

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.975 van 8 november 2022
in de zaak A. 237.438/XII-9272**

In zake:

1. de BV SBE NEDERLAND
2. de BV INGENIEURSBUREAU MUC,
samen een combinatie vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Keuster en Uschi Steurs
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kathleen Tobback
kantoor houdend te 3000 Leuven
Blijde Inkomststraat 22

tegen:

de NV NORTH SEA PORT FLANDERS
nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Droesbekeplein 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV WSP NEDERLAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelgem
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 oktober 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de

beslissing van de nv van publiek recht North Sea Port Flanders van 23 september 2022 waarbij de raamovereenkomst voor ingenieursdiensten - perceel 2 (“Natte Infra Nederland”) wordt gegund aan de bv WSP Nederland, inclusief verslag van nazicht van de offertes van 23 september 2022.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 oktober 2022 heeft de bv WSP Nederland gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Jutta De Mey, die *loco* advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 speciale sectoren uit voor diensten met als voorwerp “Raamovereenkomst voor ingenieursdiensten”.

De opdracht bestaat uit vijf percelen:

- Perceel 1: Natte infra België,
- Perceel 2: Natte infra Nederland,
- Perceel 3: Droge infra België,
- Perceel 4: Droge infra Nederland,
- Perceel 5: Spoor Nederland.

De voorliggende vordering heeft betrekking op perceel 2, “Natte infra Nederland”. Daaronder vallen ontwerp-, beoordelings- en adviesactiviteiten “met betrekking tot onder andere volgende ‘natte’ infrastructuurelementen: kades, jetty’s/steigers, dolphins, oeverbescherming/glooïingen, baggerwerk, ...”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 oktober 2021 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 oktober 2021.

3.3. Het bijzonder bestek met referte 2020-022 is van toepassing.

Onder punt I.3 wordt de wijze van gunnen bepaald:

“De opdracht wordt gegund bij wijze van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

De procedure wordt gevoerd in opeenvolgende fases waarbij het aantal te onderhandelen offertes geleidelijk verminderd wordt.

De initieel ingediende offertes worden aan een voorlopige beoordeling onderworpen waarna de slechtst gerangschikte offertes kunnen afvallen. Dit kan onder meer gebeuren wanneer het te overbruggen verschil met de andere offertes als te groot wordt beoordeeld. Om door te gaan naar de volgende ronde moet een offerte alleszins minstens de helft van de punten scoren op de criteria ‘team’ en ‘plan van aanpak’.

Indien nodig wordt er daarna onderhandeld met de inschrijvers die worden toegelaten tot de volgende fase met het oog op het indienen van een verbeterde offerte.

De verbeterde offertes worden indien nodig opnieuw beperkt. Deze beoordeling zal gebeuren op basis van de mate van verbetering die werd gerealiseerd ten opzichte van de initieel ingediende offertes en ten opzichte van de andere verbeterde offertes.

De finale fase bestaat uit een toelichting van de offerte door de inschrijver waarna er eventueel een best [and] final offer kan worden gevraagd.”

In punt I.4 wordt bepaald dat de opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen prijslijst.

In punt I.9 van het bestek worden de gunningscriteria omschreven als volgt:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs	40
	<p>De inschrijver voegt een prijslijst toe met de verschillende inzetbare functies voor deze opdracht (zie III.1.1). Deze prijslijst is bindend bij offertes tijdens uitvoering van de opdracht. De prijsopgave van elke case (zie III.2) dient te worden gebaseerd op de prijzen in deze prijslijst. De beoordeling van de prijs gebeurt op basis van de totale prijsopgave van de betreffende case. De opgegeven prijzen in de prijslijst zijn ‘all in’ prijzen.</p> <p>Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs</p>	
2	Team	35
	<p>De inschrijver dient voor ieder perceel waar hij op inschrijft CV's toe te voegen van alle teamleden. Deze gegevens dienen uitgewerkt te worden voor de binnen het perceel van toepassing zijnde aspecten.</p> <p>Uit dit ‘algemeen team’ wordt dan ook specifiek per case een team voorgesteld. Het gewicht van het concrete team op het gebied van beroepskwalificaties, inzetbaarheid en ervaring wordt geëvalueerd en beoordeeld zowel in het algemeen als per case (zie ook III.1.1).</p> <p>Naast de CV's dient ook minimaal volgende info opgegeven te worden:</p> <p>a. Beschrijf de rollen binnen de projectorganisatie; hoe biedt de inrichting van de projectorganisatie meerwaarde voor de opdrachtgever voor deze specifieke opdracht.</p> <p>b. Voor iedere rol moet duidelijk beschreven worden welke taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden daarbij horen.</p> <p>c. Daarnaast dient de samenstelling van het (beoogde) projectteam te worden omschreven, waarbij tevens eventuele samenwerkingsverbanden inzichtelijk dienen te worden gemaakt. Hierbij dient een rechtstreekse relatie te worden gemaakt tot de doelstelling (ontzorgen van de opdrachtgever).</p> <p>d. Maak inzichtelijk wat de uurbesteding per rol zal worden voor de betreffende case.</p> <p>e. Vermits een groot deel van de te verwachten deskundigheid afhangt van het team, dient er ook per voorgesteld teamlid een vervanger te worden voorgesteld. Alle teamleden zijn de Nederlandse taal machtig.</p>	
3	Plan van aanpak	20
	<p>De inschrijver maakt een plan van aanpak op per case (zie III.2). Dit plan van aanpak wordt beschreven in maximaal 12 pagina's A4 (lettertype Arial, pnt. 10). Minstens de volgende criteria komen aan bod:</p> <p>a. Geef een omschrijving van uw (integrale) projectaanpak.</p> <p>b. Beschrijf de voorziene fasering van het ontwerpproces en het tijdsplan per fase.</p> <p>c. Beschrijf de wijze waarop u verificatie vormgeeft, dat wil zeggen de wijze</p>	

	<p>waarop u gedurende het ontwerpproces aantoonbaar aan de eisen voldoet.</p> <p>d. Beschrijf de wijze waarop u de planning beheerst gedurende het waarbij tijdigheid een belangrijk item is.</p> <p>e. Geef een overzicht van de door u voorziene benodigde onderzoeken welke nodig zijn om een kwalitatief hoogwaardig integraal ontwerp te kunnen maken.</p> <p>f. Beschrijf de wijze waarop u omgaat met scopewijzigingen tijdens het ontwerpproces.</p> <p>g. Beschrijf de wijze waarop u de kwaliteit borgt van het door u op te stellen integrale ontwerp.</p> <p>h. Beschrijf hoe u duurzaamheid en circulariteit opneemt in uw ontwerp</p> <p>i. Beschrijf hoe de communicatie voldoende borgt dat de opdrachtgever op de hoogte wordt gehouden met inachtneming van de doelstelling (ontzorgen van de opdrachtgever).</p> <p>j. Geef een overzicht van de in te zetten hulpmiddelen, tools, softwarepakketten, e.d. en beschrijf op welke wijze deze ingezet worden tijdens het ontwerpproces.</p> <p>k. Geef aan hoe omgegaan wordt met risicomanagement en welke methodiek er gebruikt wordt.</p>	
4	Behandeling van dringende ad hoc vragen	5
	De inschrijver geeft op hoe hij omgaat met ad hoc vragen die op korte termijn moeten behandeld worden (bv bij calamiteitengevallen, ...).	
Totaal gewicht gunningscriteria:		100

3.4. Deel III van het bestek bevat “technische bepalingen”. De volgende bepalingen zijn relevant voor de voorliggende vordering:

“III.1 Offerte

De inschrijver richt zijn offerte in volgens de gunningscriteria (I.9).

Voor het criterium 2. Team wordt zowel de opgave voor de volledige opdracht als het daarop gebaseerde team voor de uitvoering van de case beoordeeld.

III.1.1 Inzetbare functies

- Projectleider;
- Constructeur (technische / stabiliteitsberekeningen);
- Geotechnisch adviseur;
- Waterhuishoudkundige;
- Verhardingsdeskundige (percelen 3 en 4 droge infra);
- Ontwerper;
- Tekenaar;
- Kostendeskundige;
- Planner;

- Bestekschrijver (RAW (percelen 2, 4 en 5, Nederland) en / of Standaardbestek (percelen 1 en 3, België);
- Toezichthouder (percelen 2, 4 en 5 Nederland);
- Directievoerder (percelen 2, 4 en 5 Nederland);
- Milieudeskundige (percelen 1 en 3, België)
- Opsteller omgevingsvergunningen (percelen 1 en 3, België)
- Expert duurzaamheid en circulariteit, MKI-berekening, LCA-berekeningen
- ...

Andere waardevolle profielen kunnen naar inzicht van de inschrijver toegevoegd worden. Zo kunnen ook profielen toezichthouder en leidend ambtenaar voor percelen 1 en 3 (België) als meerwaarde toegevoegd worden.

Alle teamleden zijn de Nederlandse taal machtig.

Er moet ook een centrale contactpersoon opgegeven worden voor administratieve zaken.

III.2 Cases

Voor de onderstaande cases per perceel wordt

1. uit de opgegeven prijslijst van inzetbare functies de prijs opgelijst per ingezet personeelslid waaruit de totaalprijs voor de case volgt;
2. de teamsamenstelling voor de case voorgesteld (zie ook I.9 criterium 2);
3. het plan van aanpak voorgesteld.

Zie ook I.9 hiervoor.

[...]

III.2.2 Case Perceel Nr. 2: Natte infra Nederland

Ontwerp van kade 200m (van schetsontwerp tot bestekontwerp), kerende hoogte 20m; in een getijdegebied met een waterstandsverschil van 4m; diepgang 12,5m; scheepstype 50.000 DWT; bovenbelasting 5T/m², inclusief raming met meetstaat en opstelling technische bestekbepalingen, inclusief plannen (= tekeningen).

Inzet van toezicht en directievoering tijdens uitvoering, reken uitvoeringsduur 1 jaar.

[...]”

3.5. Voor perceel 2 worden op 28 januari 2022 zeven inschrijvers, waaronder de verzoekende partijen en de bv WSP Nederland, geselecteerd en vervolgens uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Zes geselecteerden, waaronder de verzoekende partijen en de bv WSP Nederland, dienen ook effectief een offerte in.

Na een eerste, voorlopige beoordeling van de offertes worden al deze inschrijvers uitgenodigd tot onderhandelingsgesprekken. De inschrijvers

krijgen daarna de gelegenheid om hun offerte aan te passen. Dit resulteert in zes gewijzigde offertes of “best and final offers” (hierna: BAFO’s).

3.6. Een verslag van nazicht wordt opgesteld op 22 juni 2022. De bv WSP Nederland en de verzoekende partijen behalen de volgende scores op de gunningscriteria:

Gunningscriterium nr. 1: Prijs (40)	
SBE Nederland – Ingenieursbureau MUC	40
WSP Nederland	16,82
Gunningscriterium nr. 2 : Team (35)	
SBE Nederland – Ingenieursbureau MUC	15
WSP Nederland	31
Gunningscriterium nr. 3 : Plan van aanpak (20)	
SBE Nederland – Ingenieursbureau MUC	8
WSP Nederland	18,5
Gunningscriterium nr. 4 : Behandeling van dringende ad hoc vragen (5)	
SBE Nederland – Ingenieursbureau MUC	4
WSP Nederland	4,5

De offerte van de bv WSP Nederland behaalt met een totaalscore van 70,82 punten de hoogste totaalscore, zodat wordt voorgesteld om perceel 2 te gunnen aan deze inschrijver. De verzoekende partijen worden met een score van 67 punten als tweede gerangschikt.

Op 23 juni 2022 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de bv WSP Nederland.

3.7. Op 7 juli 2022 vorderen de verzoekende partijen bij de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de voormelde beslissing.

Gelet op het feit “dat de niet-gegunde inschrijvers meer vragen hebben dan verwacht bij de gemotiveerde beslissing d.d. 23 juni 2022”, beslist de verwerende partij op 14 juli 2022, na bespreking in haar raad van bestuur op 13 juli 2022, om de beslissing van 23 juni 2022 in te trekken en “een verduidelijkt en/of aangevuld verslag van nazicht van offertes op te stellen”.

Bij arrest nr. 254.292 van 26 juli 2022 verklaart de Raad van State de vordering tot schorsing dienvolgens zonder voorwerp.

3.8. Een nieuw verslag van nazicht wordt opgesteld op 23 september 2022.

3.8.1. Onder punt 2, “Initiële offertes”, wordt een punt “2.4. Vergelijking van de offertes” ingevoegd, dat nieuw is in vergelijking met het eerste, ingetrokken verslag. Daarin worden de voorlopige beoordelingen en scores van de oorspronkelijke offertes vermeld, op basis waarvan de verwerende partij beslist had de zes inschrijvers uit te nodigen tot de onderhandelingsgesprekken (zie overweging 3.5, hiervoor). Uit de optelling van de scores per gunningscriterium blijkt dat de verzoekende partijen voor hun offerte op dat ogenblik een score behaalden van 70 punten en de bv WSP Nederland een score van 54,64 punten.

3.8.2. Onder hetzelfde punt 2 wordt ook een nieuw onderdeel “Vervolg van de onderhandelingen” ingevoegd. Hierin wordt voor elke inschrijver de “historiek van de onderhandelingen” beschreven. Met betrekking tot de verzoekende partijen wordt het volgende vermeld:

“Het algemene en specifieke team op gebied van ervaring en inzetbaarheid, de al te lage uurbesteding per rol, het beperkte vervangteam, de beperkingen in de projectaanpak, de onrealistische inschatting van de planning, de niet uitgewerkte verificatie en duurzaamheid worden onder andere besproken. Ook het gevraagde partnerschap komt aan bod.

Aanbesteder uit bezorgdheid over de mogelijkheid om ontzorgd te worden en geeft duidelijk aan dat de case veel gedetailleerder en diepgaander moet worden ingeschat en realistischer moet worden benaderd en stelt

bereid te zijn eerlijke prijzen te betalen voor een goede dienstverlening die gericht is op partnerschap.

Inschrijver stelt 'de laagste prijs te willen aanbieden om de opdracht te winnen' waarop aanbesteder uitlegt dat er een duidelijke prijs-kwaliteitsverhouding wordt vooropgesteld in de opdrachtdocumenten. Het wordt de inschrijver duidelijk gemaakt dat hij een nieuwe offerte kan indienen gebaseerd op de nieuwe inzichten na de onderhandelingen en dat deze nieuwe offerte een 'best and final offer' zal zijn; er zullen geen verdere gesprekken volgen.

Het is duidelijk dat bij een poging tot verbetering van het aanbod op het vlak van kwaliteit, de prijs zou kunnen stijgen en dus slechter scoren en omgekeerd.

Het wordt aan de inzichten van de inschrijver overgelaten of de nieuwe offerte zal bestaan uit een volledig nieuw allesomvattend document of uit een document met aanvullingen op de bestaande offerte, als tenminste duidelijk wordt gemaakt wat het finale aanbod is.

Inschrijver had de onderhandelingen goed voorbereid met een goede presentatie."

3.8.3. Ten slotte wordt onder punt 3, "Finale onderhandelingsfase", bij punt 3.2, "Regelmatigheidsonderzoek van de offertes van geselecteerde kandidaten", een specifieke motivering ingevoegd:

"Prijs- of kostenonderzoek:

Alle ingediende offertes werden onderworpen aan een prijs- of kostenonderzoek.

De verschillen in prijsopgave voor de case kunnen wellicht worden toegeschreven aan interpretatieverschillen of misverstanden. Inschrijvers dienen de kans te krijgen om dit te verbeteren na onderhandelingsgesprekken.

Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:

Er is geen indicatie dat er mogelijk abnormale uurprijzen worden opgegeven."

3.8.4. Onder punt 3.3, "Vergelijking van de offertes", worden de BAFO's op grond van de in het bestek vermelde gunningscriteria beoordeeld. In vergelijking met het ingetrokken verslag van nazicht van 22 juni 2022 zijn de scores van alle inschrijvers op alle criteria exact dezelfde gebleken, maar is de motivering ruimer.

Op het gunningscriterium "prijs" behalen de verzoekende partijen 40/40 punten tegenover 16,82/40 punten voor de bv WSP Nederland.

Op het gunningscriterium “team” behalen de verzoekende partijen 15/35 punten tegenover 31/35 punten voor de bv WSP Nederland.

De respectieve motiveringen voor dit criterium luiden:

- voor de verzoekende partijen:

“De cv’s van het algemeen team worden in de bafo aangevuld en zijn ok. Het specifiek team voor de case is goed samengesteld, enkel de Nederlandse ervaring van de toezichthouder blijkt te laag. Duurzaamheidsexperten worden in de bafo toegevoegd. Inzake directievoering kan de bafo niet helemaal overtuigen.

De rollen binnen de projectorganisatie zijn goed uitgewerkt maar zonder aanduiding van de meerwaarde voor de specifieke opdracht. Voor elke rol is duidelijk beschreven welke taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden daarbij horen. De samenstelling van het beoogde projectteam is goed uitgewerkt en de samenwerkingsverbanden zijn inzichtelijk gemaakt. De uurbesteding per rol wordt als te laag ervaren, zeker bij directievoering en toezicht, en kan niet overtuigen met betrekking tot effectieve ontzorging voor de aanbesteder.

De case wordt niet herwerkt in de bafo en de vragen en opmerkingen hierover tijdens de onderhandelingsgesprekken worden genegeerd. De te laag ingeschatte uurbesteding kan niet worden opgevangen door de aangeboden expertise. In andere offertes wordt vergelijkbare of betere expertise aangeboden en is de uurbesteding duidelijk ruimer. Naar het oordeel van aanbesteder blijft het aanbod onrealistisch.

De vervangers met waterbouwkundige ervaring blijken eerder beperkt in aantal.”

- voor de bv WSP Nederland:

“Er wordt in de best and final offerte een brede en diepgaande waterbouwkundige ervaring specifiek met havengerelateerde constructies aangetoond. Deze wordt ervaren als een maatstaf voor de overige aanbieders. Dit is ook terug te vinden bij de vervangers. In de bafo wordt de beschikbaarheid duidelijk toegelicht.

In het team voor de case blijkt de brede ervaring vanuit het algemene team terug te vinden bij alle belangrijke functies.

Ook is er zeer goede duurzaamheidservaring aanwezig in het team. Dit maakt de bafo heel sterk overtuigend op het vlak van beroepskwalificaties, ervaring en inzetbaarheid.

De rollen binnen de projectorganisatie worden zeer goed beschreven. De projectorganisatie wordt ingericht met het oog op ontzorging van de opdrachtgever. Voor elke rol is zeer goed omschreven welke taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden daarbij horen. De samenstelling van het team is zeer goed omschreven waarbij tevens de samenwerkingsverbanden zeer goed inzichtelijk zijn gemaakt, en hierbij

wordt ook duidelijk aangetoond dat de opdrachtgever zal worden ontzorgd als 'preferred partner'.

Zo is er bijvoorbeeld een apart contactpersoon voor assetmanagement. De offerte maakt inzichtelijk wat de uurbesteding per rol is, er wordt een goede opsplitsing gemaakt van de inzet van de ingeschatte uren.

Vervanging kan worden opgevangen binnen het team zelf wat als positief wordt ervaren vanwege de continuïteit.”

Op het gunningscriterium “plan van aanpak” behalen de verzoekende partijen 8/20 punten tegenover 18,5/20 punten voor de bv WSP Nederland.

De respectieve motiveringen voor dit criterium luiden:

- voor de verzoekende partijen:

“De omschreven projectaanpak kan niet overtuigen. Het positieve voorstel voor ‘korte lijnen’ blijkt te betekenen dat er veel zaken aan de opdrachtgever worden overgelaten. De voorziene fasering van het ontwerpproces en het tijdsplan zijn helder maar worden als krap ervaren en, gelet op de specifieke opdrachten die onder deze overheidsopdracht zullen vallen, onrealistisch. De minimalistische projectaanpak wordt in de bafo nauwelijks aangepast en inschrijver negeert de opmerkingen hierover tijdens de onderhandelingsgesprekken. Het gevraagde partnerschap en ontzorging worden als hoogst twijfelachtig geëvalueerd. De wijze waarop de verificatie vorm wordt gegeven is niet uitgewerkt in de bafo. De wijze waarop de planning wordt beheerst gedurende het ontwerpproces lijkt niet realistisch en overtuigt niet. De benodigde onderzoeken worden eerder beperkt uitgewerkt. De wijze waarop met scopewijzigingen wordt omgegaan en de wijze waarop de kwaliteit wordt geborgd, is voldoende uitgewerkt. In de finale offerte worden duurzaamheidsexperten toegevoegd en wordt het plan van aanpak uitgebreid op dit gebied. De manier waarop de communicatie kan bijdragen tot het ontzorgen van de aanbesteder is goed uitgewerkt. Het overzicht van de in te zetten hulpmiddelen, tools, softwarepakketten, e.d. en op welke manier deze worden ingezet is goed. In de bafo werd aandacht besteed aan risicomanagement. De risico's zijn niet specifiek benoemd maar er is wel een focus op uitvoerbaarheid.”

- voor de bv WSP Nederland:

“De integrale projectaanpak in de finale offerte is helder, alle aspecten komen aan bod. In de bafo wordt aan aanbesteder een voorrangspositie voorgesteld wat als heel positief beoordeeld wordt. De voorziene fasering van het ontwerpproces en het tijdsplan per fase is goed weergegeven. De

wijze waarop verificatie vorm wordt gegeven is goed uitgewerkt. De planning en fasering worden in de bafo duidelijk uitgewerkt. Er wordt een goed overzicht van de benodigde onderzoeken gegeven. De manier waarop met scopewijzigingen wordt omgegaan tijdens het ontwerpproces en de manier waarop de kwaliteit zal worden geborgd in het ontwerp is goed uitgewerkt in de bafo. Mooie en concrete uitwerking van voorbeelden van circulariteit (kademuur bijvoorbeeld) en de onduidelijkheden op het vlak van duurzaamheid worden in de bafo toegelicht en verduidelijkt. De communicatie is in de bafo helder uitgewerkt en toont goed aan hoe de opdrachtgever op de hoogte wordt gehouden (korte lijnen, streven naar een directe en oplossingsgerichte aanpak). De finale offerte overtuigt op dit aspect en toont aan dat de opdrachtgever ontzorgd zal worden. Er is een goed overzicht opgemaakt van de in te zetten hulpmiddelen, tools, softwarepakketten en hoe deze zullen worden ingezet tijdens het ontwerpproces. De bafo toont duidelijk aan hoe er wordt omgegaan met risicomanagement.”

Op het gunningscriterium “behandeling van dringende ad hoc vragen” behalen de verzoekende partijen 4/5 punten tegenover 4,5/5 punten voor de bv WSP Nederland.

In totaal behaalt de bv WSP Nederland een score van 70,82/100 punten tegenover 67/100 punten voor de verzoekende partijen, die als tweede worden gerangschikt.

3.9. Op 23 september 2022 gunt de verwerende partij perceel 2 aan de bv WSP Nederland.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De bv WSP Nederland blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten

op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het bestek, het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”, en de formelemotiveringsplicht zoals bepaald in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juni (lees: juli) 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de artikelen 4 en 5 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’.

6.1. De verzoekende partijen voeren in een eerste onderdeel aan dat de verwerende partij haar eigen bestek heeft miskend en het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*” heeft geschonden doordat hun BAFO met betrekking tot de gunningscriteria “team” en “plan van aanpak” niet minstens de helft van de punten heeft gekregen, terwijl dit volgens het bestek een vereiste was om toegelaten te worden tot de BAFO en zij effectief tot de onderhandelingsronde toegelaten waren.

6.2. In een tweede onderdeel betogen zij, ten eerste, dat er een schending is van de formelemotiveringsplicht doordat het verslag van nazicht van de offertes geen afdoende motivering bevat met betrekking tot de

gunningscriteria “team”, “plan van aanpak” en “behandeling van dringende ad hoc vragen”. Het is voor hen onmogelijk om op basis van de motivering zoals opgenomen in het verslag van nazicht van de offertes uit te maken hoe de verwerende partij tot de gegeven puntenindeling is gekomen voor de betreffende gunningscriteria. Met name wordt niet gemotiveerd waarom de BAFO op de gunningscriteria “team” en “plan van aanpak” een lagere score krijgt dan de initiële offerte. Het verschil tussen de betrokken scores is echter wel van die aard dat daardoor “de gunningsbeslissing wijzigt”.

De verzoekende partijen merken hierbij op dat de verwerende partij pas na de intrekkingbeslissing van 14 juli 2022 “doelbewust” een beoordeling van de initiële offertes heeft toegevoegd aan het gunningsverslag, om aldus te trachten hun kritiek te ondervangen. “Deze motieven zijn duidelijk *post factum* opgemaakt om het verschil trachten te motiveren”. Deze motivering is volgens hen echter niet afdoende.

Wat, ten tweede, specifiek het criterium “team” betreft, betwisten de verzoekende partijen dat de Nederlandse ervaring van de toezichthouder te laag zou zijn. Zij merken op dat de toezichthouder voor de case de Nederlandse nationaliteit heeft en een mooi cv met Nederlandse projecten kan voorleggen. Bovendien beschikt de verwerende partij over een ruime ervaring bij Port of Rotterdam, zodat haar ervaring met “Nederlandse systematieken” geen probleem vormt. De verzoekende partijen verwijzen ook nog naar een aantal andere projecten, waaruit hun ervaring met “Nederlandse systematieken” eveneens blijkt.

Voorts achten zij het motief dat “de urenbesteding per rol [...] duidelijk als te laag [wordt] ervaren”, niet pertinent. Zij zijn van oordeel dat het aantal uren niet kan worden beoordeeld bij de samenstelling van het team, maar integendeel deel uitmaakt van het gunningscriterium “prijs”. Dit gunningscriterium is immers gebaseerd op de totale prijsopgave van de betreffende case, zijnde het door de inschrijver opgegeven aantal uren vermenigvuldigd met de tarieven. Indien de tijdsbesteding niet realistisch is, dan had de verwerende partij volgens hen de offerte moeten weren op basis van abnormale prijzen, hetgeen zij niet gedaan heeft. Bovendien, zo merken de

verzoekende partijen nog op, is de uurbesteding van de case wél aangepast in de BAFO, én er is tevens verduidelijkt welke uitgangspunten ten grondslag liggen aan het aantal geraamde uren.

Zij zijn ten slotte van oordeel dat het motief dat de case niet werd herwerkt in de BAFO, niet correct is.

Wat, ten derde, specifiek het criterium “plan van aanpak” betreft, betwisten zij dat de wijze waarop de verificatie vorm wordt gegeven, niet uitgewerkt is. Volgens hen is het aspect verificatie heel duidelijk uitgewerkt in het plan van aanpak zoals dit deel uitmaakt van hun initiële offerte en hun BAFO. Zij zouden werken met een eisenverificatiematrix, wat een beproefde methode is.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7. Overeenkomstig punt I.3 van het bestek werden de initieel ingediende offertes aan een voorlopige beoordeling onderworpen. Een inschrijver diende daarbij de helft van de punten te behalen op de gunningscriteria “team” (17,5/35) en “plan van aanpak” (10/20) om te kunnen doorgaan naar de volgende ronde.

Punt I.3 bepaalt evenwel niet, en daaruit lijkt ook niet afgeleid te kunnen worden, dat de inschrijvers die mogen doorgaan naar de volgende ronde, in de daaropvolgende beoordeling van hun BAFO opnieuw minstens de helft van de punten voor de genoemde gunningscriteria moeten krijgen.

In de genoemde bestekbepaling wordt integendeel bepaald dat de verbeterde offertes worden beoordeeld “op basis van de mate van verbetering die werd gerealiseerd ten opzichte van de initieel ingediende offertes en ten opzichte van de andere verbeterde offertes”. Het is dus de mate van verbetering ten opzichte van de initiële offerte die zou worden beoordeeld, en dit niet alleen ten aanzien van de eigen initiële offerte van de verzoekende partijen, maar ook

ten aanzien van de verbeteringen aangebracht in de offertes van de andere inschrijvers.

Voorshands overtuigen de verzoekende partijen dan ook niet met hun stelling dat zij recht zouden hebben op een gegarandeerde vertrekscore, gesteund op de voorlopige beoordeling van hun initiële offerte.

8. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

9. Teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting dient de formele motivering van de beslissing de juridische en feitelijke overwegingen te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Het verslag van nazicht is op het eerste gezicht voldoende gemotiveerd teneinde de verzoekende partijen inzicht te bieden in de motieven waarom de voorkeur van de verwerende partij naar een andere inschrijver is gegaan. De stelling van de verzoekende partijen dat zij niet begrijpen welke beweegredenen onderliggend zijn aan de toegekende punten, lijkt overigens te worden weersproken door de inhoudelijke grieven die zij voorts onder ditzelfde onderdeel van het middel formuleren.

10. Het verslag van nazicht van 23 september 2022 bevat ten opzichte van het verslag van nazicht van 22 juni 2022 een meer uitgebreide motivering. In zoverre het verslag thans de voorlopige beoordeling van de initiële offertes bevat, voeren de verzoekende partijen aan dat die beoordeling een “*post factum*”-motivering uitmaakt, die “doelbewust” pas na de intrekkingbeslissing van 14 juli 2022 werd toegevoegd, om het scoreverschil tussen de beoordeling van de initiële offertes en de BAFO’s te kunnen verantwoorden. De beslissing van 23 juni 2022, met inbegrip van het verslag van 22 juni 2022, werd evenwel ingetrokken. Een nieuwe beslissing werd genomen op grond van een nieuw

verslag van nazicht. De daarin opgenomen motivering is dus niet “*post factum*” ten opzichte van de thans bestreden beslissing. Nu de ingetrokken beslissing van 23 juni 2022 geacht wordt nooit te hebben bestaan, kan geen rekening gehouden worden met het feit dat de motieven van de voorlopige beoordeling nog niet opgenomen waren in het verslag van nazicht van 22 juni 2022.

11. *In concreto* hekelen de verzoekende partijen een aantal specifieke motieven.

De Raad van State herinnert eraan dat de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt. Het komt de Raad van State niet toe een eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van het bestuur. Desgevraagd mag de Raad wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd, of ze berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven, en of het bestuur de grenzen van de redelijkheid niet te buiten is gegaan.

Daarnaast kan een verzoekende partij die kritiek wil leveren op de toetsing door de aanbestedende overheid van de offertes aan de hand van de gunningscriteria er niet mee volstaan één of meer uit hun context gehaalde onderdelen van de motivering selectief te citeren en te bekritisieren. Het is immers de motivering van de toetsing van de offertes in haar geheel genomen die afdoende moet zijn.

12. In verband met de beoordeling op grond van het gunningscriterium “team” voeren de verzoekende partijen in de eerste plaats aan dat de verwerende partij de Nederlandse ervaring van de toezichthouder te laag inschat. Zij stellen daartegenover dat de toezichthouder de Nederlandse nationaliteit heeft en een mooi cv met Nederlandse projecten; dat in het bestek niet expliciet wordt gevraagd naar het aantonen van ervaring met “Nederlandse systematieken”; dat de verzoekende partijen recent vertegenwoordigd zijn of waren in diverse Nederlandse vakverenigingscommissies; dat zij zijn geselecteerd en dat de Belgische regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing is.

Uit de omschrijving van het gunningscriterium “team” en de case die de inschrijvers voor perceel 2 dienden te behandelen, blijkt op het eerste gezicht dat één van de belangrijke verwachtingen van de verwerende partij erin bestaat dat zij “ontzorgd” zou worden. Daarvoor wordt van het voorgestelde team en elke rol daarbinnen de nodige deskundigheid en tijdsbesteding aan het project verwacht. De case situeert zich in Nederland. Anders dan voor projecten in België (percelen 1 en 3) legt het bestek voor deze case de “inzet van toezicht en directievoering tijdens [de] uitvoering” op. De ervaring met “Nederlandse systematieken” in hoofdte van de toezichthouder lijkt bijgevolg niet ten onrechte een aandachtspunt te zijn geweest van de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes. Het gegeven dat de Belgische regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing is, doet daaraan geen afbreuk.

Ook het feit dat de verzoekende partijen werden geselecteerd, doet aan het voorgaande geen afbreuk. Het gunningscriterium “team” peilt naar de beroepskwalificaties, de inzetbaarheid en de ervaring van het projectteam dat zal worden belast met de uitvoering van de te gunnen opdracht en houdt aldus verband met het voorwerp van de opdracht. De selectie heeft een ander doel, namelijk uit te maken of een inschrijver in het algemeen geschikt is om de opdracht uit te voeren.

In haar nota wijst de verwerende partij erop dat het cv van de voorgestelde toezichthouder slechts blijk geeft van één kademuurproject in Nederland en stelt zij dat de ervaring van de toezichthouders voorgesteld door de andere inschrijvers ruimer is. Die vaststellingen lijken steun te vinden in de vertrouwelijke offertes die de Raad in zijn beoordeling heeft kunnen betrekken.

13. Nog met betrekking tot het gunningscriterium “team” achten de verzoekende partijen de motieven inzake de uurbesteding niet pertinent voor de beoordeling op grond van dat criterium. De beoordeling van het aantal uren per rol in het team, bij de aanpak van de case, maakt volgens hen integendeel deel uit van het gunningscriterium “prijs”. De prijs wordt immers bepaald door de vermenigvuldiging van het opgegeven aantal uren met de respectieve tarieven. Indien de prijs niet realistisch is, had de offerte geweerd moeten worden wegens

abnormale prijzen. Bovendien is, anders dan de bestreden beslissing stelt, de uurbesteding voor de case wel aangepast in de BAFO.

In dit verband past het de bestekomschrijving van het gunningscriterium “team” in herinnering te brengen. Onder punt d is vermeld: “Maak inzichtelijk wat de uurbesteding per rol zal worden voor de betreffende case”.

Het klopt dat de beoordeling van de prijs gebeurt op basis van de totale prijsopgave voor de betreffende case. Die prijsopgave is gesteund op de prijslijst met de verschillende inzetbare functies voor de in de case beschreven opdracht. De beoordeling volgens het gunningscriterium “team” situeert zich op het eerste gezicht evenwel op een ander niveau, te weten de opsplitsing per rol in het team van de uurbesteding die, toegepast op de prijslijst met uurtarieven voor de verschillende functies, heeft geleid tot die totale prijsopgave. Aldus is aan de inschrijver gevraagd de aanbestedende overheid inzicht te bieden in de inzetbaarheid en de deskundigheid van de individuele leden van het projectteam. De verzoekende partijen kunnen daarom niet worden bijgevalen in hun betoog dat het element “uurbesteding” ten onrechte zou zijn betrokken bij de beoordeling van het gunningscriterium “team”.

Het gegeven dat de verzoekende partijen in hun BAFO de uurbesteding zouden hebben aangepast, sluit op zich niet uit dat de verwerende partij na vergelijking van hun offerte met de andere offertes het aanbod van de verzoekende partijen onvoldoende kon bevinden.

14. Gelet op het voorgaande, slagen de verzoekende partijen er op het eerste gezicht niet in de deugdelijkheid van de bekritiseerde motieven onder het gunningscriterium “team” te ondergraven.

Zij voeren geen andere grieven aan met betrekking tot de verhouding tussen de opgegeven motieven en de toegekende scores, noch met betrekking tot de beoordeling van de gekozen inschrijver.

In de gegeven omstandigheden wordt in deze stand van het geding dan ook ervan uitgegaan dat de puntentoekenning aan de verzoekende partijen van 15/35 voor het gunningscriterium “team” tegenover 31/35 voor de gekozen inschrijver overeind blijft.

15. In verband met de beoordeling op grond van het gunningscriterium “plan van aanpak” betwisten de verzoekende partijen het motief dat de “wijze waarop de verificatie vorm wordt gegeven [...] niet [is] uitgewerkt”. Zij verwijzen naar hun offerte om het tegendeel aan te tonen en nodigen de Raad van State uit om de initiële offerte en de BAFO hierop na te kijken.

Uit de initiële offerte en de BAFO van de verzoekende partijen blijkt dat deze inderdaad een onderdeel “verificatie” bevatten. In dit onderdeel wordt inderdaad gesteld dat zal worden gewerkt met een eisenverificatiematrix. Met de verwerende partij wordt evenwel op het eerste gezicht vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partijen op dit punt, in vergelijking met de andere offertes, minder uitgewerkt is.

Hieruit volgt dat ook wat het gunningscriterium “plan van aanpak” betreft, de verzoekende partijen er niet in slagen aannemelijk te maken dat de motieven de gegeven score niet kunnen dragen. Hierbij moet overigens in acht genomen worden dat voor de beoordeling van het afdoende karakter van de motieven rekening gehouden moet worden met het geheel van de motivering, en dat het voor een verzoekende partij niet volstaat om één of meer onderdelen van de motivering selectief te citeren en te bekritisieren (zie overweging 11, hiervoor).

16. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de zorgvuldigheidsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk

bestuur, doordat er geen sprake is van enige beoordelingsmethodiek die voorafgaand aan de opening van de offertes werd bepaald. Voorts heeft de verwerende partij niet op een zorgvuldige manier gehandeld doordat de beoordeling van de initiële offertes duidelijk is opgemaakt *post factum* (na de intrekkingbeslissing van 14 juli 2022) en niet voorafgaandelijk aan de start van de onderhandelingen. Ten slotte geldt hetzelfde voor het verloop van de onderhandelingen. Er is *post factum* (na de intrekkingbeslissing van 14 juli 2022) een verslag van de onderhandelingen opgemaakt in functie van de eindscore waarop de verwerende partij wilde uitkomen. Aldus wordt niet aangetoond dat elke inschrijver tijdens de onderhandelingen dezelfde kansen en dezelfde tijd heeft gekregen om de BAFO op te maken.

17.1. De verzoekende partijen lichten toe dat in het bestek of de technische bepalingen geen beoordelingsmethode werd vastgesteld voor de kwalitatieve gunningscriteria. Evenmin werd door de verwerende partij ingegaan op de uitdrukkelijk vraag van een inschrijver hoe zij de waardering van het gunningscriterium “plan van aanpak” zou aanpakken; zij verwees enkel en alleen naar de beoordelingselementen zoals opgenomen in het bestek, doch zonder enige beoordelingsmethodiek mee te delen.

De verzoekende partijen voeren aan dat het ontbreken van een beoordelingsmethodiek een risico op willekeur inhoudt. Volgens hen is dat risico te dezen duidelijk aanwezig: “Het gunningsverslag vertoont alle sporen van de toekenning van een score in functie van het resultaat dat de verwerende partij wilde bekomen, zijnde een gunning aan WSP”.

Zij benadrukken met verwijzing naar de Dimarsorechtspraak (zie in het bijzonder het arrest nr. 239.937 van de Raad van State van 23 november 2017 inzake nv TNS Dimarso) dat het aan de verwerende partij staat om te bewijzen dat de beoordelingsmethodiek voorafgaand aan de opening van de offertes werd vastgesteld.

Zij merken op dat dit argument ook reeds tegen de eerste gunningsbeslissing was opgeworpen en dat in tegenstelling tot de andere grieven, waarmee de verwerende partij in de bestreden beslissing duidelijk rekening heeft

gehouden in het nieuwe verslag van nazicht, de verwerende partij op dit punt het stilzwijgen behoudt.

17.2. De verzoekende partijen lichten voorts toe dat het er alle schijn van heeft dat de verwerende partij pas na de intrekking van het eerste gunningsverslag de motivering over de initiële offertes heeft opgesteld. Deze motivering lijkt bovendien duidelijk te zijn opgesteld “om de rekening te laten kloppen” en om zo goed mogelijk te antwoorden op de argumenten die de verzoekende partijen hadden geformuleerd tegen de eerste gunningsbeslissing. Deze motivering had echter moeten zijn opgesteld voorafgaandelijk aan de BAFO-fase. Een aanbestedende overheid handelt enkel zorgvuldig indien de beoordeling van de initiële offertes wordt opgemaakt na de indiening ervan en voorafgaandelijk aan de onderhandelingen en de BAFO. Dit is hier meer dan vermoedelijk niet gebeurd.

17.3. Ten slotte lichten de verzoekende partijen toe dat ook het verslag van de onderhandelingen opgemaakt moet worden op het moment van de onderhandelingen en niet *post factum* in functie van een bepaald resultaat dat de aanbesteder wenst te bekomen. Het verslag van de onderhandelingen moet bovendien een duidelijke vermelding bevatten van een aantal formele aspecten (data en aantal overlegvergaderingen, datum van de uitnodiging voor het indienen van een BAFO, ...). Hieruit moet blijken dat alle inschrijvers gelijk behandeld zijn.

Volgens de verzoekende partijen wordt te dezen niet aangetoond dat elke inschrijver tijdens de onderhandelingen dezelfde kansen heeft gekregen en dezelfde tijd om zijn BAFO op te maken. Dit wordt bovendien bevestigd door het feit dat de bv WSP Nederland, zijnde de gekozen inschrijver, als enige een prijsverlaging doorvoerde in haar BAFO terwijl de andere partijen prijsverhogingen doorvoerden. Volgens de verzoekende partijen voldoen de gevoerde onderhandelingen niet aan de voorwaarden die de Raad van State in zijn rechtspraak heeft gesteld, onder meer in arrest nr. 251.423 van 6 september 2021 inzake bv Academic Software. In het verslag van nazicht is geen duidelijke neerslag te vinden van de onderhandelingen, doch enkel een inhoudelijke

beschrijving die vermoedelijk pas na de intrekking van de eerste gunningsbeslissing is opgesteld.

Beoordeling

Vaststelling van de methode voor de beoordeling van de offertes

18. Zoals de verzoekende partijen terecht aanvoeren, en zoals de Raad van State onder meer in zijn arrest nr. 239.937 van 23 november 2017 inzake nv TNS Dimarso heeft overwogen, overeenkomstig het arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 2016, C-6/15, in dezelfde zaak, is het in beginsel ongeoorloofd om nog na het openen van de offertes de beoordelingsmethode vast te stellen. Wel wordt aanvaard dat er aantoonbare redenen kunnen zijn waarom de methode niet vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld. Bij gebreke van dergelijke redenen is er sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel.

De Raad van State herinnert voorts eraan dat een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes elke offerte dient te vergelijken met elk van de andere offertes en tot een rangschikking dient te komen van de offertes rekening houdend met de voor- en nadelen van elke offerte ten opzichte van en in verhouding tot elk van de andere offertes. De aanbestedende overheid beschikt daarbij over een bepaalde beoordelingsruimte. Bij de toetsing van de offertes dient niet alles op voorhand te worden vastgelegd in rigide schema's, bindende parameters en bepaalde vooraf vastgestelde vermeerderingen en verminderingen in quotering.

19. Te dezen lijkt de aanbestedende overheid voor de beoordeling van de criteria “team”, “plan van aanpak” en “behandeling van dringende ad hoc vragen” te hebben gekozen voor een beschrijvende evaluatie in woorden, gekoppeld aan een globale score. Dit is een vrij gebruikelijke beoordelingsmethode die zich op het eerste gezicht laat inpassen in de bestekbepaling (punt I.9) die de elementen aanreikt om de kwalitatieve verschillen tussen de diverse offertes onderling te belichten. De toekenning van de globale scores op elk van de genoemde criteria lijkt dan ook de neerslag te zijn van de mate waarin de diverse voorstellen naar het oordeel van de verwerende

partij in mindere of meerdere mate beantwoorden aan haar verwachtingen, uitgedrukt aan de hand van de in het bestek aangekondigde beoordelingselementen.

Anders dan de verzoekende partijen het lijken te zien, lijkt er te dezen geen gebruik te zijn gemaakt van een pas na de opening van de offertes vastgestelde ordinale evaluatiemethode. De evaluatie lijkt veeleer op een voor de hand liggende manier te zijn gebeurd, rekening houdend met de in het bestek opgesomde beoordelingselementen.

Motieven van de voorlopige beoordeling van de initiële offertes – verslag van de onderhandelingen

20. In zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat de motieven van de voorlopige beoordeling van de initiële offertes en het verslag van de onderhandelingen pas na de intrekking van de eerste gunningsbeslissing in het verslag van nazicht zijn opgenomen, tonen zij niet aan hoe dit gegeven hen benadeeld zou hebben. De Raad van State ziet dat nadeel voorshands ook zelf niet in.

Ten overvloede overweegt de Raad nog het volgende.

21. In verband met de motieven van de voorlopige beoordeling van de initiële offertes verwijst de Raad vooreerst naar hetgeen hij overwogen heeft bij de bespreking van het eerste middel, tweede onderdeel (zie overweging 10).

Voor het overige lijkt noch uit enige wets- of reglementsbeeping noch uit enig algemeen rechtsbeginsel, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, een verplichting voor de aanbestedende overheid voort te vloeien om de schriftelijke motieven van de voorlopige beoordeling van de initiële offertes op te stellen vóór het begin van de onderhandelingen. Wel lijkt op het eerste gezicht uit het administratief dossier te moeten blijken dat er een voorafgaande voorlopige beoordeling is geweest. Te dezen verwijst de verwerende partij naar een intern beoordelingsdocument “dat lopende de onderhandelingen werd bijgewerkt”. Dat document bevindt zich als een vertrouwelijk stuk in het administratief dossier. Het document, dat de Raad van

State heeft kunnen inzien, bevat per inschrijver en per gunningscriterium de opmerkingen van verscheidene beoordelaars op de initiële offerte, en vervolgens op de onderhandelingen en de BAFO's. Aldus lijkt aangenomen te kunnen worden dat er inderdaad een voorlopige beoordeling is geweest vóór de onderhandelingen met elke inschrijver.

De verzoekende partijen voeren ten slotte niet aan dat het gebrek aan voorafgaande kennisgeving van de schriftelijke motieven van de voorlopige beoordeling van hun initiële offerte hen heeft gehinderd in hun presentatie tijdens de onderhandelingen. Zij betwisten op het eerste gezicht evenmin dat de aspecten die blijkens het verslag van nazicht van 23 september 2022 zijn besproken tijdens de onderhandelingsronde, daarin ook effectief aan bod zijn gekomen. Al die aspecten lijken inherent verband te houden met de beoordeling van hun initiële offerte.

In zoverre de verzoekende partijen ten slotte aanvoeren dat de motieven van de voorlopige beoordeling van de initiële offertes opgesteld lijken te zijn op een zodanige wijze dat zij een ondersteuning moesten bieden voor de eindbeoordeling van de BAFO's, kan de Raad van State voorshands geen elementen zien die steun bieden voor deze veronderstelling.

22. In verband met het verslag van de onderhandelingen herinnert de Raad van State eraan dat het van cruciaal belang is dat een aanbestedende overheid een schriftelijke en controleerbare neerslag bijhoudt van de onderhandelingen, zodat bijvoorbeeld in het geval van een geschil de procespartijen en de rechter in staat zijn zich een voorstelling te maken van de onderhandelingen, onder meer in het licht van de beginselen van gelijkheid en transparantie (zie onder meer het arrest nr. 251.423 van 6 september 2021 inzake bv Academic Software).

Het tijdstip waarop het verloop van de onderhandelingen zijn schriftelijke neerslag krijgt, lijkt op het eerste gezicht niet doorslaggevend. Essentieel is dat aan de hand van die neerslag kan worden gecontroleerd of de verschillende fases in de onderhandelingsprocedure correct zijn verlopen.

Te dezen blijkt voorshands uit niets dat de verzoekende partijen bij de onderhandelingen ongelijk zijn behandeld. Zij werden net als alle andere inschrijvers toegelaten tot de onderhandelingsronde. Zoals hiervoor overwogen (overweging 21), voeren zij niet aan dat het gebrek aan eerdere kennisgeving van de neergeschreven motieven van de voorlopige beoordeling van hun initiële offerte hen heeft gehinderd in hun presentatie tijdens het onderhandelingsgesprek, en betwisten zij op het eerste gezicht evenmin dat de aspecten die blijken uit het verslag van nazicht van 23 september 2022 zijn besproken tijdens de onderhandelingsronde, daarin ook effectief aan bod zijn gekomen. De verzoekende partijen voeren ten slotte niet aan dat zij zonder kennis van zaken een BAFO hebben moeten opstellen of dat zij in het verslag van nazicht zijn afgestraft op grond van niet eerder ter kennis gebrachte minpunten.

Weliswaar kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de handelwijze van de verwerende partij om tijdens of na de onderhandelingen geen duidelijke termijn te bepalen voor het indienen van de BAFO's. De verzoekende partijen lijken echter geen belang te hebben bij hun daartegen aangevoerde grief, nu uit het administratief dossier blijkt dat zij als laatsten een BAFO hebben ingediend en die BAFO regelmatig is bevonden.

Besluit over het tweede middel

23. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

24. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en de artikelen 41 tot 44 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren' (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017). Volgens hen werd op de BAFO's geen afdoend prijsonderzoek doorgevoerd, zoals vereist bij een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De verzoekende partijen lichten toe dat hun belang bij dit middel zich situeert in het feit dat niet uitgesloten kan worden dat de gekozen inschrijver een te hoge prijs heeft aangeboden. Volgens de verzoekende partijen zijn de prijsverschillen immers substantieel.

Zij benadrukken dat een prijsonderzoek bij elke overheidsopdracht verplicht is, dat in het eerste, ingetrokken verslag van nazicht niets terug te vinden is over het prijsonderzoek, en dat de luttel overwegingen in het nieuwe verslag van nazicht niet aantonen dat een degelijk prijsonderzoek is uitgevoerd. Bovendien staat het volgens hen vast dat het prijsonderzoek niet is uitgevoerd op de BAFO, zoals vereist door artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, maar op de initiële offerte, waarna er uitleg is gevraagd tijdens de onderhandelingen. Van dat laatste is trouwens niets terug te vinden in het verslag van de onderhandelingen, zoals opgenomen in het verslag van nazicht van 23 september 2022. Het feit dat in de motivering met betrekking tot het prijs- of kostenonderzoek wordt verwezen naar “interpretatieverschillen” en “misverstanden” wijst volgens de verzoekende partijen op een gebrek aan zorgvuldigheid bij de opmaak van het bestek.

Beoordeling

25. Overeenkomstig artikel 43 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 onderwerpt de aanbestedende entiteit de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Artikel 44, § 1, van hetzelfde besluit bepaalt dat, indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, de aanbestedende entiteit een bevraging van deze laatste uitvoert. Wanneer wordt gebruikgemaakt van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Artikel 44 regelt vervolgens nader in detail het bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen of kosten.

Het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 maakt aldus een onderscheid tussen, enerzijds, het algemeen prijs- of kostenonderzoek,

dat de aanbestedende overheid in elk geval dient te voeren (artikel 43), en anderzijds, het bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, dat in beginsel enkel dient te worden gevoerd wanneer uit het algemeen prijs- of kostenonderzoek is gebleken dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken (artikel 44). In het kader van het algemeen prijs- of kostenonderzoek beschikt de aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om vast te stellen of de prijzen al dan niet abnormaal lijken. Indien de aanbestedende overheid na het uitvoeren van het algemeen prijs- of kostenonderzoek besluit dat er geen posten zijn die abnormaal laag of hoog lijken, is zij niet verplicht om vervolgens ook de procedure van het bijzonder prijs- of kostenonderzoek te volgen. In dat geval rust op haar ook geen verplichting om formeel te motiveren waarom zij geen abnormaal lage of hoge prijzen heeft vastgesteld; het is dan voldoende dat uit het administratief dossier blijkt dat zij een concreet onderzoek van de prijzen heeft verricht, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft geanalyseerd, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel. Indien de aanbestedende overheid tijdens het algemeen prijs- of kostenonderzoek daarentegen vaststelt dat prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, is zij verplicht om in het kader van een bijzonder prijs- of kostenonderzoek een prijsbevraging te doen. In dat geval dient zij over de gegeven prijsverantwoording inhoudelijk standpunt in te nemen alvorens de beslissing te nemen om de opdracht aan de betrokken inschrijver te gunnen. Op grond van de verplichting tot formele motivering moeten dan in de gunningsbeslissing afdoende redenen worden gegeven ter verantwoording van het regelmatig bevinden, na het bijzonder prijsonderzoek, van de gekozen offerte.

26. Het gaat bij de voorliggende opdracht om een opdracht tegen prijslijst. De prijslijst bevat de opgave van de uurtarieven voor de verschillende inzetbare functies. Het zijn die uurtarieven die de “prijs” uitmaken.

Het bijzondere aan de voorliggende opdracht is dat de “prijsopgave van elke case” steunt op de prijslijst, enerzijds, waarop dan het door de inschrijvers aangeboden rendement wordt toegepast, anderzijds. Het rendement, of de uurbesteding, wordt beoordeeld onder het gunningscriterium “team”. De inschrijvers hebben de kans gekregen om hun rendement tijdens de

onderhandelingen te verantwoorden en om, zoals in het verslag van nazicht wordt opgemerkt, weliswaar onder het opschrift “Prijs- of kostenonderzoek”, de “prijsopgave voor de case” te verbeteren. Ten aanzien van de uurtarieven vermeldt het verslag van nazicht dat er geen indicatie is van mogelijks abnormale uursprijzen.

In die omstandigheden lijkt uit de enkele verwijzing in het verslag van nazicht naar de mogelijkheid om de “prijsopgave voor de case” nog na de onderhandelingsgesprekken te verbeteren niet afgeleid te kunnen worden dat het algemeen prijsonderzoek beperkt is gebleven tot een onderzoek van de prijzen in de initiële offertes.

27. Voor het overige wijst de verwerende partij erop dat de door de verschillende inschrijvers opgegeven uurtarieven in dezelfde lijn liggen, waardoor geen enkele van de opgegeven uurtarieven abnormaal hoog of laag leek. De vertrouwelijke gegevens van het administratief dossier, waarmee de Raad van State rekening mag houden, bevestigen dat er geen grote prijsverschillen zijn. De verwerende partij lijkt dus in redelijkheid te hebben kunnen oordelen dat er “geen indicatie [is] dat er mogelijk abnormale uursprijzen worden opgegeven”.

In dat licht bekeken, tonen de verzoekende partijen voorshands niet aan dat de verwerende partij met betrekking tot het door haar gevoerde algemeen prijsonderzoek een ruimere motivering diende op te nemen in het verslag van nazicht, of dat zij had moeten overgaan tot een bevraging van bepaalde inschrijvers.

28. Het derde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

29. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

VIII. Kosten

30. Het door de verzoekende partijen ingediende verzoekschrift strekt tot de schorsing en de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Het is dan ook passend, gelet op het nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv WSP Nederland tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens