

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 257.797 van 7 november 2023
in de zaak A. 240.215/XII-9416**

In zake:

1. de NV DENYS
2. de NV JAN SNEL BELGIUM
3. de BV ABSCIS ARCHITECTEN
4. de NV VK ENGINEERING
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Alec Van Vaerenbergh, Andi Zrza en Astrid Van Laer
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de GmbH ALHO SYSTEMBAU
2. Dirk HENDRICKX
3. de BV C2O-ARCHITECTS
de tweede en derde partij samen vormend een tijdelijke
maatschap (in oprichting)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tim De Ketelaere
kantoor houdend te 3000 Leuven
Bondgenotenlaan 155A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 oktober 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Regie der Gebouwen van 19 september 2023 waarbij de opdracht ‘Raamovereenkomst voor containers voor detentiehuizen en andere federale overheidsinstellingen’ wordt gegund aan de combinatie ‘ALHO Systembau GmbH & tvio Hendrickx - C2O-Architects bv’.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 oktober 2023 hebben de GmbH ALHO Systembau, Dirk Hendrickx en de bv C2O-Architects gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 oktober 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Andi Zrza en Astrid Van Laer, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Ann-Sofie Custers en Benjamin Gorrebeek, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnen voor de verwerende partij en advocaat Tim De Ketelaere, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor containers voor detentiehuizen en andere federale overheidsinstellingen’.

In de gunningsleidraad (hierna: het bestek) die op deze opdracht van toepassing is, wordt het voorwerp van de opdracht nader omschreven als volgt:

“de werken, de leveringen, het vervoer, de arbeidskrachten en alle middelen, nodig voor de uitvoering van de opdracht van werken (Design & Build), met inbegrip van de aankoop van de containers, de ontwerpen, de technische studies, de diensten, de bouw in atelier, het vervoer naar en de installatie op de site, de leveringen, de volledige arbeidskrachten, de diensten van openbaar nut inbegrepen en de inrichtingswerken noodzakelijk voor het ontwerp en de bouw van de containers voor detentiehuizen alsook desgevallend voor Defensie en/of voor Fedasil en/of voor de Regie der Gebouwen en haar klanten zoals opgenomen in de lijst bijgevoegd aan de opdrachtdocumenten.

[...]

Het maximaal aantal te voorziene plaatsen door de opdrachtnemer bedraagt 1100 plaatsen (met een reservering van 600 plaatsen voor Justitie. De andere 500 plaatsen zullen ofwel ten laste zijn van Defensie en/of Fedasil, ofwel ten laste van de Regie der Gebouwen en haar klanten zoals vermeld in de lijst bijgevoegd aan de opdrachtdocumenten).

Op basis van het behoeftenprogramma, vertaalt het maximum aantal van 1100 plaatsen zich in een maximum van 62.000 m² modulaire containereenheden. De Aanbestedende Overheid legt zich geenszins vast op het maximaal aantal m² [...].”

De opdracht wordt geplaatst met een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. In het kader van de selectiefase worden op 2 december 2022 vier kandidaten geselecteerd.

3.4. De geselecteerde kandidaten krijgen het bestek toegestuurd, waarin de gunningscriteria ‘Prijs’ met een gewicht van 70 punten, en ‘Kwaliteit van de offerte’ met een gewicht van 30 punten worden vooropgesteld.

Wat de beoordeling van het gunningscriterium ‘Kwaliteit van de offerte’ betreft, wordt de beoordelingsmethode als volgt omschreven:

“De respectievelijke voorstellen van de Inschrijvers zullen voor elk kwaliteitscriterium met elkaar vergeleken worden om na te gaan welk voorstel kwalitatief de beste waarborgen op de goede uitvoering en effectief resultaat inhoudt.

Ter verduidelijking van de hierna vermelde subgunningscriteria wordt hierna bij elk subgunningscriterium een kort niet-limitatief overzicht gegeven van de belangrijkste beoordelingselementen waarmee rekening kan worden gehouden bij de beoordeling van de subgunningscriteria. Er wordt uitdrukkelijk op gewezen dat dit indicatieve aspecten zijn die in aanmerking zullen kunnen worden genomen bij het uitvoeren van de inhoudelijke beoordeling en die met het oog op een maximale transparantie en kenbaarheid nu reeds aangereikt worden. Deze beoordelingselementen zijn in geen geval ‘sub’subgunningscriteria die elk stelselmatig worden beoordeeld en afzonderlijk gescoord worden. De beoordeling van de subgunningscriteria zal gebeuren in het licht van de globaliteit van het desbetreffende subcriterium. Bij de beoordeling zal inzonderheid de aandacht uitgaan naar die aspecten waar de Inschrijvers zich van elkaar onderscheiden en aldus een verschil in quotering verantwoorden.

Een offerte die niet conform is aan het bestek voor een subgunningscriterium wordt uitgesloten van evaluatie en zal dus niet in overweging voor plaatsing genomen worden.

De score wordt voor elk subgunningscriterium aan de hand van een ordinale schaal toegekend. De op basis van deze schaal toegekende scores houden geen verband met de beoordeling inzake het voldoen van de minimale eisen. Een offerte die besteksconform wordt geacht, bekommt minstens 0 punten, waarbij een hogere score kan worden toegekend indien de offerte een meerwaarde biedt ten aanzien van de loutere besteksconformiteit. De punten zullen, waar nodig, steeds worden afgerond tot twee decimalen na de komma.”

Het gunningscriterium ‘Kwaliteit van de offerte’ bestaat uit de volgende subgunningscriteria:

“

2	Kwalitatieve waarde van de offerte (voor een detentiehuis van 40 plaatsen)	30 punten
2.1	Uitvoeringstermijn (fase studie/werken)	3

	[...]	
2.2	Kwaliteit van de planning (punt 5. Methodologie van de bijlage 'Lijst van de tijdens de uitvoering voor te leggen documenten') [...]	3
2.3	Architectuur	12
2.3.1	Naleving van de oppervlakten (punt 1.5 en 21 van onderhavige administratieve bepalingen) [...]	6
2.3.2	Naleving van het organogram De beoordeling van de offertes heeft betrekking tot de kwaliteit van de vertaling van de relationele vereisten beschreven in het organogram en het punt C.0.2 Functionele beschrijving-behoeftenprogramma: detentiehuis van 40 P. Een offerte waarvoor de correctie van de voorgestelde architecturale oplossing om deze conform te maken met de organisatorische schema's onmogelijk is, wordt beschouwd als 'zeer onvoldoende' (wat de absolute nietigheid van de Offerte met zich meebrengt, zelfs wanneer het minimum van het verplicht te bekomen aantal punten bereikt is). Quoting: 0 = Voldoende 50 % = Aangetoonde meerwaarde ten opzichte van de vereisten van het bestek 100 % = Aangetoonde substantiële meerwaarde ten opzichte van de vereisten van het bestek Men onderscheidt de volgende sub-sub-subcriteria:	6
[2.3.2.1]	[...]	1,5
[2.3.2.2]	[...]	1,5
[2.3.2.3]	[...]	1,5
[2.3.2.4]	[...]	1,5
2.4	Energieperformantie De evaluatie van de offertes [heeft] betrekking op het performantieniveau, gewaarborgd door de inschrijver, volgens de reglementaire minimale eisen zoals beschreven in het hoofdstuk C.1.3 van de technische bepalingen. Quoting: 0 = beantwoordt aan de minimale eisen van het bestek 50 % = Aangetoonde meerwaarde ten opzichte van de vereisten van het bestek 100 % = Aangetoonde substantiële meerwaarde ten opzichte van de vereisten van het bestek Men onderscheidt de volgende sub-sub-subcriteria:	6
2.4.1	[...]	0,5
2.4.2	[...]	1,5
2.4.3	[...]	0,5
2.4.4	[...]	0,5
2.4.5	[...]	1
2.4.6	[...]	1
2.4.7	[...]	1
2.5	Omgevingskwaliteit De evaluatie van de offertes [heeft] betrekking op de	6

	duurzaamheid van het project, volgens de reglementaire minimale eisen zoals beschreven in het hoofdstuk C.1.3.4 van de technische bepalingen.	
2.5.1	Biodiversiteit	2,5
2.5.1.1	[...]	1
2.5.1.2	[...]	1
2.5.1.3	[...]	0,5
2.5.2	Waterbeheer De evaluatie van de offerte betreft de voorgestelde middelen die het mogelijk te maken om te besparen op water en meer bepaald op drinkwater. Quotering: 0 = beantwoordt aan de minimale eisen van het bestek 50 % = Aangetoonde meerwaarde ten opzichte van de vereisten van het bestek 100 % = Aangetoonde substantiële meerwaarde ten opzichte van de vereisten van het bestek Men onderscheidt de volgende sub-sub-subcriteria:	2
2.5.2.1	De hydro-besparende [klassen] van de sanitaire toestellen;	1
2.5.2.2	De comptabilisering en de reporting	0,5
2.5.2.3	De vectoren aangesloten op recuperatiewater	0,5
2.5.3	Materialen [...] Men onderscheidt de volgende sub-sub-subcriteria:	1
2.5.3.1	[...]	0,5
2.5.3.2	[...]	0,5
2.5.4	Circulaire economie	0,5
2.5.5.1	[...]	0,5

”

Voorts zijn de volgende technische bepalingen, gevoegd als bijlage nr. 15 ‘Technische bepalingen’ bij het bestek, nog relevant in deze zaak:

“C.1.3.4. Duurzame ontwikkeling

C.1.3.4.1. Algemeen [...]

C.1.3.4.2. Energie [...]

C.1.3.4.3. Milieu [...]

C.1.3.4.4. Mobiliteit [...]

C.1.3.4.5. Gebruik van de middelen

C.1.3.4.5.1. Circulaire economie [...]

C.1.3.4.5.2. Afvalbeheer [...]

C.1.3.4.5.3. Waterbeheer

Het project is zo ontworpen [...]dat het waterverbruik van het complex tot het strikte minimum beperkt wordt alsook de afvoer van regenwater en afvalwater (zelfs na zuivering).

De interventies waarop men beroep kan doen met het oog op het verminderen van de impact op de ecologische voetafdruk en het milieu zijn onder andere:

- voorbehandeling van het fecaal afvalwater vóór de afvoer;
- invoering van een systeem van opslag in waterbekkens (ontoegankelijk voor gedetineerden en bezoekers).
- Enz.

De interventies waarop men in elk geval verplicht beroep moet doen met het oog op het verminderen van de impact op de ecologische voetafdruk en het milieu, zijn:

- zuivering van grijs water en optimalisering van hun hergebruik (voor de WC's en het bewateringssysteem van de gazons);
- vertraging van de waterafvoer en infiltratie op eigen site;
- de waterdistributie-installaties moeten zo ontworpen worden met hydro-besparende toestellen dat hun waterverbruik maximaal beperkt wordt (besparende kranen en douches, besparingsspoelingsystemen met twee knoppen, urinoirs zonder water, afsluitsysteem voor netwerken bestuurd in duur en tijd, enz.). De naleving van de hieronder vermelde eisen wordt gecertificeerd door een Europees waterlabel voor elk type geïnstalleerd onderdeel. De geïnstalleerde apparatuur moet (tenzij anders overeengekomen met de Aanbestedende Overheid) een minimale prestatie van niveau 2 hebben;
- hergebruik van regenwater, met de nodige filtering en de optimalisering van hun hergebruik. Elke aanvoer van koud water zonder bijzondere eisen inzake hygiëne en dat niet drinkbaar is (WC's en urinoirs, bewatering van de gazons, technische installaties zoals wasmachines, enz.) gebeurt via een opslaginrichting voor regenwater op de site. Dit netwerk moet apart gehouden worden van het drinkwaternetwerk maar verbindbaar zijn om de pieken in de vraag te compenseren.
- maximale vermindering van de waterdichte zones buiten de bouw en de circulatiewegen, de infiltratie in situ krijgt zoveel mogelijk de voorkeur (parking met gazonstructuur, filterende sleuf, goot, regentuin, enz.).

Component	Prestatieniveau						Eenheid
	basis	1	2	3	4	5	
WC	6	5	4,5	4	3,75	3	liter
Kraan handwasbak	12	9	7,5	4,5	3,75	3	liter/min
Douches	14	10	t	6	4	3.50	liter/min
Bad	200	180	160	140	120	100	liter
Urinoirs (2 of meer)	7.50	6	3	1.50	0,75	0	liter/eenheid/h
Urinoir (1 enkel)	10	t	4	2	1	0	liter/eenheid/h
Keukenkraan: Kitchenette	12	10	7,5	5	5	5	liter/min
Keukenkranen: restaurant (alleen voorspoelbuizen)	10,3	9	8,3	7.30	6.30	6	liter/min
Huishoudelijke vaatwasser	17	13	13	12	11	10	liter/cyclus
Huishoudelijke wasmachine	90	60	50	40	35	30	liter/gebruik
Afvalverwijderingseenheid	17	17	0	0	0	0	liter/min
Commerciële vaatwasser	t	7	6	5	4	3	liter/rack
Commerciële of industriële vaatwasser	14	12	10	7.50	5	4.50	liter/kg

Grijs water- of regenwatersysteem	0	0	0	25	50	75	% van de behoefte van toiletten en urinoirs waaraan met regenwater wordt voldaan
-----------------------------------	---	---	---	----	----	----	--

Een behandeling van het grijs water moet ingezet worden als strategie om de behoeften aan niet-drinkbaar water aan te vullen, zoals voor de spoeling van de WC. Een minimaal percentage van de dekking van de behoeften aan niet-drinkbaar water moet bepaald worden. Zowel voor de zuivering van grijs water als voor de voorbehandeling van zwart water, wordt de voorkeur gegeven aan een biologisch waterzuiveringsstation.

De nodige systemen voor het opsporen van elk meerverbruik dienen voorzien te worden: lekdetectiesystemen, watertellers per cluster of entiteit, enz. zodat het waterverbruik zeer nauw kan opgevolgd worden. Kranen worden voorzien in technische lokalen of kokers om het mogelijk te maken de voeding van elk gedeelte af te sluiten: isolatie van elk cluster, elke eenheid, elke specifieke functie (stookplaats, douches, keuken, enz.)

C.1.3.4.5.4. Materialen [...]

C.1.3.4.6. Varia [...]"

In bijlage nr. 4 ‘Lijst van de bij de offerte toe te voegen technische documenten’ wordt nog het volgende gesteld:

“De Inschrijver levert door middel van deze documenten alle elementen die het de Aanbestedende overheid mogelijk maken om de financiële, administratieve en technische waarde van zijn offerte te beoordelen (zowel met betrekking tot hun conformiteit met de technische voorschriften van dit bijzonder bestek als hun bijzondere waarde).

[...]

5. Energie en duurzaamheid

De intentie van de Regie der Gebouwen is om gebouwen ter beschikking te stellen van haar klanten die beantwoorden aan de duurzame standaards en dit, in overeenstemming met de decarbonisatiedoelstellingen opgenomen in het Nationaal Energie- en Klimaatplan.

Zo moeten de projecten rekening houden met hun directe en indirecte omgeving en met de voorbeeldrol van de overheidsinstellingen inzake duurzaamheid. De gebouwen worden zo ontworpen dat de milieu-impact tot een minimum beperkt wordt (onder andere in het ontwerp, de uitvoering en het gebruik) en ze zullen ontworpen worden volgens het principe van de ‘trias energetica’. Bijgevolg [...]. Het waterbeheer zal eveneens een belangrijk element zijn in de projecten (economie, recuperatie, enz.) en waaraan de ontwerper bijzondere aandacht zal besteden.

Het performantiebestek vormt de minimale criteria waaraan de projecten verplicht moeten beantwoorden.

De hierboven vermelde gunningscriteria zijn kwaliteitsvolle criteria die het mogelijk zullen maken om de ingediende offerte te beoordelen en de

wil van de inschrijver om meer op bepaalde aspecten in te zetten.

Door zijn offerte verbindt de inschrijver zich ertoe om de andere duurzame aspecten te respecteren die opgenomen zijn in het punt C.1.3.4 van het performantiebestek nr. 110.

Een globale score wordt toegekend voor de antwoorden gegeven aan het geheel van aspecten verbonden aan het criterium Energie & Duurzaamheid. De score wordt opgesteld op basis van de hieronder opgenomen deliverables.

[...]

C.1.3.4.5.3. Waterbeheer

Kwaliteitscriteria

Het waterbeheer en de voorgestelde middelen die het mogelijk maken om te besparen op water en meer bepaald op drinkwater:

- De hydro-besparende klassen van de sanitaire toestellen;
- De vectoren aangesloten op recuperatiewater;
- De comptabilisering en de reporting.

Deliverables:

Een beschrijvende en samenvattende nota van maximum 2 pagina's, die minstens alle voorvermelde punten aankaart, met de concrete maatregelen en voorstellen die een rationeel water- en drinkwatergebruik beogen (hydro-besparende toestellen, lekdetectie, overwogen waterbehandelingen, recuperatie, recyclage, stockage, beheer, enz.) alsook de optimalisering van de recuperatie (regenwater, grijs water, zwart water)."

In bijlage nr. 5 'Detail- en werktekeningen (artikel 36 KB Uitvoering)' bij het bestek wordt het volgende inzake de sanitaire installatie opgenomen:

"B.1.4. Sanitaire installatie

- De berekeningen van de leidingen voor sanitair koud water, lozing binnen en buiten en afvoer van regenwater.
- De bepaling van de debieten en voedingshoogtes van de circulatiepompen.
- De berekeningen van de warmwaterleidingen, evenals de capaciteiten van de voorverwarmers.
- De detailplannen met eventuele berekeningsnota's van de beschreven installatie.
- De hydraulische en functionele schema's.
- Berekeningen en dimensionering van systemen voor de terugwinning en het gebruik van regenwater (en eventueel grijs water) met een prognose van het gebruikspercentage per type component (wc, enz.)."

3.5. Twee inschrijvers dienen een initiële offerte in, namelijk de combinatie ‘ALHO Systembau GmbH & tivo Hendricks-C2O Architects bv’ (hierna: ALHO), zijnde de tussenkomende partijen, en de tm ‘Denys – Jan Snel – ABSCIS – VK Engineering’ (hierna: Denys), zijnde de verzoekende partijen.

De verwerende partij voert op deze initiële offertes een algemeen prijs- en kostenonderzoek uit. Bij brieven van 17 april 2023 en 26 april 2023 richt zij een vraag tot prijstoelichting aan de beide inschrijvers, die daarop binnen de voorgeschreven termijn antwoorden. Bij brieven van 16, 22 en 23 mei 2023 worden bijkomende vragen omtrent de prijs gesteld, die de inschrijvers eveneens binnen de voorgeschreven termijn beantwoorden.

Op 15 juni 2023 wordt de tussenkomende partijen gevraagd hun initiële offerte te regulariseren. Bij brieven van 16 juni 2023 en 30 juni 2023 worden nog verduidelijkingen gevraagd aan de verzoekende partijen, die deze beantwoorden bij e-mailberichten van 24 juni 2023 en 14 juli 2023.

3.6. Op 28 juni 2023 vindt een toelichtingssessie plaats met de beide inschrijvers afzonderlijk, waarna zij worden uitgenodigd een BAFO in te dienen.

3.7. Op 19 september 2023 wordt een gunningsbeslissing genomen (een document met als voettekst “gunningsbeslissing met inbegrip van het analyseverslag van de offertes”).

Wat het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes betreft, is in het kader van de voorliggende zaak de volgende motivering in die beslissing relevant:

“6.2.2.2 Overeenstemming met de technische fiches, documenten, stalen, schetsen en gegevens die in de opdrachtdocumenten gevraagd worden

Na analyse van de technische fiche oordeelt de Regie der Gebouwen dat de door ALHO voorgestelde producten op verschillende essentiële punten afwijken en derhalve niet aan de voorschriften betreffende de technische

specificaties beantwoorden om de volgende redenen: onvolkomenheden rond de circulatie, ruimtes voor personen met een beperking, fietslokaal, plaatsen voor ramen, sanitair, het onthaal, de speeltuin, de factor D, de plannen voor mess en keuken.

In de administratieve bepalingen van de opdrachtdocumenten heeft de Aanbestedende Overheid de mogelijkheid om die substantiële onregelmatigheden te regulariseren, in toepassing van het artikel 76 §4 K.B. Plaatsing en punt 6.5 van het bijzonder bestek.

Bij brief van 15 juni werd die mogelijkheid toegepast om de volgende reden: de meerwaarde van een reële mededinging in overheidsopdrachten. De regularisatie gaf het volgende resultaat: de offerte werd geregulariseerd voor de aangegeven punten.

In toepassing van artikel 76 KB Plaatsing dient de offerte van ALHO niet te worden beschouwd als afwijkend van de essentiële bepalingen van het bestek en dient deze dus als regelmatig beschouwd te worden.”

Wat de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria betreft, is de beslissing gemotiveerd als volgt:

“7. Rangschikking van de BAFO’s in functie van de gunningscriteria:

7.1. Gunningscriterium 1: Prijs/70

[...]

De evaluatie van dit gunningscriterium levert de volgende punten op voor elke inschrijver die als volgt worden gerangschikt:

	Naam	Bedrag van de offerte incl. BTW	Punten
1.	ALHO	233.995.810,97 EUR	70
2.	Denys	266.359.969,33 EUR	60,32

7.2 Gunningscriterium 2: Kwaliteit/30

De evaluatie van dit gunningscriterium levert de volgende punten op voor elke inschrijver die als volgt worden gerangschikt:

	Naam	Punten
1.	ALHO	10,9
2.	Denys	15,75

Het betreft de som van alle onderstaande subgunningscriteria

[...]

7.2.5.2 Waterbeheer/2

7.2.5.2.1 De waterbesparingsklassen van sanitaire toestellen/1

	Naam	Punten
1.	ALHO	0
2.	Denys	0

ALHO vermeldt geen enkele klasse; zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek

Denys: is conform aan de bepalingen van het bestek

7.2.5.2.2 De comptabilisering en de reporting/0,5

	Naam	Punten
1.	ALHO	0
2.	Denys	0

Denys : is conform aan de bepalingen van het bestek

ALHO vermeldt geen enkele informatie; zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek

7.2.5.2.3 De vectoren die verband houden met het recuperatiewater/0,5

	Naam	Punten
1.	ALHO	0
2.	Denys	0

Denys: er zijn verschillende systemen voorzien (regenwater en afvalwater).

ALHO vermeldt geen enkele informatie; zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek”

Op basis van een evaluatie van de offertes ten aanzien van alle gunningscriteria is de offerte van ALHO de economisch meest voordelige offerte. De verwerende partij beslist bijgevolg de opdracht te gunnen aan de combinatie ‘ALHO Systembau GmbH & tvio Hendricks - C2O-Architects bv’.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkost

4. De GmbH Alho Systembau, Dirk Hendrickx en de bv C2O-Architects blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de 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 het tweede middel, tweede onderdeel

Standpunt van de partijen

6. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 4, 81 en 83, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 76 van het koninklijk besluit van 8 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, artikel 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet *juncto* de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

6.1. In een tweede onderdeel betogen de verzoekende partijen in de eerste plaats dat de BAFO van ALHO substantieel onregelmatig is, omdat niet wordt voldaan aan bepaalde minimale technische eisen van het bestek. Een aanbestedende overheid is ertoe gehouden om een finale offerte die behept is met een substantiële onregelmatigheid automatisch, zonder dat ter zake enige beoordelingsvrijheid bestaat, nietig te verklaren, overeenkomstig artikel 76, § 4 *juncto* § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de BAFO van ALHO, minstens wat het sub-subgunningscriterium ‘Waterbeheer’ en de daaraan verbonden sub-sub-subgunningscriteria betreft, niet in overeenstemming is met de ter zake geldende besteksbepalingen. Meer nog, ALHO vermeldt hierover geen enkele informatie in haar BAFO, waarna de verwerende partij er dan maar

eenzijdig en gratis vanuit gaat dat ALHO “zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek”. Zoals expliciet vermeld wordt in de bestreden beslissing onder punt 7.2.5 ‘Subgunningscriterium 5: Omgevingskwaliteit/6’, waaronder het sub-subgunningscriterium ‘Waterbeheer’ valt, zijn deze “eisen van het bestek” “de wettelijke minimumvereisten zoals beschreven in hoofdstuk C.1.3.4 van de technische bepalingen” van het bestek. De minimumvereisten die betrekking hebben op het sub-subgunningscriterium ‘Waterbeheer’, worden vermeld in “hoofdstuk C.1.3.4.5.3 van de technische bepalingen”, en “zijn doorspekt van minimale eisen”.

Uit de bestreden beslissing volgt dus dat ALHO geen van de bovenstaande minimale eisen in haar BAFO heeft nageleefd: “ALHO vermeldt geen enkele klasse” en “ALHO vermeldt geen enkele informatie; zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek”, zodat de aanbestedende overheid deze BAFO als nietig had moeten beschouwen. Minstens moet de ontstentenis aan enige informatie vanwege ALHO omtrent deze minimale eisen als een substantiële onregelmatigheid worden aanzien omdat deze van aard is om de verbintenis van ALHO om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren, in ieder geval onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. De verwerende partij kan niet eenzijdig en hypothetisch stellen dat ALHO “zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek”, aangezien het enkel aan ALHO zelf toekomt om zich als inschrijver ondubbelzinnig, duidelijk en zeker te verbinden ten aanzien van de aanbestedende overheid.

6.2. In de tweede plaats voeren de verzoekende partijen in het tweede onderdeel aan dat de verwerende partij wat de beoordeling van dit sub-subgunningscriterium ‘Waterbeheer’ betreft, haar eigen beoordelingsmethode niet heeft nageleefd.

De offerte van ALHO kreeg op de drie sub-sub-subgunningscriteria van het sub-subgunningscriterium ‘Waterbeheer’ telkens een nulscore, terwijl de beoordelingsmethode nochtans bepaalt dat een nulscore enkel wordt toegekend ingeval de offerte “beantwoordt aan de minimale eisen van het bestek”, en de offerte van ALHO daaraan niet voldoet. De offerte van de verzoekende partijen voldoet daarentegen wel aan de minimale eisen die de

technische bepalingen van het bestek opleggen op het vlak van ‘Waterbeheer’, reden waarom hun offerte voor de sub-sub-subgunningscriteria ‘hydro-besparende [klassen] van de sanitaire toestellen’ en ‘de compatibilisering en de reporting’ een nulscore kreeg, en voor het sub-sub-subgunningscriterium ‘vectoren aangesloten op recuperatiewater’ een score van 0,5 punten op 0,5, wat duidt op een “substantiële meerwaarde” ten opzichte van de vereisten van het bestek. Door de offerte van ALHO aldus toch telkens een nulscore toe te kennen, miskent de verwerende partij haar eigen beoordelingsmethodiek en bijgevolg het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, alsook het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, en handelt zij in strijd met artikel 76, §§ 1, 3 en 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zodoende staat volgens de verzoekende partijen andermaal niet vast dat de opdracht werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver in de zin van artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, nu de gekozen inschrijver kennelijk niet voldoet aan de minimale eisen en deze opdracht in geen geval aan hem mocht worden gegund.

7. In haar nota doet de verwerende partij gelden dat de verzoekende partijen de technische specificaties en de uitvoeringsvoorwaarden lijken te verwarren.

Zij stelt dat in het bestek een opdeling wordt gemaakt tussen enerzijds (i) een lijst van bij de offerte te voegen technische documenten en (ii) een lijst van tijdens de uitvoering voor te leggen documenten. De omvang en de technische complexiteit van de opdracht maken dat zij niet elk technisch detail met betrekking tot de uitvoering kan opvragen in de offertes, inhoudelijk kan nakijken en desgevallend bevragen dan wel doen regulariseren. Bovendien is dit voor bepaalde technische elementen in die stand van de plaatsingsprocedure ook nog niet mogelijk, waar ze nog voorwerp zijn van studie, uit te voeren door een gespecialiseerde ingenieur tijdens de uitvoeringsfase, waarvoor de inschrijvers overigens een prijs opgeven in de samenvattende opmeting.

De verwerende partij citeert woordelijk punt C.1.3.4.5.3 ‘Waterbeheer’ uit de lijst van bij de offerte te voegen technische documenten. Volgens haar vormt deze lijst een afgebakend geheel van aan te tonen minimale elementen inzake waterbeheer die reeds bij het indienen van de offerte moeten

vaststaan. Alle andere gegevens inzake waterbeheer, zoals “de berekeningen van de leidingen, de bepaling van de debieten en voedingshoogtes van de circulatiepompen, de berekening van de warmwaterleidingen en de capaciteiten van de voorverwarmers, de detailplannen en berekeningsnota’s en de hydraulische en functionele schema’s, en de berekeningen en dimensionering van systemen voor terugwinning en het gebruik van regenwater (en eventueel grijs water) met een prognose van het gebruikpercentage per type component (wc, enz.)” zijn voorwerp van studies, die in de uitvoeringsfase opgemaakt worden door een ingenieur die gespecialiseerd is in die materie. Alle elementen inzake waterbeheer die niet begrepen zijn in de limitatieve lijst zoals opgenomen in het voornoemde punt C.1.3.4.5.3 ‘Waterbeheer’, vormen bijgevolg geen minimale eisen, die inhoudelijk onderzocht (kunnen) worden in het kader van het regelmatigheidsonderzoek, maar wel bijzondere uitvoeringsvoorwaarden.

De verwerende partij zet het onderscheid uiteen tussen een technische specificatie en een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde. Een technische specificatie moet in principe zijn voldaan op het moment van de gunning, terwijl dit voor een bijzondere uitvoeringsvoorwaarde in de regel niet het geval is. Daarnaast hebben technische specificaties betrekking op de intrinsieke of materiële kenmerken van een materiaal of een product, terwijl bijzondere uitvoeringsvoorwaarden slaan op extrinsieke kenmerken of voorwaarden die een grondslag vinden in economische, innovatieve of milieu gerelateerde kenmerken of voorwaarden. Voor bijzondere uitvoeringsvoorwaarden is bijgevolg niet vereist dat deze *in extenso* worden afgetoetst in het kader van het regelmatigheidsonderzoek tijdens de gunningsfase, net omdat zij uit hun aard in dat stadium moeilijk of niet te controleren zijn.

Te dezen ligt volgens de verwerende partij geen enkele indicatie in de BAFO van de gekozen inschrijver voor dat hij niet kan of wil voldoen aan de vooropgestelde uitvoeringsvoorwaarden. De onderzoeksplicht van de aanbestedende overheid in het kader van het regelmatigheidsonderzoek reikt niet zo ver dat zij expliciet bevestigd moet zien dat elke inschrijver alle uitvoeringsvoorwaarden kan of wil naleven. Overigens bevat de BAFO van de gekozen inschrijver volgens de verwerende partij afdoende informatie om de conformiteit van de voorgestelde oplossing met de eisen in het voornoemde punt

C.1.3.4.5.3 te beoordelen. Zo bevat deze BAFO technische fiches met betrekking tot de sanitaire toestellen, waaruit de waterbesparende klasse van de diverse toestellen duidelijk blijkt: “Voor de douche geldt een debiet van 9 liter per minuut aan 3 bar; en voor de kranen voor de lavabo geldt een debiet van 5 liter per minuut.” Daarnaast bevat de aanvraag tot deelneming van de gekozen inschrijver details “inzake de ambities rond recuperatie van regenwater voor de spoeling van de sanitaire gehelen etc.”.

De verwerende partij vervolgt dat het indienen van een offerte, en daaropvolgend de gunning, het akkoord inhoudt van de inschrijver om door de uitvoeringsvoorwaarden gebonden te zijn. Door het indienen van een offerte zonder enig bezwaar aanvaardt elke inschrijver onvoorwaardelijk de contractuele voorwaarden zoals ze voortvloeien uit “het bestek, de Overheidsopdrachtenwet en de AUR [koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’]”.

De bewoording in het gunningsverslag “ALHO vermeldt geen enkele informatie” dient in de context van de gunningscriteria en de beoordelingsmethode gelezen te worden, en houdt dus in dat de gekozen inschrijver geen enkele informatie vermeldt die een hogere score op de relevante (sub-)gunningscriteria kan rechtvaardigen. Zoals uiteengezet in de bestreden beslissing onder punt 6.2.2.2, werd de conformiteit van de door ALHO geboden oplossing met de technische eisen en bijzondere voorwaarden immers reeds nagegaan in het regelmatigheidsonderzoek, dat aanleiding gaf tot regularisatie van de offerte voor de aangegeven punten. Een nadere formele motivering is volgens de rechtspraak van de Raad van State niet vereist.

Nu de BAFO van ALHO geenszins substantieel onregelmatig was, dient volgens de verwerende partij ook niet ingegaan te worden op de argumentatie van de verzoekende partijen inzake de beoordelingsmethode. Dit onderdeel betreft immers slechts een gevolgtrekking van de vermeende doch onbestaande onregelmatigheid.

8. In hun verzoekschrift werpen de tussenkomende partijen vooreerst op dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij hun middel,

aangezien zij voor het betrokken sub-subgunningscriterium ‘Waterbeheer’ een gunstigere beoordeling hebben gekregen (0,5 punten tegenover 0 punten voor de offerte van de tussenkomenende partijen).

Voorts doen zij gelden dat er geen redenen zijn om hun BAFO als onregelmatig te aanzien. Het is volgens hen immers zonneklaar dat het uit te voeren werk conform dient te zijn en zal zijn met de ter zake geldende bestekbepalingen, te dezen inzake het waterbeheer, zijnde een sterk per gewest verschillende materie. Zij wijzen erop dat in eenzelfde zin de uit te voeren opdracht uiteindelijk ook dient te voldoen aan de EPB-regelgeving, zijnde eveneens een regionale regelgeving. De verzoekende partijen verliezen volgens hen uit het oog dat de verwerende partij zelfs ambtshalve maatregelen kan treffen indien alsnog niet aan bepaalde eisen wordt voldaan.

Beoordeling

9. Overeenkomstig artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016 onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes in de zin van paragraaf 8, met het oog op de verbetering van hun inhoud, doch wordt over de minimumeisen en de gunningscriteria niet onderhandeld.

Artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“§ 1. De aanbestedende entiteit gaat na of de offertes regelmatig zijn.

[...]

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken. De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

[...]

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.

§ 2. [...]

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende entiteit de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.

§ 4. De onderhavige paragraaf is van toepassing op het regelmatigheidsonderzoek van de offertes die geen finale offertes zijn bij de opdrachten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de drempel voor de Europese bekendmaking waarbij gebruik wordt gemaakt van een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn en onverminderd artikel 39, § 7, tweede lid, van de wet. Wanneer het een finale offerte betreft is paragraaf 3 van toepassing.

Wanneer een offerte die meerdere niet substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, verschaft de aanbestedende overheid de inschrijver de mogelijkheid om deze onregelmatigheden te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat.

De aanbestedende overheid verklaart de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de opdrachtdocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbestedende overheid ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie.

§ 5. [...]"

In deel 2 ‘Algemene informatie’ van het bestek, punt 6.5 ‘Beoordeling van de regelmatigheid van de offertes’, wordt met verwijzing naar artikel 76, § 4, gesteld dat de aanbestedende overheid de mogelijkheid behoudt om een substantiële onregelmatigheid in de offerte, die geen finale offerte is, te regulariseren alvorens de onderhandelingen op te starten, en de niet substantiële onregelmatigheden te regulariseren, zowel voor als tijdens de onderhandelingen.

10. De vraag in hoeverre uit de opdrachtdocumenten minimale eisen of substantiële vereisten kunnen worden afgeleid, waarvan de niet-naleving aanleiding geeft tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte, moet worden beantwoord aan de hand van de tekst van die documenten, bekeken in het licht van hun context.

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid, die zelf de eisen heeft omschreven, toe om haar tekst te interpreteren en om vast te stellen of een afwijking al dan niet een minimale eis of een substantieel vereiste betreft. Wel mag de Raad van State daarbij nagaan of die vaststelling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

11. Voor zover de tussenkomen partijen opwerpen dat het middelonderdeel niet ontvankelijk is, omdat de verzoekende partijen voor het betrokken sub-subgunningscriterium ‘Waterbeheer’ een gunstigere beoordeling hebben verkregen, moet opgemerkt worden dat de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes voorafgaat aan de inhoudelijke beoordeling ervan.

De verzoekende partijen hebben er dus belang bij om de beslissing aan te vechten waarbij de offerte van de gekozen inschrijver tot die inhoudelijke beoordeling wordt toegelaten, ongeacht het verschil in scores dat volgt uit deze beoordeling. Het feit dat de verwerende partij een mindere score gaf aan de offerte van de gekozen inschrijver is in die omstandigheden bijgevolg niet relevant.

De exceptie van onontvankelijkheid van het middelonderdeel wordt verworpen.

12. Wat de ernst van het middelonderdeel betreft, rijst in de eerste plaats de vraag wat de draagwijdte is van de verplichtingen die bij de betrokken bestekbepalingen aan de inschrijvers worden opgelegd.

Zoals weergegeven *sub* 3.4, wordt in punt C.1.3.4.5.3 ‘Waterbeheer’ van de technische bepalingen van het bestek verduidelijkt dat het project zo wordt ontworpen dat “het waterverbruik van het complex tot een strikte minimum beperkt wordt alsook de afvoer van regenwater en afvalwater”. Er worden interventies opgelijst, enerzijds “waarop men beroep kan doen”, en anderzijds “waarop men in elk geval verplicht een beroep moet doen”, met het oog op het verminderen van de impact op de ecologische voetafdruk en het milieu. In een tabel worden de waterdistributie-installaties met mogelijke prestatieniveaus opgelijst, die zo moeten worden ontworpen dat hun waterverbruik maximaal

beperkt wordt en “die een minimale prestatie van niveau 2 hebben”. Eveneens worden vereisten opgesomd voor de behandeling van het grijs water en wordt opgelegd dat dient voorzien te worden in de nodige systemen voor het opsporen van elk meerverbruik.

Eveneens zoals weergegeven *sub* 3.4, wordt in punt C.1.3.4.5.3 ‘Waterbeheer’ van de ‘Lijst van de bij de offerte toe te voegen technische documenten’ van de inschrijvers gevraagd “een beschrijvende en samenvattende nota van maximum 2 pagina’s” bij de offerte te voegen, die minstens de punten “hydro-besparende klassen van de sanitaire toestellen”, “vectoren aangesloten op recuperatiewater” en “comptabilisering en [...] reporting” aankaart, “met de concrete maatregelen en voorstellen die een rationeel water- en drinkwatergebruik beogen (hydro-besparende toestellen, lekdetectie, overwogen waterbehandelingen, recuperatie, recyclage, stockage, beheer, enz.) alsook de optimalisering van de recuperatie (regenwater, grijs water, zwart water)”.

13. Een volgende vraag is of de gekozen inschrijver voldaan heeft aan die bepalingen van het bestek.

In de gunningsbeslissing wordt onder punt 6.2.2 ‘Onderzoek van de regelmatigheid van de offerte (art. 76 KB Plaatsing)’, punt 6.2.2.2 ‘Overeenstemming met de technische fiches, documenten, stalen, schetsen en gegevens die in de opdrachtdocumenten gevraagd worden’, gesteld dat de offerte van ALHO werd geregulariseerd voor de aangegeven punten; dat in toepassing van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de offerte van ALHO “niet [dient] te worden beschouwd als afwijkend van de essentiële bepalingen van het bestek” en dus als regelmatig dient te worden beschouwd.

Blijkens de beoordeling van de offerte van ALHO met betrekking tot het sub-subgunningscriterium ‘Waterbeheer’ in punt 7.2.5.2 van de gunningsbeslissing, wordt evenwel telkens wat de drie sub-sub-subgunningscriteria betreft, vastgesteld dat ALHO “geen enkele klasse” of “geen enkele informatie” vermeldt, en dat zij “zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek”.

Hieruit blijkt dat de tussenkomende partijen bij hun offerte geen “beschrijvende en samenvattende nota” als bedoeld in punt C.1.3.4.5.3 van de ‘Lijst van de bij de offerte toe te voegen technische documenten’ hebben gevoegd. Met de woorden “zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek” lijkt op het eerste gezicht te worden bedoeld dat aan de eisen in de toekomst, bij de uitvoering van de opdracht, zal moeten worden voldaan. Dit impliceert dat nog niet aan de “eisen van het bestek” met betrekking tot waterbeheer was voldaan op het moment van de gunningsbeslissing.

14. De vraag rijst dan of de verwerende partij wettig over deze vastgestelde afwijkingen kon heenstappen, en de BAFO van ALHO toch als regelmatig mocht beschouwen.

Als in een bestek op de aangehaalde manier welbepaalde technische vereisten worden opgelegd, met bewoordingen zoals “verplicht”, “moet” en “minstens”, dan lijken deze vereisten niet te mogen worden gerelativeerd in de mate zoals de verwerende en de tussenkomende partijen dit doen. Overigens wordt in het bestek zelf, bij de omschrijving van het subgunningscriterium ‘Omgevingskwaliteit’ waarvan het ‘Waterbeheer’ een sub-subgunningscriterium is, verwezen naar “de wettelijke minimumvereisten zoals beschreven in hoofdstuk C.1.3.4 van de technische bepalingen”.

Aldus lijkt de interpretatie van de verzoekende partijen van de betrokken technische eisen als “minimale eisen” in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, op het eerste gezicht bevestiging te vinden in de libellering van het bestek. De Raad van State stelt vast dat de verwerende partij in de bestreden beslissing niet verklaart waarom de niet-naleving van de bedoelde vereisten, ondanks de in het bestek gebruikte bewoordingen, geen aanleiding geeft tot het substantieel onregelmatig verklaren van de betrokken offerte.

15. In haar nota voert de verwerende partij aan dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de technische eisen van het bestek en de bijzondere uitvoeringsvoorwaarden. Ook betogen de verwerende partij en de tussenkomende partijen dat de afwijkingen kunnen worden verholpen tijdens de uitvoering van de opdracht, alsook dat het indienen van een offerte, en daaropvolgend de gunning, in

ieder geval het akkoord inhoudt van de inschrijver om door de uitvoeringsvoorwaarden gebonden te zijn.

Dit verweer overtuigt op het eerste gezicht niet.

De mogelijkheid dat afwijkingen tijdens de uitvoering van de opdracht (al dan niet ambtshalve) gecorrigeerd kunnen worden, doet op het eerste gezicht niet af aan het feit dat een offerte op haar regelmatigheid beoordeeld moet worden op basis van de voorstellen die daarin beschreven worden. Rekening houden met mogelijke toekomstige correcties kan ertoe leiden dat een offerte, precies omwille van de onregelmatigheid waarmee zij behept is, aan de inschrijver een discriminerend (prijs)voordeel biedt en tot concurrentievervalsing leidt. Minstens lijkt deze mogelijkheid de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren, onvolledig of onzeker te maken. Blijkens artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zijn dit gevolgen die juist door het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte vermeden moet worden.

De verzoekende partijen lijken voorts op het eerste gezicht terecht te betogen dat het verweer dat tijdens de uitvoeringsfase nog aan de eisen inzake het waterbeheer mag worden voldaan, evenmin strookt met de beoordelingsmethode bepaald in het bestek, en in het bijzonder de waardeschaal die voor het subgunningscriterium ‘Waterbeheer’ in het bestek is opgenomen, namelijk “0 = beantwoordt aan de minimale eisen van het bestek, 50 % = Aangetoonde meerwaarde ten opzichte van de vereisten van het bestek, 100 % = Aangetoonde substantiële meerwaarde ten opzichte van de vereisten van het bestek”. Blijkens de gunningsbeslissing wordt immers, wat de eerste twee sub-sub-subgunningscriteria betreft, gesteld dat “Denys [...] conform [is] aan de bepalingen van het bestek”, met, overeenkomstig de beoordelingsmethode, een nulscore tot gevolg, en wat het derde sub-sub-subgunningscriterium betreft, dat er “verschillende systemen [zijn] voorzien (regenwater en afvalwater)”, met, gelet op de meerwaarde, een score van 0,5 punten op 0,5 tot gevolg. De betekenis die de verwerende partij in haar nota geeft aan de bewoordingen “ALHO vermeldt geen

enkele informatie”, namelijk dat ze zouden inhouden dat ALHO geen enkele informatie vermeldt “die een hogere score op de relevante (sub)gunningscriteria kan rechtvaardigen”, lijkt op het eerste gezicht geen bevestiging te vinden in de wijze waarop de offerte van de verzoekende partijen is beoordeeld.

16. Ook het argument dat de in de motivering bedoelde “eisen van het bestek” slechts bijzondere uitvoeringsvoorwaarden zouden betreffen, overtuigt op het eerste gezicht niet. Daartoe verwijst de verwerende partij naar een zogenaamde ‘Lijst van de bij de uitvoering van de opdracht voor te leggen documenten’, gevoegd als bijlage nr. 5 bij het bestek. In deze bijlage, met als opschrift ‘Detail- en werktekeningen (artikel 36 KB Uitvoering)’, wordt gevraagd een aantal documenten voor te leggen wat de sanitaire installaties betreft (zie *sub* 3.4), doch dit betreft “berekeningen”, “detailplannen”, “schema’s” en “berekeningen en dimensionering”. Met het voorleggen van deze documenten, tijdens de uitvoeringsfase, lijkt een inschrijver op het eerste gezicht niet aan te tonen dat bij de indiening van de offerte voldaan is aan de voornoemde minimale technische bepalingen in het bestek inzake het waterbeheer, inzonderheid wat de “hydro-besparende klassen van de sanitaire toestellen”, “vectoren aangesloten op recuperatiewater” en “comptabilisering en [...] reporting” betreft.

17. Voor zover de verwerende partij in haar nota thans beweert dat in de offerte van de tussenkomende partijen wel waterbesparende klassen van de sanitaire toestellen zijn weergegeven, en in hun aanvraag tot deelneming details “inzake de ambities rond de recuperatie van regenwater door spoeling van de sanitaire gehelen, etc.” terug te vinden zijn, lijkt deze argumentatie niet te sporen met de uitdrukkelijke motivering in de bestreden beslissing dat de offerte van ALHO “geen enkele klasse” en “geen enkele informatie” vermeldt en dat die offerte “zal moeten voldoen aan de eisen van het bestek”. Dit betoog lijkt op het eerste gezicht evenmin te volstaan om te besluiten dat de offerte van de tussenkomende partijen dan toch zou voldoen aan de voornoemde technische vereisten inzake ‘Waterbeheer’, zoals dit onder meer dient te blijken uit de “beschrijvende en samenvattende nota” als bedoeld in punt C.1.3.4.5.3 van de ‘Lijst van de bij de offerte toe te voegen technische documenten’.

18. Uit wat voorafgaat, volgt dat de verwerende partij zich bij de toepassing van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet op een zorgvuldige wijze van haar onderzoeksverplichting lijkt te hebben gekweten.

Minstens moet worden vastgesteld dat het motief in de gunningsbeslissing om de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig te achten, materiële draagkracht lijkt te ontberen.

De in het middel ingeroepen bepalingen van het bestek, de zorgvuldigheidsverplichting en het materiële motiveringsbeginsel lijken aldus te zijn geschonden. Het staat dan ook niet langer vast dat de opdracht werd gegund aan een inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend.

VI. Besluit

19. Het tweede middel is in de aangegeven mate ernstig bevonden.

Nu die conclusie volstaat voor het bevelen van de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, is het niet nodig in te gaan op de andere grieven die in het tweede middel ontwikkeld worden, en evenmin op het eerste, derde tot zesde middel, die immers niet tot een ruimere schorsing kunnen leiden.

20. Het is passend, gelet op het inwilligen van de vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de GmbH ALHO Systembau, Dirk Hendrickx en de bv C2O-Architects wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Regie der Gebouwen van 19 september 2023 waarbij de opdracht ‘Raamovereenkomst voor containers voor detentiehuizen en andere federale overheidsinstellingen’ wordt gegund aan de combinatie ‘ALHO Systembau GmbH & tvio Hendrickx - C2O-Architects bv’.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zeven november tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Patricia De Somere