen niet een dergelijk absoluut karakter hebben als de verzoekende partijen beweren. Hun standpunt, dat alle taakeisen eisen zijn waarvan niet mag worden afgeweken, lijkt dan ook uit te gaan van een foutieve lezing van het bestek. Ook al worden de eisen vrij dwingend geformuleerd, dan nog voorziet het bestek in nuancering daarvan, zoals uit de citaten hiervoor is gebleken. Alvast het betoog van de verzoekende partijen dat “altijd aan alle eisen van het document C.2.1 ‘Managementspecificatie’” moet worden voldaan, is aldus niet in overeenstemming met het bepaalde in het beschrijvend document, dat het aantonen van een managementeis kan differentiëren naargelang de diverse fases in de opdracht.

19. Na hun betoog betreffende het dwingend karakter van de betrokken eisen geven de verzoekende partijen uitvoerige kritiek op vier eisen waarvan de offerte van de gekozen inschrijver zou zijn afgeweken. Dit lijken alle taakeisen die dus niet onder A- of B-eisen ressorteren. In de huidige stand van de procedure lijkt uit hetgeen hiervoor is vastgesteld te mogen worden aangenomen dat er geen algemene verplichting bestond voor de verwerende partij om op grond van die afwijkingen de betrokken offerte onregelmatig te verklaren.

20. Een nader inhoudelijk onderzoek van die vier afwijkingen lijkt de Raad van State niet te moeten en te kunnen verrichten. Het is in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om over de al dan niet substantiële onregelmatigheid te beslissen, in de hiervoor beschreven context van eisen waaromtrent die overheid nog over beoordelingsruimte beschikt. Bovendien is de door de verzoekende partijen aangebrachte discussie te technisch opdat de Raad van State zonder deskundig advies en bovendien bij spoed de beslissing van de verwerende partij daaromtrent zou kunnen toetsen aan de geschonden geachte beginselen. Ook de omvang van de neergelegde dossiers die naar enkele duizenden bladzijden gaat, verhindert een dergelijk onderzoek.

21. Het ernstig karakter van het middelonderdeel wordt niet aangenomen.

Tweede onderdeel

22. In het tweede middelonderdeel betogen de verzoekende partijen dat, door de vastgestelde afwijking van de in dit middel geviseerde substantiële eisen te gedogen, de verwerende partij in haar beoordeling een ongelijk speelveld heeft tot stand gebracht, waarbij de door de verwerende partij te waarborgen beginselen van gelijkheid en transparantie werden geschonden.

23. Volgens de beoordeling van het eerste onderdeel lijkt echter niet te zijn aangetoond dat een mogelijke niet-naleving van de in dat onderdeel geviseerde eisen door de tussenkommende partijen diende te resulteren in een substantiële onregelmatigheid.

Bijgevolg mag ook het tweede onderdeel niet worden aangenomen.

24. Het middel is dienvolgens niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

25. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de algemene beginselen inzake “de gelijkheid der inschrijvers en transparantie” bepaald in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 5.3 van het definitief beschrijvend document en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en de algemene zorgvuldigheidsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij vatten dit middel als volgt samen:

“Doordat de beoordelingsmethodiek opgenomen in het Definitief Beschrijvend Document duidelijk voorschrijft dat de beoordelingselementen die deel uitmaken van de kwalitatieve subgunningscriteria van het tweede gunningscriterium houdende de ‘inhoudelijke kwaliteit’ zullen worden beoordeeld op een ‘globale en relatieve’ wijze (hetgeen overigens gebruikelijk is bij de beoordeling van dergelijke beoordelingselementen);

Terwijl deze beoordelingsmethodiek in de praktijk niet werd toegepast in het Beoordelingsverslag bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium, nu uit de motivering onmiskenbaar blijkt dat de beoordelingselementen door verwerende partij de facto als sub-subgunningscriteria zijn aangewend, op basis waarvan de ingediende offertes stelselmatig zijn vergeleken middels een planmatige toetsing (hoewel dergelijke handelswijze net duidt op een kwalificatie als subgunningscriteria), waardoor de beoordelingselementen in de feiten zijn verheven tot sub-subgunningscriteria die sterker doorwegen;

En terwijl verwerende partij daarnaast een weging van de beoordelingselementen heeft gehanteerd die niet vermeld staat in het Definitief Beschrijvend Document, nu verwerende partij blijkbaar tijdens de eigenlijke beoordeling (voor het eerst en zonder dit eerder kenbaar te maken) heeft beslist om bepaalde beoordelingselementen zwaarder te laten doorwegen dan andere;

Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden doordat verwerende partij haar eigen vooropgestelde beoordelingsmethodiek niet heeft nageleefd.”

De verzoekende partijen betogen in de toelichting bij het middel op de eerste plaats dat de beoordelingselementen *de facto* zijn gehanteerd als subsubgunningscriteria. Volgens haar blijkt “onmiskenbaar uit het Beoordelingsverslag dat, in het kader van de toetsing van de offertes aan het tweede gunningscriterium ‘inhoudelijke kwaliteit’, deze offertes aan elk van de vooropgestelde beoordelingselementen werden getoetst, wat kennelijk het planmatig en systematisch karakter van de toetsing aantoonde. Deze toetsing gebeurt met name op een bijzonder systematische wijze, waarbij het Beoordelingsverslag voor beide inschrijvers telkenmale, en dit per relevant subgunningscriterium, de in het Definitief Beschrijvend Document opgenomen onderverdeling van beoordelingselementen overneemt, waarna de betrokken offertes hieraan stelselmatig (en zelfs op chronologische wijze) worden getoetst. Meer nog, na iedere toetsing van een beoordelingselement vermeldt het Beoordelingsverslag op systematische wijze een zekere planmatige waardering ervan (gaande van (zeer) (kleine) (en/of gemiddelde) minwaardes, neutraal, (zeer) (grote) (en/of gemiddelde) meerwaardes tot uitstekend). Deze werkwijze wordt stelselmatig toegepast over niet minder dan 209 pagina’s van het Beoordelingsverslag”.

Op de tweede plaats doen zij gelden dat uit het beoordelingsverslag blijkt dat “het gewicht, c.q. doorslaggevende factor van bepaalde beoordelingselementen kennelijk is verhoogd (of verlaagd)”, hetgeen zij als een bijkomend euvel zien.

Beoordeling

26. De beoordelingsmethodiek wordt in het definitief beschrijvend document als volgt beschreven:

“De kwalitatieve subcriteria zullen worden toegepast volgens de volgende beoordelingsmethodiek:

- 100%: perfect

- 90%: uitzonderlijk
- 80%: uitstekend
- 70%: zeer goed
- 60%: goed
- 50%: ruim voldoende
- 40%: boven voldoende
- 30%: voldoende
- 20%: matig
- 10%: onvoldoende
- 0: ruim onvoldoende.

De regelmatige Offertes zullen worden gescoord i.f.v. deze beoordelingsmethodiek na het regelmatigheidsonderzoek. Er zullen uitsluitend punten voor (elk van) de subcriteria worden toegekend, en die punten zullen een ‘globale’ en relatieve beoordeling weerspiegelen in functie van de geboden meer- en minwaarde(n).

Een eventuele eerdere beoordeling en/of een eerdere rangschikking bindt de Aanbestedende Overheid niet voor een navolgende beoordeling in het kader van de Offertefase. De Inschrijver/Inschrijver kan uit een dergelijke eerdere beoordeling geen rechten of verwachtingen putten wat betreft de quotering van zijn Offerte naderhand.”

De gunningscriteria zijn de prijs (45/100) en de inhoudelijke kwaliteit (55/100). Het gunningscriterium inzake de inhoudelijke kwaliteit wordt verduidelijkt in het definitief beschrijvend document:

“Voor de toepassing van het gunningscriterium ‘inhoudelijke kwaliteit’ (55 van de 100 punten) dient de Aanbestedende Overheid het toegevoegde plan van aanpak inhoudelijk te beoordelen. In punt 2.4 van Deel 3 van dit Definitief Beschrijvend Document is aangegeven welke documenten de Inschrijvers dienen in te dienen die samen het ‘plan van aanpak’ uitmaken. Voor de toepassing van het gunningscriterium ‘inhoudelijke kwaliteit’ zal de Aanbestedende Overheid het plan van aanpak beoordelen met toepassing van de volgende drie subcriteria met toepassing van de hiernavolgende weging:

- Projectbeheersing – 30% (16,5 van de 55 punten)
- Technische kwaliteit – 40% (22 van de 55 punten[)]
- Integrale ontwerp kwaliteit – 30% (16,5 van de 55 punten)

De drie wegingen t.a.v. deze subcriteria zullen samengeteld 100% hetzij op 55 punten voor het gunningscriterium ‘inhoudelijke kwaliteit’ beoordeeld worden.

De scores voor deze subcriteria zullen na de beoordeling van de Offertes, met het oog op de rangschikking, worden omgezet in overeenstemming met de finale weging van dit gunningscriterium.

Projectbeheersing:

De Aanbestedende Overheid beoogt, met het oog op een kwalitatieve en doelmatige uitvoering van het Project, een Opdrachtnemer die garanties

biedt op een robuuste en solide projectbeheersing. Dit zit vervat in het subcriterium 'projectbeheersing'. In het kader van het subcriterium 'projectbeheersing' gaat de Inschrijver ten minste in op volgende elementen:

- de planning, en meer bepaald op de uitvoeringstermijn van het globale project en van de deelprojecten; daarbij geeft de Inschrijver ook aan hoe het resultaat van zijn risicoanalyse de planning vormgeeft, hoe hij in deze planning omgaat met onvoorziene en/of ongekende factoren en de mate waarin de planning rekening houdt met broedseizoenen van gevoelige soorten, cf. MER/ ohb milieu;
- de wijze waarop hij het onderhoud van de infrastructuur in de beschikbaarheidsfase zal uitvoeren;
- het projectmanagement, waarbij hij minstens ingaat op zijn werforganisatie, de wijze waarop hij de kwaliteitscontrole waarborgt en de veiligheid in het kader van de uitvoering van het Project verzekert en het documentbeheerssysteem dat hij zal hanteren;
- de concrete risico's die de Inschrijver ziet verbonden aan de aanvraag van de definitieve omgevingsvergunning (o.m. het risico op niet verkrijgen van de vergunning, het risico dat tijdens de omgevingsprocedure aanpassingen of verbeteringen nodig blijken, het risico dat de omgevingsvergunning onvolledig of niet volledig geschikt blijkt in uitvoering) en de maatregelen die hij ziet om dit risico te beheersen;
- de communicatiestrategie die de Inschrijver zal ontwikkelen en implementeren, zowel ten aanzien van derden (stakeholders, besturen, ...) als de Aanbestedende Overheid.

De uiteenzettingen van de Inschrijvers zullen worden beoordeeld in functie van de meer- en minwaarden die de Inschrijver biedt in het kader van voormelde elementen (en de eventuele andere elementen die de Inschrijver voorstelt).

Technische kwaliteit:

De Aanbestedende Overheid wenst dat de Opdrachtnemer blijk geeft van een solide visie op de technische aspecten verbonden aan de Opdracht, in staat blijkt de risico's in dit verband te onderkennen en te beheersen en vorm kan geven aan de technische aspecten van de Opdracht die de kwaliteit en doelmatigheid van het Project ten goede komt. Deze doelstelling zit vervat in het subcriterium 'technische kwaliteit'. In het kader van het subcriterium 'technische kwaliteit' gaat de Inschrijver ten minste in op volgende elementen:

- De technische optimalisatie van kunstwerken die de Inschrijver voorstelt door te voeren;
- De werforganisatie, waarbij de Inschrijver dient in te gaan (op basis van een analyse van werfzones zoals voorzien in de Referentieontwerpplannen) op de eventuele nood aan bijkomende ruimte en de oplossingen die hij in dat verband voorstelt, de concrete tijdelijke invulling aan alle (Tijdelijke) Werfzones, de aard en de inplanting van zijn werfinrichting;

- De uitvoeringsmethodes, voor zover zij omgevings- en milieuvergunningsplichtig zijn, zoals de grondwaterverlagingen, tijdelijke wegenis, tijdelijke kunstwerken en vergunningsplichtige handelingen;
- De duurzaamheid in het kader van de uitvoering, waarbij de Inschrijver o.m. kan ingaan op het energieverbruik (zoals tijdens de Bouwfase en in de Beschikbaarheidsfase) waartoe de Inschrijver zich verbindt, het gebruik van hernieuwbare energie, de hoeveelheid en de aard van de gebruikte materialen en de mate waarin het plan van aanpak rekening houdt met werftransport en werfpersoneel, bereikbaarheid werfcentra (ook voor bezoekers, met inbegrip van bereikbaarheid met openbaar vervoer/fiets), werfketen, inrichting en uitrusting, gebruik en hergebruik van materialen, afvalstromen en de vervoersmiddelen van het werfpersoneel, zoals elektrische fietsen/wagens;
- De verkeersafwikkeling en minder hinder, en m.n. de mate waarin de verkeersafwikkeling in functie van de beschikbaarheid voor de diverse modi wordt voorgesteld, voornamelijk tijdens de Bouwfase maar ook tijdens de Beschikbaarheidsfase. Daarbij gaat de Inschrijver ook in op de doeltreffendheid, de efficiëntie en het realistische karakter van de maatregelen die worden voorgesteld om de hinder voor het weg-, spoor en scheepvaartverkeer tijdens de Bouwfase tot een minimum te beperken, rekening houdende met de doelstellingen, de prioriteiten en de aandachtspunten die de Aanbestedende Overheid vooropstelt;
- De restwaarde voor de Aanbestedende Overheid, en m.n. de mate waarin de (deel)objecten ná Overdracht (configuratie) of voorlopige en definitieve oplevering (Buiten-Configuratie) hun functie kunnen blijven vervullen en onderhoudsvriendelijk zijn. Hieronder vallen ook de (aanvullende) garanties door middel van contractueel engagement die de Inschrijver ten aanzien van deze restwaarde geeft;
- De risicobeheersing t.a.v. de tijdelijke instandhouding van bestaande constructies, en meer specifiek de aanpak van de afwatering tijdens de werken, o.a. specifiek voor de onderdoorgangen (waar in definitieve toestand pompputten zullen moeten komen) en de maatregelen in functie van het tijdelijk of definitief in stand houden van bestaande constructies, specifiek in knopen O3, O5, O6 en voor de Ringvaartbruggen.

De uiteenzettingen van de Inschrijvers zullen worden beoordeeld in functie van de meer- en minwaarden die de Inschrijver biedt in het kader van voormelde elementen (en de eventuele andere elementen die de Inschrijver voorstelt).

Integrale ontwerp kwaliteit:

De Aanbestedende Overheid beoogt een Opdrachtnemer aan te stellen die een integrale en multidisciplinaire benadering van het Project voorstaat, waardoor de kwaliteit en de functionaliteit van het ontwerp (en finaal van het Project) wordt gemaximaliseerd. Dit zit vervat in het subcriterium

‘integrale ontwerp kwaliteit’. In het kader van het subcriterium ‘integrale ontwerp kwaliteit’ gaat de Inschrijver ten minste in op volgende elementen:

- De integraliteit van zijn aanpak, en m.n. de mate waarin het voorstel het resultaat is van een geïntegreerde werkwijze. Hoe zijn de diverse aspecten (ruimtebeslag, geluidshinder, verkeersveiligheid, leesbaarheid, landschappelijke inpassing, ecologie, interactie met nutsleidingen,...) meegenomen? Op welke manier wordt er gestreefd naar een optimale afstemming tussen ontwerp, uitvoering en onderhoud?
- De ruimtelijke kwaliteit, m.n. de mate waarin de ontwerpkeuzes en de ruimtelijke kwaliteit onderlinge samenhang vertonen binnen het deelproject, tussen de deelprojecten onderling en binnen het kader van het overkoepelende project; de mate waarin de ruimtelijke kwaliteit tijdens de Bouwfase en de Beschikbaarheidsfase zal worden geborgd;
- De mate waarin de Offerte de technische voorschriften van de Opdrachtdocumenten overtreft ten voordele van de functionaliteit en robuustheid van het ontwerp;
- De optimalisaties die de Inschrijver ziet op het vlak van landschappelijke inpassing van de kunstwerken;
- De architecturale visie van de Inschrijver t.a.v. de kunstwerken (die voortbouwt op de opdrachtdocumenten in dat verband).

De uiteenzettingen van de Inschrijvers zullen worden beoordeeld in functie van de meer- en minwaarden die de Inschrijver biedt in het kader van voormelde elementen (en de eventuele andere elementen die de Inschrijver voorstelt).”

27. Als subcriteria moeten worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangeboden een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn. Om een subcriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de motiveringsplicht vereiste vermelding van gunstige of minder gunstige elementen die de beoordeling van een gunningscriterium ondersteunen, moet het gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken of om een enigszins planmatige toetsing.

28. De omstandigheid dat in het beoordelingsverslag de kenmerken en de relatieve voordelen van de offertes voor alle in het bestek opgesomde beoordelingselementen werden besproken en gewaardeerd, brengt op het eerste gezicht niet met zich mee dat hiermee is aangetoond dat deze elementen als subsubcriteria zouden zijn gehanteerd. In elk geval wordt niet beweerd dat de verwerende partij bij de beoordeling zou hebben gebruikgemaakt van elementen

die niet vooraf werden bekendgemaakt en aldus niet bij de inschrijvers bekend waren. De verzoekende partijen waren op grond van de opdrachtdocumenten op de hoogte van de beoordelingselementen en de weging van de gunningscriteria en de subgunningscriteria van het inhoudelijke gunningscriterium. Zij beweren niet dat zij deze gegevens niet kenden bij het opstellen van hun offerte.

29. De verzoekende partijen betogen nu wel dat het gewicht van bepaalde beoordelingselementen is verhoogd of verlaagd.

30. In het beoordelingsverslag is te lezen:

“De Aanbestedende Overheid heeft bij de beoordeling van de Offertes ten aanzien van het gunningscriterium ‘inhoudelijke kwaliteit’ logischerwijze bijzondere aandacht besteed aan de min- of meerwaarden van de Offertes. De Aanbestedende Overheid hanteert daarbij, zoals uiteengezet in het Definitief Beschrijvend Document, een relatieve benadering. Zij heeft dus inzonderheid (maar niet uitsluitend) aandacht gehad voor de wijze waarop de Offertes zich ten opzichte van het Referentieontwerp en ten opzichte van elkaar verhouden.

57. Indien de Aanbestedende Overheid aan een bepaald aspect van de Offerte van een Inschrijver in voorliggend verslag geen uitdrukkelijke aandacht heeft besteed, betekent dit niet dat de Aanbestedende Overheid dat element niet heeft onderzocht maar wel dat zij van oordeel was dat hieraan geen min- of meerwaarde wordt toegekend, dit wil zeggen dat de Inschrijver zich op die wijze niet van de andere Inschrijver onderscheidt. Dit was inzonderheid o.m. het geval voor het subgunningscriterium ‘projectbeheersing’, waar de offertes van de Inschrijvers een aantal voorstellen bevatten die gelijkwaardig zijn.

58. Voorts heeft de Aanbestedende Overheid geen louter wiskundige of kwantitatieve optelling van de vastgestelde meer- of minwaarden gemaakt maar heeft zij, op basis van een globale beoordeling, haar globale inschatting van de Offertes tot uitdrukking gebracht. Het kan dus zijn dat, bijvoorbeeld, een grote meerwaarde die slechts op een minder belangrijk element betrekking heeft minder zwaar doorweegt in de eindbeoordeling dan een gemiddelde meerwaarde of zelfs een kleine meerwaarde die wel op een belangrijk element betrekking heeft.”

31. In het definitief beschrijvend document is opgenomen:

“De regelmatige Offertes zullen worden gescoord i.f.v. deze beoordelingsmethodiek na het regelmatigheidsonderzoek. Er zullen uitsluitend punten voor (elk van) de subcriteria worden toegekend, en die

punten zullen een ‘globale’ en relatieve beoordeling weerspiegelen in functie van de geboden meer- en minwaarde(n).”

32. Het blijkt aldus dat de verwerende partij een werkwijze heeft gevolgd, waarbij zij geen louter wiskundige of kwantitatieve optelling heeft gemaakt van de vastgestelde meer- of minwaarden bij de beoordelingselementen maar in functie ervan een globale beoordeling tot uitdrukking heeft willen brengen.

Daardoor hebben mogelijkerwijze bepaalde beoordelings-elementen meer of minder doorgewogen, zonder dat deze daarom als subgunningscriteria moeten worden beschouwd. Er werden ook uitsluitend punten voor elk van de subcriteria toegekend en het lijkt niet dat die voortkomen uit een rekenkundige optelling die eenduidig voortvloeit uit de waardering bij de beoordelingselementen weergegeven.

Aldus lijken de beoordelingselementen niet te zijn gehanteerd als voorafgaande aan de toetsing bedachte gegevens met een eigen gewicht waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig werden vergeleken, noch dat wegingen van de inhoudelijke subcriteria hierdoor mathematisch zouden zijn gewijzigd.

Overigens maken de verzoekende partijen niet meteen duidelijk dat de bestreden beslissing anders had kunnen zijn indien hun grieven in het middel zouden zijn aanvaard.

33. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Besix Group, de nv European Projects Investment Company, de bv Rebel Infra Developers, de nv Stadsbader en de nv I4b-The Belgian Infrastructure Fund, samen vormend een tm, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 600 euro, elk voor een derde, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 750 euro, elk voor een vijfde.

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

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest