

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.511 van 19 januari 2024
in de zaak A. 240.741/XII-9440**

In zake: de BV BAM INTERBUILD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Lore Derdeyn en Anton De Weerdt
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 C/113b
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF VOOR
VASTGOED EN STADSPROJECTEN ANTWERPEN (AG
VESPA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Ian Arnouts en Vybe Gesquiere
kantoor houdend te 1000 Brussel
Brussel, Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV CORDEEL ZETEL TEMSE
2. de NV GROEP VAN ROEY
3. de NV BINST ARCHITECTS
4. de BV ARCHITECTENBUREEL VAN OOST
5. de BVBA IVO VAN HOYE
samen vormend de tijdelijk maatschap TEAM 'T NOORD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Keuster en mr. Uschi Steurs
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 15 december 2023, strekt tot de
schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de

beslissing de raad van bestuur van het autonoom gemeentebedrijf Vastgoedbeheer en Stadsprojecten Antwerpen (Vespa) van 1 december 2023 waarbij hij de “Design, build and maintain opdracht Technische Cluster Noord” gunt aan de tijdelijke maatschap Team ’t Noord “en dus niet aan [de bv BAM Interbuild]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 december 2023 hebben de nv Cordeel Zetel Temse, de nv Groep Van Roey, de nv Binst Architects, de bv Architectenbureau Van Oost en de bvba Ivo Van Hoye, samen vormend de tm Team ’t Noord, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 januari 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Lore Derdeyn en Anton De Weerdt, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Uschi Steurs, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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. Het autonoom gemeentebedrijf Vastgoedbeheer en Stadsprojecten Antwerpen, hierna Vespa, schrijft een overheidsopdracht uit voor het ontwerpen, het bouwen en het onderhouden ('design, build and maintain', of 'DBM') van de "Technische Cluster Noord", zijnde een nieuwe centrale werkplaats voor een aantal technische diensten van de stad Antwerpen. Vespa treedt op als aanbestedende overheid, maar handelt voor rekening van de stad Antwerpen.

De opdracht wordt geplaatst met een mededingingsprocedure met onderhandelingen overeenkomstig artikel 38, § 1, 1°, b) en c), van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. De selectieleidraad met nummer P09612 is van toepassing op de selectiefase van de opdracht.

Onder punt 2.9 van de selectieleidraad wordt onder meer het volgende gesteld in verband met de DBM overeenkomst die Vespa zal sluiten met de opdrachtnemer:

"De aanbestedende overheid wijst erop dat het totaal geraamd investeringsbudget voor de DBM-opdracht op heden 50,7 miljoen euro bedraagt. In het meerjarenplan 2020-2025 werd het budget ingeschreven tot en met ruwbouw water- en winddicht. Het overige deel van het budget maakt het voorwerp uit van verdere besluitvorming.

Aldus dringt zich een gefaseerde aanpak op, die dit budgettair gegeven contractueel verankert. Dit zal het voorwerp uitmaken van nadere uitwerking tijdens de volgende fase van de plaatsingsprocedure, en zal verder contractueel uitgewerkt worden.

Voor de goede orde, wordt benadrukt dat het een enkele opdracht betreft die de totaliteit van de DBM-opdracht behelst, maar dat een herbevestiging en goedkeuring van het bijkomend budget door de volgende legislatuur nodig zal zijn. In het onverhoopte geval dat deze beslissing niet (tijdig) genomen kan worden, zal in een gepaste vergoeding(sregeling) voorzien worden."

Uit vijf aanvragen tot deelneming selecteert Vespa op 30 mei 2022 drie kandidaten, waaronder de bv BAM Interbuild en de tm Team 't Noord. Die drie kandidaten worden uitgenodigd om uiterlijk op 14 november 2022 een eerste offerte in te dienen.

3.3. De gunningsleidraad met nummer P09612, gedateerd op 12 mei 2022, is van toepassing op de gunningsfase van de opdracht.

Punt 3 van de gunningsleidraad behandelt het voorwerp en de modaliteiten van de opdracht. Punt 3.1, 'Algemeen', luidt als volgt:

“Huidige Opdracht betreft het realiseren van het project ‘Technische Cluster Noord’. De Opdracht betreft een opdracht voor werken in de zin [van] artikel 2, 18° van de Wet Overheidsopdrachten, met dien verstande dat er ook bepaalde diensten in zijn vervat. [...]

[...]

Het totaal geraamde investeringsbudget voor de DBM-opdracht bedraagt op heden 50.7 miljoen euro.

De Opdracht omvat aldus een Design & Build & Maintain (DBM) formule, bestaande uit:

- het ontwerpen (DESIGN) van de TCN [Technische Cluster Noord];
- het bouwen (BUILD) van de TCN;
- de projectcoördinatie van het ontwerpen en bouwen van de TCN;
- het beperkt pre-financieren van de bouwwerken tijdens de Bouwfase;
- het onderhouden van de gebouwtechnieken (MAINTAIN) van de TCN op lange termijn.

[...]”

Onder punt 6 worden de gunningscriteria bepaald als volgt:

- “• Prijs (40 punten)
- Kwaliteit en duurzaamheid van het project (60 punten)
 - Subcriterium 1: Architectuur (20 punten)
 - Subcriterium 2: Functionaliteit en exploitatie (40 punten).”

Onder punt 6.2 worden nadere preciseringen gegeven inzake het criterium ‘prijs’:

“Dit criterium zal in de beoordeling doorwegen ten belope van 40 punten. De Inschrijver vult het in Bijlage 2 gevoegde invulformulier in en geeft prijsopgave (exclusief BTW) voor de volgende onderdelen:

1. Totale kost realisatie (ontwerp en realisatie) = Prijs A.
2. Kost totale waarborg voor drie jaar na Voorlopige Oplevering = Prijs B.
3. Kost onderhoud technieken voor vijf jaar na voorgaande termijn van drie jaar = Prijs C.
4. Kost onderhoud technieken voor vijf jaar na voorgaande termijn van acht jaar = Prijs D.

Voor de prijsvergelijking van de Offertes wordt de waarde van een punt vastgelegd op € 400.000. Voor het toekennen van het aantal punten op het onderhavig prijscriterium wordt de volgende formule toegepast:

- De Prijs van de Inschrijver (Prijs E conform het invulformulier) is als volgt samengesteld:
 - o Prijs A (ontwerp en realisatie) te verhogen met 21 % BTW.
 - o Vermeerderd met de NPV [net present value] van de onderhoudskosten (6 % per jaar – conform invulformulier) en vermeerderd met 21 % BTW.
- Deze Prijs E vormt de basis voor de Inschrijver voor het berekenen van het aantal punten en dit in vergelijking met de Laagste Prijs van de Inschrijvers.
- $\text{Prijs criterium} = 40 - ((\text{Prijs Kandidaat} - \text{Laagste Prijs van de regelmatige Inschrijvers}) / € 400.000)$.
- In geval de Inschrijver de laagste Prijs heeft van de regelmatige Inschrijvers wordt hem een puntentotaal van 40 toegekend op dit criterium. Aan de andere Inschrijvers zullen punten worden toegekend op basis van het verschil met de laagste Prijs. Het verschil in Prijs zal proportioneel worden verrekend, om de punten van elke Inschrijver desgevallend ook na de komma te berekenen. De punten zullen hierbij volgens de normale mathematische afrondingsregels afgerond worden tot twee cijfers na de komma. Een Inschrijver waarvan (bij wijze van voorbeeld) de Prijs € 16.000.000 hoger is dan de Laagste Prijs heeft een totaal van nul punten op dit criterium.

Bijkomend beoogt de Aanbestedende Overheid een puntenafrek indien de Prijs van de Inschrijver het geraamd investeringsbudget overschrijdt:

- Dit bedrag wordt vastgelegd op € 50.700.000 voor de prijs voor het ontwerp en realisatie, inclusief BTW (exclusief onderhoud).
- De Inschrijver geeft hiervoor zijn Prijs N op conform het invulformulier.
- Indien de Prijs N van de Inschrijver lager is dan de drempel van € 50.700.000 worden geen punten in mindering gebracht.
- Indien de Prijs N van de Inschrijver hoger is dan de drempel van € 50.700.000 worden pro rata 4 punten per overschrijding van € 1.000.000 in mindering gebracht van het puntentotaal. Voorbeeld: bij de Inschrijver met een prijs N van € 52.200.000 [worden] aldus zes punten in mindering gebracht.”

Onder punt 7.2.7, ‘Aan te leveren informatie ter beoordeling van de gunningscriteria’, wordt bepaald welke informatie of documenten de inschrijvers moeten of kunnen aanleveren. Onderdeel (a) handelt over informatie met betrekking tot de prijs. Daarin wordt onder meer bepaald:

“De inschrijver dient in het als Bijlage 2 gevoegde invulformulier opgave van diens Prijs (exclusief BTW):

1. Totale kost realisatie:
 - a. Ontwerpkosten realisatie.
 - b. Bouwkosten.
2. Kost totale waarborg voor drie jaar na Voorlopige Oplevering.
3. Kost onderhoud technieken voor vijf jaar na voorgaande termijn van drie jaar.
4. Kost onderhoud technieken voor vijf jaar na voorgaande termijn van acht jaar.”

De voornoemde bijlage 2 bij de gunningsleidraad is een ‘invulformulier criterium prijs’, in de vorm van een Excel-bestand. Dit door de inschrijvers in te vullen formulier moet, zoals reeds is aangegeven, bij hun offerte gevoegd worden. De inschrijvers moeten de prijzen A, B, C en D invullen; op basis van de aldus ingevulde bedragen wordt automatisch de prijs E berekend, alsmede de punten die deze prijs onder het gunningscriterium ‘prijs’ oplevert. Voorts wordt op basis van de prijs A, vermeerderd met de btw, en het vooraf ingevulde bedrag van het geraamd investeringsbudget (50,7 miljoen euro) automatisch berekend of de prijs van de inschrijver voor de onderdelen ontwerp en realisatie, btw inbegrepen, boven het geraamd investeringsbedrag ligt, in welk geval automatisch wordt berekend hoeveel punten afgetrokken worden.

3.4. Op 12 september 2022 stuurt Vespa een nieuwe versie van de gunningsleidraad aan de inschrijvers. De wijzigingen ten opzichte van de versie van 12 mei 2022 hebben geen betrekking op de gegevens die hiervoor vermeld zijn. In de tekst van de gunningsleidraad en in bijlage 2 is dus nog steeds sprake van een geraamd investeringsbudget van 50,7 miljoen euro.

3.5. De drie geselecteerde inschrijvers dienen een eerste offerte in.

Zij bieden de volgende totaalprijzen aan, btw niet inbegrepen:

- bv BAM Interbuild: 64.006.556,68 euro
- tm Team 't Noord: 55.701.518,39 euro

- Consortium L.: 74.168.600,38 euro

Aldus blijkt dat elk van de drie inschrijvers een prijs voorstelt die boven het geraamd investeringsbudget van 50,7 miljoen euro ligt.

3.6. Op vraag van Vespa keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen op 14 april 2023 een verhoging van het totale investeringsbudget goed. Het bedrag van het totale investeringsbudget, met inbegrip van btw, externe studiekosten en een uitvoeringsmarge, wordt gebracht op 67 miljoen euro. Het college merkt hierbij op dat dit betekent dat het maximale gunningsbedrag voortaan 60,5 miljoen euro bedraagt. Het overweegt ook dat na de onderhandelingen, maar voordat de gunningsbeslissing wordt genomen, het aandeel van het investeringsbudget voor de lopende legislatuur (2020-2025) vastgelegd zal worden via een bijkomend collegebesluit.

3.7. Vespa kijkt de eerste offertes na op hun volledigheid en regelmatigheid. Er worden bij elk van de inschrijvers substantiële onregelmatigheden vastgesteld. De inschrijvers krijgen de kans om die onregelmatigheden te regulariseren. In een verslag van 25 april 2023 wordt vastgesteld dat er in dat stadium van de procedure geen substantiële onregelmatigheden meer zijn.

De offertes worden ook al getoetst aan de gunningscriteria. Die toetsing vindt zijn neerslag in een ander verslag van 25 april 2023. Daarin worden nog geen punten aan de offertes toegekend.

Op grond van de twee voornoemde verslagen beslist het directiecomité van Vespa op 2 mei 2023 om de opdracht nog niet te gunnen en om integendeel onderhandelingen op te starten, waarna een tweede offerte gevraagd zal worden.

In de motivering van die beslissing wordt onder meer verwezen naar de budgetverhoging die eerder door het college van burgemeester en schepenen is goedgekeurd:

“Bijkomend werd er door het college een budgetverhoging goedgekeurd van 56.188.220,00 EUR (inclusief externe studiekosten, werkingsmarge en

btw) naar 67.000.000,00 EUR (inclusief externe studiekosten, werkingsmarge en btw). Het maximale gunningsbedrag zonder werkingsmarge en externe studiekosten is 60.500.000,00 EUR.

Na onderhandeling (alvorens te gunnen) is er een duidelijker zicht op de budgettaire spreiding. Hierbij zal het budgettaire aandeel van deze legislatuur vastgelegd worden via een bijkomend collegebesluit. Het college moet voor gunning (zomer 2023) voldoende middelen voorzien.”

3.8. Onderhandelingen met de inschrijvers vinden plaats tussen mei en september 2023. Volgens de verwerende partij heeft zij (mondeling) “de budgetverhoging van 50,7 naar 60,5 miljoen euro meegedeeld”.

Op 7 juli 2023 zendt Vespa aan elk van de inschrijvers een e-mail met een algemeen verslag van de tot dan gevoerde gesprekken. In elk van die e-mails is onder meer de volgende alinea opgenomen:

“Elk van de 3 geselecteerde deelnemende consortia [werd] in kennis gesteld van de collegebeslissing houdende budgetverhoging voor het project ‘Technische Cluster Noord’, waarbij de maximale investeringsenveloppe thans bepaald is op 60,5 miljoen euro. Dit is de maximale beschikbare enveloppe voor ontwerp en realisatie, inclusief btw en exclusief onderhoud.”

Na de onderhandelingen worden de inschrijvers uitgenodigd om uiterlijk op 16 oktober 2023 een ‘Best and Final Offer’ (BAFO) in te dienen.

Op 12 september 2023 laat Consortium L. aan Vespa weten dat het volgens hem onmogelijk is om een BAFO-offerte in te dienen “die enerzijds volledig conform het Bestek is en anderzijds voldoet aan de opgelegde maximale investeringsenveloppe van 60,5 miljoen euro”. Het deelt mee dat het dan ook geen BAFO zal indienen.

3.9. Op 15 september 2023 keurt de raad van bestuur van Vespa het BAFO-bestek goed. Dit BAFO-bestek bestaat uit het oorspronkelijke bestek (gunningsleidraad, overeenkomsten en technisch bestek), “aangevuld” met een aantal documenten waarin bepaalde wijzigingen aan het oorspronkelijk bestek worden uiteengezet. Die documenten hebben betrekking op het gunningscriterium ‘prijs’, de DBM-overeenkomst en de architectuurovereenkomst, en het technisch bestek.

Ten behoeve van de inschrijvers zijn “Richtlijnen voor het indienen van een ‘Best and Final Offer’ (BAFO)” van 15 september 2023 opgesteld. Daarin wordt uitgelegd, met verwijzing naar de hiervoor genoemde, door de raad van bestuur goedgekeurde documenten, op welke punten de gunningsleidraad is aangepast. In verband met het gunningscriterium ‘prijs’ bestaan de bedoelde documenten uit, enerzijds, een nota ‘Bijkomend aan te leveren informatie gunningscriterium prijs’, waarin bepaald wordt dat naast de informatie beschreven in punt 7.2.7, a, van de gunningsleidraad (zie overweging 3.3, hiervoor) ook andere informatie aangeleverd moet worden, en anderzijds, een nieuw in te vullen formulier met als opschrift ‘Op te nemen detail kostprijs conform gunningsleidraad, detail en samenvatting’. Op dat laatste formulier, een Excel-bestand, dienen de inschrijvers bepaalde cellen in te vullen, met name de eerder genoemde prijzen A, B, C en D, en daarnaast ook de kostprijzen per kostensoort (bouwkosten, andere kosten, kosten inzake onderhoud). Dit Excel-bestand vermeldt niet meer het totaal geraamde investeringsbedrag, en het berekent ook niet meer automatisch de puntenaftrek voor overschrijding van dat bedrag.

3.10. Op 18 september 2023 worden de twee overblijvende inschrijvers uitgenodigd om ten laatste op 16 oktober 2023 hun BAFO in te dienen. Daarbij worden hun de hiervoor genoemde richtlijnen en de bijhorende documenten bezorgd.

Op 16 oktober 2023 dienen de bv BAM Interbuild en de tm Team ’t Noord elk een BAFO in, met de volgende totaalprijzen (som van de prijzen A, B, C en D, btw niet inbegrepen):

- bv BAM Interbuild: 57.274.574,50 euro
- tm Team ’t Noord: 54.549.170,49 euro

3.11. Op 24 november 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld. Beide BAFO’s worden regelmatig verklaard. Vervolgens worden de BAFO’s getoetst aan de hand van de gunningscriteria.

In verband met het gunningscriterium ‘prijs’ is de beoordeling als volgt:

“Door de Inschrijvers werden in de Tweede Offertes de volgende prijzen opgegeven:

Prijs voor het Design and Build gedeelte:

Inschrijver	Design and Build (incl btw) BAFO
BAM Interbuild	€ 60.387.357,69
Team 't Noord	€ 61.994.554,50

Prijs voor het onderhoud:

Inschrijver	Totale waarborg (incl btw) BAFO	5j onderhoud (incl btw) BAFO	5j onderhoud (incl btw) BAFO	Totale prijs Onderhoud BAFO
BAM Interbuild	€ 2.690.940,79	€ 3.059.773,62	€ 3.164.163,04	€ 8.914.877,46
Team 't Noord	€ 1.034.929,19	€ 1.487.506,30	€ 1.487.506,30	€ 4.009.941,79

Dit resulteert in de volgende totaalprijzen met het oog op vergelijking van de Tweede Offertes (= prijs E conform het invulformulier):

- BAM Interbuild: € 66.621.853,46

- Team 't Noord: € 64.755.140,45

Er werd aan Orientes gevraagd om de prijzen van beide Tweede Offertes na te kijken, hetgeen resulteert in de volgende opmerkingen.

Het absolute verschil tussen de twee totaalprijzen bedraagt 1.866.713,01 EUR, hetgeen een verschil van minder dan 3 % impliceert.

Wat betreft de prijs van het onderhoud wordt opgemerkt dat de onderhoudskost bij BAM Interbuild significant hoger is dan bij Team 't Noord. De prijs van het onderhoud bedraagt bij BAM Interbuild immers meer dan het dubbele [van] Team 't Noord. De onderhoudsprijs bij BAM Interbuild is bovendien ook opmerkelijk hoger ten opzichte van de Eerste Offerte (terwijl dit bij Team 't Noord net verminderd werd):

Inschrijver	Totale waarborg (incl btw) Eerste offerte	5j onderhoud (incl btw) Eerste offerte	5j onderhoud (incl btw) Eerste offerte	Totale prijs Onderhoud Eerste offerte
BAM Interbuild	€ 1.535.063,80	€ 2.529.644,10	€ 2.625.131,02	€ 6.689.838,93
Team 't Noord	€ 1.710.448,23	€ 1.900.968,99	€ 1.900.968,99	€ 5.512.386,21

Een mogelijke verklaring hiervoor is dat BAM Interbuild getracht heeft om – mogelijks om redenen van beoordeling – de prijs voor ontwerp en realisatie te drukken (gelet op de daaraan gekoppelde puntenaftrek (zie

hierna)), maar daardoor plotsklaps wel uitkomt op een aanzienlijk hogere onderhoudskost.

Bijkomend wordt opgemerkt dat het investeringsbudget van BAM Interbuild eigenlijk een onvolledig beeld lijkt te bieden:

- CO2-neutraliteit: [...]
- Verplichte onderaannemer Digipolis: [...]

Orientes geeft bovendien aan dat de detaillering van de kostprijs van BAM Interbuild weinig inzichten biedt en hij geeft aan dat deze nog nader te documenteren zou zijn.

Indien deze elementen (klaarblijkelijk doorschuiven onderhoudskost, niet voldoen aan CO2-neutraliteit, coördinatiefee Digipolis) mee in rekening zouden worden genomen bij het gunningsbedrag, dan zou de prijs voor ontwerp en realisatie een stuk hoger uitkomen, en in ieder geval boven het geraamde investeringsbudget en mogelijks boven de totaalprijs van Team 't Noord.

Eventueel zou ter zake prijstoelichting aan BAM Interbuild gevraagd kunnen worden. Gelet op het feit dat BAM Interbuild na beoordeling van alle gunningscriteria evenwel sowieso niet als economisch meest voordelige offerte wordt gerangschikt, beslist de Aanbestedende Overheid dat het niet opportuun is om dergelijke toelichting op te vragen. De toelichting kan immers sowieso geen impact hebben op [de] rangschikking van de Tweede Offertes en aldus de uitkomst van de plaatsingsprocedure.

De offerte van Team 't Noord is voldoende duidelijk en de Inschrijver doet een helder voorstel van mogelijke besparingen. Hierbij zijn verder geen vragen of opmerkingen te formuleren.

Het voorgaande resulteert in de volgende berekening van de punten:

Stap 1: $\text{prijs criterium} = 40 - ((\text{Prijs Kandidaat} - \text{Laagste Prijs van de regelmatige Inschrijvers}) / €400.000)$

De laagste prijs, als basis voor de puntenverdeling criterium prijs conform de gunningsleidraad, met name prijs $E = A + K + NPV (B + C + D + L; 6\%)$, bedraagt € 64.755.140,45 zoals ingediend door Team 't Noord.

De score voor beide Inschrijvers op basis van deze formule, waarbij de totaalprijs van de DBM-opdracht vergeleken wordt is:

- BAM Interbuild: 35,33 punten.
- Team 't Noord: 40 punten.

Stap 2: bijkomend is er een puntenaftrek voorzien indien de Prijs van de Inschrijver het geraamd investeringsbudget overschrijdt.

De rekenkundig in mindering te brengen punten voor het onderdeel ontwerp en realisatie ten opzichte van het geraamde investeringsbedrag van 60.500.000 EUR zijn:

- BAM Interbuild: 0 punten.

- Team 't Noord: -5,98 punten.
- Totale score gunningscriterium prijs = stap 1 – stap 2, de score voor beide Inschrijvers op het gunningscriterium prijs is:
- BAM Interbuild: 35,33 punten.
 - Team 't Noord: 34,02 punten.”

Op het gunningscriterium ‘kwaliteit en duurzaamheid van het project’ behalen de offertes de volgende scores:

- BAM Interbuild: 30 punten.
- Team 't Noord: 50 punten.

De eindscores zijn dan als volgt:

- BAM Interbuild: 65 punten.
- Team 't Noord: 84 punten.

Er wordt dienvolgens voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de tm Team 't Noord voor een totaalbedrag van 66.004.496,29 euro, btw inbegrepen.

3.12. Op vraag van Vespa keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen dezelfde dag, op 24 november 2023, een verhoging van het totale investeringsbudget goed. Het bedrag van het totale investeringsbudget, met inbegrip van btw, externe studiekosten en een uitvoeringsmarge, wordt gebracht op 69.071.408,39 euro. Het college is hierbij uitgegaan van de offerteprijs voor het ‘design and build’ gedeelte van de best gerangschikte inschrijver (de tm Team 't Noord, ten bedrage van 61.994.554,50 euro, btw inbegrepen), en heeft op basis daarvan het voornoemde totale investeringsbudget berekend.

3.13. Op 1 december 2023 beslist de raad van bestuur van Vespa om de opdracht te gunnen aan de tm Team 't Noord, voor een bedrag van 54.549.170,49 euro (btw niet inbegrepen).

In de overwegingen van zijn beslissing verwijst hij onder meer naar de verhoging van het totale investeringsbudget die op 24 november 2023 door het college van burgemeester en schepenen is 2023 goedgekeurd.

Dit is de bestreden beslissing.

3.14. Op 8 december 2023 vraagt de nv BAM Interbuild via haar raadslieden dat die beslissing zou worden ingetrokken. In dat schrijven zet zij een aantal grieven tegen die beslissing uiteen.

Op 13 december 2023 antwoordt Vespa, eveneens via haar raadslieden. Zij geeft een antwoord op de grieven en besluit dat zij de beslissing handhaaft.

IV. Tussenkoms

4. De nv Cordeel Zetel Temse, de nv Groep Van Roey, de nv Binst Architects, de bv Architectenbureel Van Oost en de bvba Ivo Van Hoyer, samen vormend de tm Team 't Noord, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

Hierna wordt de tm Team 't Noord aangeduid als de “tussenkomsende partij”, in het enkelvoud.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij dient een pleitnota in.

Ter terechtzitting vragen zowel de verwerende als de tussenkomsende partij om die pleitnota uit de debatten te weren.

6. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het auditoraat. In zoverre de pleitnota de neerslag vormt van het pleidooi ter terechtzitting van de verzoekende partij, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

7. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, in zoverre zij strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

8. In de huidige stand van de procedure toont de verzoekende partij niet aan dat, in de veronderstelling dat een of meer middelen ernstig zouden zijn, dit tot de uitzonderlijke vaststelling zou leiden dat de verwerende partij geen andere keuze meer heeft dan de opdracht aan haar te gunnen.

In haar pleidooi wijst de verzoekende partij in verband met de impliciete weigering in het bijzonder op het eerste middel. Niettemin lijkt dat middel niet in te houden dat er te dezen een verplichting zou ontstaan voor de verwerende partij om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. Artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt immers dat het volgen van een plaatsingsprocedure geen verplichting inhoudt tot het gunnen of het sluiten van de opdracht, en dat de aanbestedende overheid kan afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht of de procedure kan herbeginnen, desnoods op een andere wijze. Gelet op, enerzijds, de opmerkingen in het gunningsverslag inzake de prijzen van de verzoekende partij, en anderzijds, het aanzienlijke verschil in de kwaliteitsbeoordeling van de BAFO's, lijkt de verwerende partij te dezen wel degelijk over de mogelijkheid te beschikken om, indien de BAFO van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig zou blijken, de plaatsingsprocedure stop te zetten en eventueel te herbeginnen.

In die omstandigheden kan voorshands niet worden aangenomen dat de impliciete weigeringsbeslissing vatbaar zou zijn voor een schorsing van de tenuitvoerlegging ervan.

In zoverre de vordering tot schorsing gericht is tegen die beslissing, is ze dan ook onontvankelijk.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

9. 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 voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

10. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 34, § 2, en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 4 en 38 van de wet overheidsopdrachten 2016, het transparantiebeginsel, het principe van de gelijkheid der inschrijvers, de motiveringsverplichting, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Die bepalingen en beginselen zijn volgens haar geschonden

“doordat de opdracht wordt gegund aan Team ’t Noord voor een prijs van EUR 61.994.554,50 (incl. BTW) voor het ontwerp en de realisatie van de Opdracht, terwijl was voorzien in een maximale investeringsenveloppe ten belope van EUR 60.500.000,00 (incl. BTW), en terwijl over de gunningscriteria van een overheidsopdracht niet mag worden onderhandeld, zodat de offerte van Team ’t Noord substantieel onregelmatig moest worden verklaard.”

In de toelichting bij het middel geeft de verzoekende partij de volgende samenvatting ervan:

“Samengevat heeft Verwerende partij bovenvermelde bepalingen en beginselen geschonden doordat zij meermaals aan Verzoekende partij heeft aangegeven dat de maximale investeringsenveloppe voor de realisatie van de Opdracht EUR 60.500.000,00 (incl. BTW) bedraagt.

Het overschrijden van deze maximale investeringsenveloppe is niet toegestaan. Kandidaten die inschrijven met een hoger bedrag zouden worden geweerd als substantieel onregelmatig.

Kandidaten die inschrijven met een hoger bedrag zouden worden geweerd als substantieel onregelmatig.”

11. In die toelichting voert de verzoekende partij aan dat de ‘maximale investeringsenveloppe’ van 60.500.000 euro (btw inbegrepen) duidelijk te onderscheiden is van het ‘geraamd investeringsbudget’ van 50.700.000 euro (btw inbegrepen). De totale prijs voor ontwerp en realisatie mag het bedrag van de maximale investeringsenveloppe niet overschrijden, op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte; de bedoelde prijs mag ook het geraamd investeringsbudget niet overschrijden, maar dan op straffe van een loutere puntenaftrek bij de beoordeling van de offerte op het gunningscriterium ‘prijs’.

Op het onderscheid tussen de beide begrippen werd volgens de verzoekende partij mondeling gewezen tijdens de onderhandelingen. De verwerende partij heeft dat onderscheid nadien schriftelijk bevestigd. Zo heeft de verwerende partij in haar e-mailbericht van 7 juli 2023 de introductie van de maximale investeringsenveloppe bevestigd door elk van de drie geselecteerde deelnemende consortia in kennis te stellen van de beslissing terzake van het college van burgemeester en schepenen. Zij heeft het onderscheid tussen het geraamd investeringsbudget en de maximale investeringsenveloppe nogmaals benadrukt in de ‘Richtlijnen voor het indienen van een ‘Best and Final Offer’ (BAFO)’ van 15 september 2023. Daarin wordt vermeld dat de gunningsleidraad leidend blijft, tenzij hiervan in één van de nieuwe documenten wordt afgeweken. Welnu, de gunningsleidraad maakt melding van een geraamd investeringsbudget van 50.700.000 euro (btw inbegrepen), en hiervan is niet afgeweken. Dat bedrag bleef aldus de toetssteen voor de beoordeling van de offertes op het gunningscriterium ‘prijs’. Bovendien maakte het prijsformulier gevoegd als bijlage 2 bij de gunningsleidraad melding van een geraamd investeringsbudget van

50.700.000 euro (btw inbegrepen), en werd de puntenaftrek in het Excel-bestand op basis van dat bedrag berekend.

Ter terechtzitting voert de verzoekende partij aan dat zij, na kennisneming van het administratief dossier, vastgesteld heeft dat ook de derde inschrijver, het Consortium L., uit de communicatie van de verwerende partij heeft afgeleid dat er een maximale investeringsenveloppe was, die niet overschreden mocht worden. In een schrijven van 12 september 2023 deelt die inschrijver immers aan de verwerende partij mee dat het volgens hem onmogelijk is om een BAFO in te dienen die volledig conform het bestek is én voldoet aan de “opgelegde maximale investeringsenveloppe van 60,5 miljoen euro”.

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij in de bestreden beslissing beide begrippen door mekaar haalt. Plots past zij de puntenaftrek (zoals voorzien bij overschrijding van het geraamd investeringsbudget) toe op de maximale investeringsenveloppe. Zodoende geeft zij een foutieve lezing van haar eigen gunningsleidraad, in strijd met wat werd gecommuniceerd aan de verzoekende partij. Door haar eigen beoordelingsmethodiek niet te volgen, schendt de verwerende partij artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en het beginsel *‘patere legem quam ipse fecisti’*.

De verzoekende partij merkt nog op dat zij bij haar BAFO het prijsformulier had gevoegd dat als bijlage 2 bij de gunningsleidraad was gevoegd. Daaruit bleek duidelijk dat zij uitging van een puntenaftrek als haar offerteprijs voor ontwerp en realisatie hoger was dan het geraamde investeringsbudget van 50,7 miljoen euro; het formulier berekende trouwens zelf de puntenaftrek die op haar offerte van toepassing was. Indien de verwerende partij van oordeel was dat de bedoeling van de verzoekende partij onduidelijk was, had zij met toepassing van artikel 34, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de verzoekende partij kunnen uitnodigen om de inhoud van haar BAFO, inzonderheid de inhoud van het prijsformulier, te verduidelijken. Zij heeft echter geen gebruik gemaakt van die mogelijkheid. Aldus erkent zij de in het prijsformulier gevolgde methodiek voor de beoordeling van het gunningscriterium ‘prijs’.

De verzoekende partij merkt ook op dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij [lees: het college van burgemeester en schepenen] op 24 november 2023 nogmaals een “budgetverhoging” heeft doorgevoerd. Die budgetverhoging dateert van na de uiterste datum voor het indienen van de BAFO's (16 oktober 2023). Noch het bedrag, noch het voorwerp van deze budgetverhoging zijn aan haar verduidelijkt. “Het lijkt dus alsof verwerende partij zonder meer budget blijft verhogen om er maar voor te zorgen dat de offerte van de gekozen inschrijver als substantieel regelmatig zou kunnen worden beschouwd.” Ter terechtzitting wijst de verzoekende partij erop dat uit de voornoemde beslissing van 24 november 2023, waarvan zij inmiddels via het administratief dossier kennis heeft gekregen, blijkt dat het college van burgemeester en schepenen het heeft over een “maximaal gunningsbedrag”, dat eerder was vastgesteld op 60,5 miljoen euro en dat bij die beslissing nogmaals verhoogd wordt. Aan dat bedrag wordt het adjectief “maximaal” gekoppeld, hetgeen de eerdere communicatie van de verwerende partij aan de verzoekende partij bevestigt.

De verzoekende partij stelt vast dat de tussenkomenende partij een prijs heeft voorgesteld die hoger ligt dan de maximale investeringsenveloppe, maar dat haar offerte niet als substantieel onregelmatig is geweerd. Dit betekent dat ofwel de tussenkomenende partij vóór de indiening en de opening van de offertes ervan op de hoogte is gesteld dat een overschrijding van de maximale investeringsenveloppe niet zou leiden tot een wering van haar offerte, ofwel haar offerte verkeerdelijk niet geweerd is. Wat er ook van zij, het bestaan van een discriminerend voordeel of een verhindering van een vergelijking van de offertes, is duidelijk. “Te dezen heeft Team 't Noord zich immers veroorloofd haar offerte op te stellen zonder dat zij zich beperkt wist door de maximale investeringsenveloppe. Verzoekende partij heeft daarentegen bij het opstellen van haar offerte rekening gehouden met de betrokken beperking hetgeen redelijkerwijze haar mogelijkheden voor de kwaliteit en duurzaamheid van het ontwerp (o.m. op vlak van materialenkeuze, mate van afwerking, energiepeil etc.) zoals weerspiegeld in de subgunningscriteria architectuur en functionaliteit en exploitatie, heeft [beïnvloed].”

In verband met haar eigen positie zet de verzoekende partij voorts uiteen dat indien er geen maximale investeringsenveloppe zou zijn, zij bijkomende zaken had kunnen aanbieden, zoals een uitgebreider materialenpalet, meer verfijning, ambitieuzere plannen, een royalere uitwerking, een beter energiepeil enzovoorts, wat een betere score voor het gunningscriterium ‘kwaliteit’ had opgeleverd. Zij heeft integendeel aanpassingen gedaan aan haar ontwerp om de totale prijs voor ontwerp en realisatie en exclusief onderhoud onder de maximale investeringsenveloppe van 60,5 miljoen euro te houden. Zij verwijst concreet naar een aantal beoordelingen van haar offerte in de bestreden beslissing, die volgens haar illustreren op welke wijze zij dergelijke aanpassingen heeft gedaan.

12. “Ten overvloede” wijst de verzoekende partij erop dat, “als de (foutieve) lezing van de gunningsleidraad door verwerende partij zou moeten worden gevolgd (*quod non*) én deze lezing zou aansluiten bij het geheel der feiten (*quod certe non*)”, deze werkwijze alleszins een schending inhoudt van het verbod op onderhandelen over gunningscriteria, bepaald in artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016.

De verzoekende partij legt uit dat het voor de inschrijvers, of toch minstens voor haar, duidelijk was dat er een maximale investeringsenveloppe was van 60,5 miljoen euro, naast een geraamd investeringsbudget van 50,7 miljoen euro. Dat laatste bedrag was van belang voor de toepassing van het gunningscriterium ‘prijs’. Over gunningscriteria mag niet worden onderhandeld. Uit de bestreden beslissing blijkt evenwel dat er, in de hier besproken hypothese, op een of andere manier toch onderhandeld is over het gunningscriterium ‘prijs’, of minstens dat dit criterium gewijzigd is nadat de onderhandelingen waren gestart. De verwerende partij zou het geraamd investeringsbudget dan immers hebben opgetrokken van 50,7 miljoen euro naar 60,5 miljoen euro (*quod certe non*).

13. Ten slotte gaat de verzoekende partij in op een aantal argumenten die de verwerende partij in haar schrijven van 13 december 2023 heeft gegeven.

De verzoekende partij benadrukt onder meer dat, zelfs indien aangenomen zou moeten worden dat de verwerende partij enkel een budgetverhoging zou hebben doorgevoerd (*quod non*), van 50,7 miljoen euro naar 60,5 miljoen euro, die verhoging niet is opgenomen in de BAFO-opdrachtdocumenten. Nochtans heeft de verwerende partij op 12 september 2023 nog een update van de gunningsleidraad doorgevoerd. Minstens is de verwerende partij dan onzorgvuldig geweest en heeft haar communicatie ervoor gezorgd dat de gelijkheid der inschrijvers is geschonden. Aan de tussenkomen de partij heeft de verwerende partij laten verstaan dat er geen op straffe van onregelmatigheid van de offerte voorgeschreven maximale investeringsenveloppe was, terwijl zij een dergelijke mededeling niet heeft gedaan aan de verzoekende partij.

Beoordeling

14. Het middel, zoals het in hoofddorde is geformuleerd, steunt geheel op het uitgangspunt dat er twee bedragen zijn waarmee de inschrijvers rekening moesten houden: het in de gunningsleidraad genoemde “geraamd investeringsbudget” voor het ontwerp en de realisatie ervan, ten bedrage van 50,7 miljoen euro, dat bij overschrijding aanleiding zou geven tot een puntenaftrek op het gunningscriterium ‘prijs’, enerzijds, en de in de e-mail van 7 juli 2023 genoemde “maximale investeringsenveloppe” van 60,5 miljoen euro, die bij overschrijding aanleiding zou geven tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte, anderzijds.

Volgens de verwerende partij en de tussenkomen de partij daarentegen is er maar één bedrag, het geraamd investeringsbudget, dat in de loop van de plaatsingsprocedure is verhoogd van 50,7 miljoen euro naar 60,5 miljoen euro en later zelfs naar 61,9 miljoen euro.

15. Zoals in de selectieleidraad (punt 2.9), wordt in de gunningsleidraad een geraamd investeringsbudget genoemd. In verband met het gunningscriterium ‘prijs’ (punt 6.2) wordt bepaald dat een puntenaftrek zal worden toegepast “indien de Prijs van de Inschrijver het geraamd investeringsbudget overschrijdt”. Er wordt gepreciseerd dat “dit bedrag wordt vastgelegd op

€ 50.700.000 voor de prijs voor het ontwerp en realisatie, inclusief BTW (exclusief onderhoud)”. Elders in de gunningsleidraad, bij de beschrijving van het voorwerp en de modaliteiten van de opdracht (punt 3.1), wordt gesteld dat “het totaal geraamde investeringsbudget voor de DBM-opdracht [...] heden 50,7 miljoen euro [bedraagt]”.

Uit de eerste offertes blijkt dat de prijzen van alle inschrijvers hoger zijn dan het geraamde investeringsbudget. Op vraag van de verwerende partij keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen op 14 april 2023 een verhoging van de het totale investeringsbudget goed, uitgaande van een investeringsbudget voor ontwerp en realisatie van 60,5 miljoen euro.

Het is niet met zekerheid vast te stellen hoe de verwerende partij over die verhoging mondeling gecommuniceerd heeft tijdens de onderhandelingen met de drie inschrijvers. Ter afsluiting van die gesprekken stuurt de verwerende partij op 7 juli 2023 wel een e-mailbericht naar elk van hen, waarin zij onder meer stelt dat elkeen “in kennis [werd] gesteld van de collegebeslissing houdende budgetverhoging voor het project ‘Technische Cluster Noord’, waarbij de maximale investeringsenveloppe thans bepaald is op 60,5 miljoen euro”. Er wordt gepreciseerd dat dit “de maximale beschikbare enveloppe [is] voor ontwerp en realisatie, inclusief btw en exclusief onderhoud”. Drie zaken vallen de Raad van State hierbij op. In de eerste plaats wordt de ‘maximale investeringsenveloppe’ in één zin genoemd met de ‘budgetverhoging’, en lijkt de maximale investeringsenveloppe voorgesteld te worden als een uitlegging van wat de budgetverhoging inhoudt (zie het woord “waarbij”). Voorts wordt wel het woord “maximale” gebruikt, maar wordt niet gepreciseerd wat het gevolg is van een overschrijding van de maximale investeringsenveloppe, laat staan dat gepreciseerd zou worden dat overschrijding leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Ten slotte wordt gesteld dat de maximale investeringsenveloppe betrekking heeft op het ontwerp en de realisatie, inclusief btw en exclusief onderhoud, zijnde bewoordingen die in de gunningsleidraad zijn gebruikt voor het aanduiden van het voorwerp van het geraamd investeringsbudget.

Op 15 september 2023 worden de richtlijnen voor het indienen van een BAFO bekendgemaakt. Aan de twee overblijvende inschrijvers wordt

geen nieuw BAFO-bestek meegedeeld. Wel wordt in de richtlijnen bepaald dat het bestek bestaat uit de bestaande gunningsleidraad, behalve in zoverre daarvan wordt afgeweken door een aantal documenten. Wat het gunningscriterium ‘prijs’ betreft, is er een document ‘Bijkomend aan te leveren informatie gunningscriterium prijs’, waarin wordt bepaald dat punt 7.2.7, a, van de gunningsleidraad wordt vervangen door de in dat document opgenomen tekst. Eén onderdeel van die tekst (punt 2) slaat op de informatie inzake de gedetailleerde kostprijs van het project, en voor die informatie wordt de tekst van het voornoemde punt 7.2.7, a, letterlijk overgenomen. Door het kopiëren en plakken is ook de verwijzing naar “het als Bijlage 2 gevoegde invulformulier” mee opgenomen in dit document. Een ander document bedoeld in de voornoemde richtlijnen is evenwel een nieuw prijsformulier, dat anders is opgevat dan het formulier gevoegd als bijlage 2 bij de gunningsleidraad. Dit nieuwe formulier, dat meer gedetailleerd is, maar het geraamde investeringsbudget niet meer vermeldt, moet door de inschrijvers ingevuld worden. Nergens in de richtlijnen is sprake van een ‘maximale investeringsenveloppe’. En misschien nog belangrijker, er wordt ook geen melding gemaakt van een maximumbedrag dat op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte in acht genomen moet worden. Dat laatste is iets dat de verzoekende partij zelf heeft afgeleid uit de communicatie vanwege de verwerende partij.

16. Uit het geheel van deze ontwikkelingen lijkt afgeleid te kunnen worden dat de verwerende partij steeds ervan uitgegaan is dat er een maximum investeringsbedrag was voor het ontwerp en de realisatie, en dat dit bedrag bij overschrijding aanleiding gaf tot een puntenaftrek op het gunningscriterium ‘prijs’. Zij blijkt dat bedrag in de gunningsleidraad een “geraamd investeringsbudget” te noemen, terwijl zij het in haar e-mail van 7 juli 2023 met betrekking tot hetzelfde begrip heeft over een “maximale investeringsenveloppe”. Dit maximumbedrag blijkt af te hangen van het totale investeringsbudget dat door de stad Antwerpen wordt vastgesteld, en dat de stad in functie van de ontvangen offertes eventueel kan verhogen. Te dezen zijn er ook effectief verhogingen geweest, eerst in het licht van de eerste offertes van de drie inschrijvers (beslissing van 14 april 2023), later in het licht van de offerte van de tussenkomende partij als eerst gerangschikte inschrijver (beslissing van 24 november 2023).

De verwerende partij blijkt het bedrag dat aan de inschrijvers meegedeeld is met het voornoemde e-mailbericht, namelijk 60,5 miljoen euro, ook effectief gebruikt te hebben bij de beoordeling van de BAFO's op het gunningscriterium 'prijs'. Dit bevestigt dat dit bedrag in de plaats is gekomen van het in de gunningsleidraad genoemde bedrag van 50,7 miljoen euro. In de gunningsleidraad was trouwens al aangegeven dat dit laatste bedrag het budget "op heden" was, hetgeen impliceerde dat het voor wijziging vatbaar was.

Uit de richtlijnen voor het indienen van een BAFO bleek dat de gunningsleidraad gewijzigd was, onder meer met betrekking tot de aan te leveren informatie ter beoordeling van het gunningscriterium 'prijs'. In de meegedeelde documenten werd het bedrag van het geraamd investeringsbudget niet genoemd. Er werd ook geen melding gemaakt van een maximale investeringsenveloppe die op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte in acht genomen moest worden. De inschrijvers dienden nog steeds rekening te houden met de regeling inzake de puntenaftrek op het gunningscriterium 'prijs', als bepaald in de gunningsleidraad, en daarnaast ook met de mededeling die zij op 7 juli 2023 gekregen had. Het lijkt niet onlogisch om uit een en ander het gevolg te trekken dat het bedrag van 60,5 miljoen euro, genoemd in het voornoemde e-mailbericht, het maximumbedrag was dat bij overschrijding tot een puntenaftrek aanleiding zou geven. Aan dat bedrag was immers in geen enkel document een andere inhoud gegeven of een ander gevolg gehecht.

17. Uit de offerte van de tussenkomende partij, een vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inkijken, blijkt dat deze inschrijver enkel het nieuwe prijsformulier heeft ingevuld. Zij heeft dus begrepen dat dit in de plaats kwam van het aanvankelijke invulformulier (bijlage 2 bij de gunningsleidraad).

De verzoekende partij zoekt steun voor haar interpretatie van de e-mail van 7 juli 2023 in de reactie van het Consortium L. op de mededeling van de verwerende partij in verband met de 'maximale investeringsenveloppe'. In zijn e-mail van 12 september 2023 heeft het Consortium L. het weliswaar over "de opgelegde maximale investeringsenveloppe" en over de onmogelijkheid om daaraan te voldoen, maar het preciseert daarbij niet of het bedrag daarvan een rol speelde bij de beoordeling van de offertes onder het gunningscriterium 'prijs' –

haar prijs voor opbouw en realisatie was veel hoger dan het aanvankelijk geraamd investeringsbedrag -, dan wel of het ging om een nieuw, essentieel vereiste van het bestek.

De verzoekende partij heeft bij haar BAFO zowel het oude als het nieuwe invulformulier gevoegd. Er kan aangenomen worden dat zij misleid is geweest door het feit dat in een van de documenten gevoegd bij de richtlijnen voor het indienen van een BAFO een ongelukkige verwijzing naar het oude invulformulier was blijven staan. De verwerende partij had er beter aan gedaan om in de richtlijnen de verwijzing naar bijlage 2 weg te laten, en in de plaats daarvan duidelijk te preciseren dat het aanvankelijke bedrag van het geraamd investeringsbudget verhoogd was van 50,7 miljoen euro tot 60,5 miljoen euro. Die onzorgvuldigheid lijkt echter niet te leiden tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing. Als er in hoofdte van de verzoekende partij een onduidelijkheid was over de vraag of de maximale investeringsenveloppe een nieuw vereiste vormde, voorgeschreven op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte, kon zij de verwerende partij daarover altijd om een precisering vragen. Het weze herhaald dat het de verzoekende partij zelf is die de sanctie van de substantiële onregelmatigheid heeft gekoppeld aan het maximumbedrag van 60,5 miljoen euro. Daarbij moet ook opgemerkt worden dat, mocht de verwerende partij inderdaad een nieuwe vereiste hebben willen invoeren, er reden was voor de verzoekende partij om zich af te vragen of de invoering van een dergelijk vereiste wel kon gebeuren met een eenvoudige e-mail, en dus om de verwerende partij te bevragen over de draagwijdte van de maximale investeringsenveloppe.

De verzoekende partij verwijt aan de verwerende partij dat zij in de gegeven omstandigheden, na ontvangst van haar BAFO, haar geen verduidelijking gevraagd heeft over haar intenties in verband met het oude invulformulier. Het volstaat in dit verband echter op te merken dat het loutere feit dat de verzoekende partij twee prijsformulieren had ingevuld, niet hoefde te leiden tot de conclusie dat zij een vergissing begaan had. De twee formulieren spraken elkaar immers niet tegen, en er was dus ook geen interne contradictie in de BAFO.

18. Subsidiair voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij, door het bedrag van het geraamd investeringsbudget in de loop van de

plaatsingsprocedure te verhogen, gehandeld heeft in strijd met het verbod om over de gunningscriteria te onderhandelen, bepaald in artikel 38, § 5, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Met die zienswijze kan op het eerste gezicht niet ingestemd worden. Het gunningscriterium ‘prijs’ lijkt immers niet gewijzigd te zijn. In de gunningsleidraad was bepaald dat er een puntenaftrek zou zijn in geval van overschrijding van het geraamde investeringsbedrag, en uit die leidraad bleek ook dat het geraamde bedrag op dat ogenblik (“op heden”) 50,7 miljoen euro bedroeg. Dit bedrag was dus onderhevig aan actualisering. Die actualisering bracht geen wijziging in de berekeningswijze zelf van het inschrijvingsbedrag (de prijs N) waarop een eventuele puntenaftrek gebaseerd zou worden.

19. Eveneens subsidiair voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij de twee inschrijvers die een BAFO hebben ingediend, ongelijk heeft behandeld.

Die grief gaat ervan uit dat de verwerende partij aan de tussenkomende partij heeft laten weten dat het bedrag van de maximale investeringsenveloppe niet dwingend was, in de zin dat het overschrijden ervan geen aanleiding zou geven tot substantiële onregelmatigheid van de offerte, terwijl zij een dergelijke mededeling niet heeft gedaan aan de verzoekende partij. Uit geen enkel stuk van het administratief dossier blijkt echter dat de verwerende partij een dergelijke mededeling gedaan zou hebben aan de tussenkomende partij. De verwerende partij benadrukt trouwens dat zij aan de inschrijvers dezelfde informatie heeft bezorgd, namelijk de informatie vervat in haar e-mailbericht van 7 juli 2023.

20. Gelet op al het voorgaande, is het middel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen’, de artikelen 33 tot 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de materiële motiveringsplicht, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel.

Die bepalingen en beginselen zijn volgens haar geschonden

“doordat Verwerende partij de ingediende offertes moet onderwerpen aan een prijzenonderzoek en doordat de Verwerende partij de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die ten grondslag liggen aan de Bestreden Beslissing, terwijl uit Bestreden Beslissing niet blijkt dat Verzoekende partij de offerte van Team ’t Noord aan een prijzenonderzoek heeft onderworpen, en terwijl de prijzen van Team ’t Noord wel degelijk als abnormaal kunnen worden aangemerkt, zodat de offerte van Team ’t Noord had moeten zijn geweerd op grond van substantiële onregelmatigheid, minstens er sprake is van een motiveringsgebrek ter zake.”

In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij aan dat uit niets blijkt dat de verwerende partij de prijzen van de tussenkomende partij heeft onderworpen aan een algemeen prijsonderzoek als bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. In het gunningsverslag wordt enkel gemeld dat er bij de prijzen van de tussenkomende partij geen verdere vragen of opmerkingen zijn. Nochtans hadden, volgens de verzoekende partij, de prijzen van de tussenkomende partij voor het deel onderhoud van de opdracht “alarmbellen [moeten] doen afgaan”. In het gunningsverslag wordt immers opgemerkt, weze het terloops, dat die prijzen in de BAFO verminderd zijn ten opzichte van de prijzen in de eerste offerte. Volgens de verzoekende partij is een prijsdaling “volstrekt onlogisch”, gelet op de “torenhoge inflatie” in het jaar tussen de indiening van de eerste offerte en de indiening van de BAFO.

De verzoekende partij is van oordeel dat de verwerende partij de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 heeft geschonden door de tussenkomende partij hierover niet te bevragen. De kans was bovendien reëel dat de verwerende partij had moeten vaststellen dat de prijzen van de tussen-

komende partij abnormaal (laag) waren. Door de offerte van de tussenkomende partij niet substantieel onregelmatig te verklaren wegens abnormale prijzen, heeft zij ook artikel 36, § 3, eerste lid, 1°, van dat besluit geschonden.

Zij merkt ook nog op dat, terwijl de prijzen van de tussenkomende partij niet onderworpen werden aan een algemeen prijsonderzoek, minstens niet aan een bijzonder prijsonderzoek, haar eigen prijzen wel onderworpen zijn aan een onderzoek. Zij geeft ook aan dat zij het met een aantal onderdelen van de motivering terzake in het gunningsverslag niet eens is.

Beoordeling

22. De Raad van State herinnert eraan dat een aanbestedende overheid bij het al dan niet opstarten van de procedure van vermoedelijk abnormale prijzen, bedoeld in artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, over een beoordelingsruimte beschikt.

Indien zij in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, vereist de formele motiveringsplicht niet dat dit onderzoek in extenso wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Op grond van de materiële motiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit het dossier te blijken.

23. Te dezen wordt in het gunningsverslag in verband met de prijzen van de verzoekende partij en de tussenkomende partij onder meer het volgende gesteld:

“Er werd aan Orientes gevraagd om de prijzen van beide [BAFO’s] na te

kijken, hetgeen resulteert in de volgende opmerkingen.

Het absolute verschil tussen de twee totaalprijzen bedraagt 1.866.713,01 EUR, hetgeen een verschil van minder dan 3% impliceert.

Wat betreft de prijs van het onderhoud wordt opgemerkt dat de onderhoudskost bij BAM Interbuild significant hoger is dan bij Team 't Noord. De prijs van het onderhoud bedraagt bij BAM Interbuild immers meer dan het dubbele [in vergelijking met] Team 't Noord. De onderhoudsprijs bij BAM Interbuild is bovendien ook opmerkelijk hoger ten opzichte van de eerste offerte (terwijl dit bij Team 't Noord net verminderd werd):

[...]

De offerte van Team 't Noord is voldoende duidelijk en de inschrijver doet een helder voorstel van mogelijke besparingen. Hierbij zijn verder geen vragen of opmerkingen te formuleren.”

Aldus blijkt uit het gunningsverslag, op het eerste gezicht, dat de offerte van de tussenkomende partij wel degelijk is onderworpen aan een algemeen prijsonderzoek, ook wat de prijs voor het deel onderhoud betreft. Uit dat algemeen onderzoek heeft de verwerende partij genoteerd dat de prijs van de tussenkomende partij voor het deel onderhoud lager is dan die van de verzoekende partij, en dat de tussenkomende partij in haar offerte een helder voorstel van mogelijke besparingen doet. De verwerende partij heeft dan geconcludeerd dat ze geen verdere vragen of opmerkingen heeft.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat er geen algemeen onderzoek is geweest van de prijzen van de tussenkomende partij, lijkt het middel dus feitelijke grondslag te missen.

Nu de verwerende partij tot de conclusie kwam dat er geen abnormaal lijkende prijzen waren, diende zij dat oordeel niet nader te motiveren in het gunningsverslag.

24. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij ten onrechte heeft nagelaten de tussenkomende partij te bevragen over haar prijzen voor het deel onderhoud, steunt haar grief op twee gegevens: enerzijds de “torenhoge inflatie” in de periode tussen haar eerste offerte en haar BAFO, anderzijds de vermindering van de bedoelde prijzen van de tussenkomende partij in haar BAFO, in vergelijking met de prijzen in haar eerste offerte, tegen de trend van de inflatie in.

24.1. In verband met de aangevoerde inflatie, lijkt de verwerende partij terecht op te merken dat de verzoekende partij zich ertoe beperkt dit gegeven in zijn algemeenheid te poneren, zonder dit met concreet cijfermateriaal te staven.

De verwerende partij betwist dit gegeven ook. Zij zet uiteen dat de periode van aanzienlijke inflatie dateert van vóór het indienen van de eerste offertes, en dat in de periode tussen de eerste offertes en de BAFO's de prijsstijgingen veeleer gering waren en er soms zelfs sprake was van prijsdalingen. De tussenkomende partij argumenteert in dezelfde zin. Zij voert aan dat de stijging van de gezondheidsindex in de betrokken periode (november 2022 – oktober 2023) amper 0,86% bedroeg, en de bouwkostindexering in diezelfde periode 2,464% bedroeg. De kostprijs is in de betrokken periode dus geenszins “fors duurder” geworden.

Er is voor de Raad van State geen reden om die feitelijke vaststellingen in twijfel te trekken.

24.2. In verband met de vermindering van de prijzen van de tussenkomende partij voor het deel onderhoud, wijst de verwerende partij, op het eerste gezicht niet ten onrechte, op het feit dat het eigen is aan een BAFO dat de inschrijver zijn scherpste prijzen aanbiedt en dit op basis van een geoptimaliseerde offerte. Uit de vergelijking van de totaalprijs voor het onderhoud in de eerste offerte (afgerond 5,5 miljoen euro) en in de BAFO (afgerond 4 miljoen euro) blijkt dat die prijs gedaald is met 27%. Een dergelijke daling lijkt op het eerste gezicht nog te vallen binnen wat kan worden beschouwd als een optimalisatie van een aanbod en het scherp stellen van een prijs van één onderdeel van een ruimere opdracht, zonder dat zij noodzakelijk argwaan bij de verwerende partij moest opwekken.

In dit verband legt de tussenkomende partij overigens uit dat zij, door “betere inschattingen van het te leveren onderhoud en de hieraan verbonden kost”, haar offerte voor het deel onderhoud heeft kunnen optimaliseren. Zij wijst bij wijze van voorbeeld op het volgende: er werd voor de BAFO op basis van recentere offertes gewerkt, niet langer op basis van ramingen; er werd nog gesleuteld aan de compactheid en de efficiëntie van het gebouw, zodat de

oppervlakte kleiner is en er dus ook minder onderhoud nodig is; een groot deel van de waarborg in de eerste drie jaar na oplevering werd verlegd van de gekozen inschrijver zelf naar de leveranciers van de betrokken toestellen en installaties. Deze elementen lijken op het eerste gezicht aannemelijk als verklaring voor de prijsoptimalisatie zoals deze heeft plaatsgevonden tussen de eerste offerte en de BAFO. Minstens lijkt, op het eerste gezicht, niet tot het tegendeel te moeten worden besloten.

25. In zoverre de verzoekende partij kritiek uitoefent op de beoordeling van haar prijzen door de verwerende partij, volstaat het op te merken dat in het gunningsverslag weliswaar wordt vastgesteld dat voor een aantal elementen een prijstoelichting aan de verzoekende partij gevraagd zou kunnen worden, maar dat dit uiteindelijk niet opportuun geacht wordt, “gelet op het feit dat BAM Interbuild na beoordeling van alle gunningscriteria [...] sowieso niet als economisch meest voordelige offerte wordt gerangschikt”. De vragen die bij de verwerende partij gerezen zijn, hebben dus, zoals eveneens in het gunningsverslag wordt opgemerkt, geen gevolgen gehad voor de uitkomst van de plaatsingsprocedure. Derhalve heeft de verzoekende partij ook geen belang bij haar kritiek.

26. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

27. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, de artikelen 4, eerste lid, en 81, §§ 1 en 2, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016, de materiële motiveringsplicht, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel.

Die bepalingen en beginselen zijn volgens haar geschonden

“doordat de bestreden Beslissing de juridische en feitelijke overweging moet vermelden die eraan ten grondslag liggen en deze overwegingen afdoende, draagkrachtig en pertinent moeten zijn, terwijl aan deze vereisten niet is voldaan nu de Bestreden Beslissing is gesteund op motieven die niet correct zijn, zodat de beoordeling van de ingediende offertes onregelmatig, minstens onvolkomen is, en dus niet heeft geleid tot een correcte rangschikking met aanduiding van de economisch meest voordelige inschrijver.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat zij de indruk heeft dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes “met twee maten en twee gewichten” heeft gewerkt. Bij wijze van voorbeeld wijst de verzoekende partij op een aantal niet-limitatieve onderdelen van de beoordeling van haar offerte op het gunningscriterium ‘kwaliteit en duurzaamheid van het project’, die ofwel feitelijk onjuist zijn, ofwel in een minpunt resulteren, terwijl overeenstemmende elementen in de offerte van de tussenkomende partij geen beoordeling krijgen of resulteren in een pluspunt.

De onderdelen waarop de verzoekende partij kritiek uitoefent hebben met name betrekking op de beoordeling van de wisselwerking van het gebouw met de kazerne, de afslagmogelijkheid vanuit de parking naar het magazijn, de liften, en de fietsenstalling.

Beoordeling

28. In haar nota betwist de verwerende partij het belang van de verzoekende partij bij het middel.

Zij wijst op het grote puntenverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de tussenkomende partij. Volgens haar kan het middel, zelfs indien enkele of zelfs alle detailkritieken ernstig zouden zijn, niet ertoe leiden dat de offerte van de verzoekende partij zou worden gerangschikt vóór die van de gekozen inschrijver. Daarvoor is de kloof immers te groot en heeft de kritiek betrekking op een te beperkt aantal onderdelen van de motivering.

De verwerende partij wijst erop dat het aan de verzoekende partij staat om haar kritieken integraal uiteen te zetten. Zij kan zich niet verschuilen

achter de bewering dat de in het middel geformuleerde kritieken niet-limitatief zijn.

29. De Raad van State stelt vast dat het gunningsverslag een gedetailleerde en uitvoerige beoordeling bevat van de beide offertes op de subgunningscriteria ‘architectuur’ en ‘functionaliteit en exploitatie’ van het gunningscriterium ‘kwaliteit en duurzaamheid van het project’. Die beoordeling slaat telkens op een hele reeks uiteenlopende aspecten van de offerte. De woordelijke motivering leidt tot een globale score op elk van de twee subgunningscriteria.

Op het gunningscriterium ‘kwaliteit en duurzaamheid van het project’ behaalt de offerte van de tussenkomende partij een score van 50/60. Op dat criterium behaalt de offerte van de verzoekende partij een score van 30/60.

30. Het behoort tot de stelplicht van een verzoekende partij om, indien zij punctuele kritiek uitoefent op bepaalde onderdelen van een globale beoordeling, in het verzoekschrift concreet aannemelijk te maken dat haar kritieken de puntenscores en dus de rangschikking van de offertes kunnen wijzigen.

Met de verwerende partij stelt de Raad van State evenwel vast dat de verzoekende partij nalaat om in haar verzoekschrift uit te leggen wat de concrete impact is van haar specifieke kritieken op de globale score op elk van de twee subgunningscriteria.

31. In elk geval maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat het middel, zelfs indien het ernstig zou blijken, van die aard is dat de puntenkloof tussen haar offerte en die van de tussenkomende partij overbrugd zou kunnen worden.

In de eindrangschikking bedraagt het verschil tussen de twee offertes 19 punten: 84/100 voor de tussenkomende partij, 65/100 voor de verzoekende partij. Op het gunningscriterium ‘kwaliteit en duurzaamheid van het project’ bedraagt het verschil tussen de twee scores 20 punten: 50/60 voor de

tussenkomen de partij, 30/60 voor de verzoekende partij. Er is dus een kloof van 19 punten te overbruggen, die integraal toe te schrijven is aan het gunningscriterium ‘kwaliteit en duurzaamheid van het project’. De verzoekende partij zou in de eindrangschikking slechts beter geplaatst kunnen worden dan de tussenkomen de partij als zij op dat criterium minstens 49/60 punten haalt, dit is praktisch evenveel als de tussenkomen de partij.

De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat de in het middel geformuleerde kritieken op vier welbepaalde onderdelen van de beoordeling tot een zo ingrijpende wijziging van de punten zouden kunnen leiden.

32. Een verzoekende partij heeft in beginsel geen belang bij een kritiek die, zelfs indien ernstig, niet ertoe kan leiden dat zij het puntenverschil tussen haar offerte en die van de gekozen inschrijver kan overbruggen.

Er zijn geen redenen voorhanden om te dezen anders te oordelen.

33. De door de verwerende partij opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid wegens gebrek aan belang is ernstig.

Het middel is mitsdien niet ernstig.

IX. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de nv Cordeel Zetel Temse, de nv Groep Van Roey, de nv Binst Architects, de bv Architectenbureau Van Oost en de bvba Ivo Van Hoyer, samen vormend een tm, wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negentien januari tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens