

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.496 van 18 januari 2024
in de zaak A. 240.674/XII-9435**

In zake: 1. de NV IBENS
2. de NV DETOO ARCHITECTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Cédric Vandekeybus en
Karolien Van Butsel
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 127A bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

GO! ONDERWIJS VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Jeffrey Roegiers
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 c bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV BOUWBEDRIJF DETHIER
2. de BV OSK-AR ARCHITECTEN
3. de BV KARMA-ARCHITECTEN
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Elise Myin en Vybe Gesquière
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 december 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van GO! Onderwijs van de Vlaamse gemeenschap van 20 november 2023, waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Overijse -

Nieuwbouw voor de Basisschool 't Kasteeltje – Design & Build' wordt gegund aan de tm Dethier - OSK-AR - KARMA.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 december 2023 hebben de nv Bouwbedrijf Dethier, de bv OSK-AR Architecten en de bv Karma-Architecten, samen vormend een tijdelijke maatschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 januari 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Lemmens en Cédric Vandekeybus, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Jens Debièvre en Jeffrey Roegiers, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Elise Nyim en Vybe Gesquiere, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp 'Overijse - Nieuwbouw voor de Basisschool 't Kasteeltje – Design & Build'. De werken omvatten de afbraak van het huidige schoolgebouw en aanhorigheden en een vervanging door een nieuwbouw.

De opdracht wordt in de markt geplaatst met een gefaseerde plaatsingsprocedure bestaande uit een selectiefase en een gunningsfase met onderhandelingen, overeenkomstig artikel 38 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

Blijkens de selectieleidraad, artikel 2.3. ‘Motivatie plaatsingsprocedure’ luiden de motieven voor de gebruikte plaatsingsprocedure als volgt:

“De Opdracht wordt gegund bij wege van mededingingsprocedure met onderhandeling zoals bedoeld in artikel 2, 24° Wet Overheidsopdrachten.

Het gebruik van deze gunningswijze is gerechtvaardigd op grond van artikel 38, § 1, 1°, b) en c) Wet Overheidsopdrachten:

b) de Opdracht omvat ontwerp- of innovatieve oplossingen;

c) de Opdracht kan niet worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico’s;

De Opdracht zal verwezenlijkt worden door middel van een ‘Design & Build (DB)-formule’;

De Opdracht behelst verschillende onderdelen dewelke een stringente coördinatie en opvolging behoeven. Verder zijn nog niet alle parameters, waaronder de budgettaire inpassing in de Opdracht, die hiermee verbonden zijn bekend waardoor er beroep moet worden gedaan op de expertise van de geïnteresseerde ondernemers;

Gelet op het aspect ontwerp (Design) kan de Opdracht niet op voorhand volledig beschreven worden, nu aan de Inschrijvers zoveel als mogelijk de vrijheid en flexibiliteit wordt gelaten om binnen het voorziene raamwerk van de Outputspecificaties, die nog op te stellen zijn door de Opdrachtgever – invulling te geven aan de Opdracht. Het is aldus niet mogelijk om in een rigide bestek alle voorwaarden van de Opdracht voorafgaandelijk vast te stellen.

Daarnaast heeft de complexiteit van het project tot gevolg dat talrijke en belangrijke technische en financiële factoren alleen tijdens de onderhandelingen aan het licht kunnen komen zodat de modaliteiten van de overeenkomst enkel tot stand kunnen komen door een nauwe samenwerking tussen de Opdrachtgever en de Inschrijvers.

Voor deze Opdracht zijn een openbare of niet-openbare procedure derhalve niet geschikt wegens het gebrek aan mogelijkheid tot onderhandeling.”

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

In de aankondiging en de selectieleidraad wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“De projectdefinitie beschrijft in grote lijnen de volgende opdracht: Het project voorziet in de afbraak van het gebouw G01 & G02, (overdekte) speelplaatsen en alle toebehoren (verhardingen, constructies,...) in projectzone 1 (zie bijlage F_Projectfiche) en een vervanging door een nieuwbouw voor basisschool 't Kasteeltje te Overijse.

De functies die nu opgenomen zijn in de overige gebouwen G61, G40, G42, G41, G62 en G63 worden eveneens in het project geïntegreerd. Het geheel van de nieuwbouw en de optimalisatie van de buitenruimte dient de visie op innovatief onderwijs verder te ondersteunen, zodat ‘samen school maken’ en ‘klasdoorbrekend werken’ centraal staan!

Het indicatieve Bouwbudget is grootteorde 11.200.000 – 13.300.000 euro, incl. BTW en studiekosten.

Met het oog op bewaking van kosten en termijnen, werd beslist de opdracht uit te voeren via een ‘DB-formule’, met name één overheidsopdracht voor ontwerp én uitvoering van de geleverde diensten en werken tot de definitieve oplevering door de Opdrachtnemer.

Tijdens de uitvoering wordt indicatief een aantal mijlpaalbetalingen voorzien.”

Artikel 3.5.4. ‘Vermindering van het aantal Kandidaten’ van de selectieleidraad luidt:

“Indien meer dan drie Kandidaten zouden voldoen aan de minimale selectiecriteria die in deze Selectieleidraad worden bepaald, zal de Opdrachtgever overgaan tot een doorselectie ten einde het maximaal aantal Kandidaten dat toegang krijgt tot de offertefase te beperken tot drie.”

3.2. Elf kandidaten dienen een kandidatuur in.

Op 15 november 2023 worden drie van de elf kandidaten geselecteerd, waaronder de verzoekende partijen en de tm Dethier - OSK-AR - KARMA (hierna: tm Dethier).

Op 21 december 2023 wordt aan de geselecteerde ondernemingen het bestek toegestuurd dat op de opdracht van toepassing is, met de uitnodiging een eerste offerte in te dienen.

3.3. In artikel 1.2.3 ‘Beschrijving van het verloop van de gunningsfase’ van het bestek wordt de werkwijze omschreven die de inschrijvers en de opdrachtgever tijdens de plaatsingsprocedure dienen te volgen

Artikel 1.5 ‘Gunningscriteria’, artikel 1.5.1 ‘Algemeen’, van het bestek luidt:

“Voor de Opdracht gelden de hiernavolgende gunningscriteria met de respectievelijk opgegeven weging per criteria:

- De Prijs (voor het realiseren) van de Opdracht: 30 punten;
- Stedenbouwkundig en architecturale kwaliteit van het ontwerp: 40 punten;
- Technische kwaliteit: 30 punten.

Opdat een Offerte in aanmerking zou kunnen komen voor verdere onderhandelingen, worden volgende minimumdrempels gehecht aan volgende gunningscriteria:

- Stedenbouwkundig en architecturale kwaliteit van het ontwerp: minimum 50%;
- Technische kwaliteit: minimum 50%.”

3.4. De verzoekende partijen, de tm Dethier en derde inschrijver dienen tijdig een eerste offerte in.

3.5. Op 12 mei 2023 worden de drie inschrijvers uitgenodigd hun offerte toe te lichten met een presentatie, waarna aansluitend het juryoverleg plaatsvond. In het ‘Juryverslag DB Overijse’ worden de offertes beoordeeld en worden aan de hand van de gunningscriteria de volgende scores aan de eerste offertes toegekend:

		[X]	TM DETHIER/ OSK-AR/KARMA	SV IBENS/DETOO
1. Globale prijs	30	6,0	9,4	30,0
2. Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit	40	32,9	37,0	20,2
Inplanting (A)	4	3,5	3,6	1,4
Architectuur (B)	20	16,6	19,2	9,0
Architectuur (B) Visie & Concept, incl. toelichtende nota's	19	15,8	18,3	8,7
Architectuur (B) Overleg andere instanties	1	0,8	0,9	0,3
Technische info en fiches (C)	8	7,1	7,5	5,2
Stabiliteit (D)	2	1,7	1,9	1,5
Akoestiek (E)	2	1,0	1,3	1,0
Omgeving (F)	4	3,0	3,5	2,1
3. Technische kwaliteit	30	21,1	24,4	18,6
3.1. Nutsvoorzieningen	2	1,0	1,8	0,7
3.2. Hemelwater, Riolering en Afvoer	2	1,5	1,5	1,2
3.3. Sanitair	2	1,3	1,6	1,4
3.4. Gasinstallatie	2	1,4	2,0	2,0
3.5. Verwarming	6	4,6	4,7	3,7
3.6. Ventilatie	6	4,6	4,7	3,7
3.7. Actieve Koeling	1	0,5	0,9	0,8
3.8. GBS	2	1,9	1,4	1,2
3.9. Brandbestrijding	1	0,8	0,7	0,5
3.10 Elektriciteit	3	1,5	2,5	1,6
3.11 Data en Telefonie	1	0,8	0,8	0,6
3.12 Beveiliging	1	0,5	0,8	0,5
3.13 Liften	1	0,7	1,0	0,7
TOTAALSCORE	100	60,0	70,8	68,8

3.6. In een afzonderlijk ‘intern document’ adviseert de jury op 12 mei 2023 om “[o]p grond van de voormelde scores op de gunningscriteria en de hogerstaande argumentatie [...] in huidige fase van de plaatsingsprocedure” over te gaan tot “onderhandelingsrondes met slechts 1 voorkeurbieder [de tm Dethier] met het oog op indienen van een BAFO”. Deze argumentatie luidt als volgt:

“2. Uitnodiging tot onderhandeling in functie van BAFO

De punten van de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers, namelijk inschrijver ‘TM Dethier-OSK-AR-KARMA’ en inschrijver ‘Samenwerkingsverband Ibens – DETOO’ liggen dicht bij elkaar. Het GO! heeft dan ook overwogen om in huidige fase van de plaatsingsprocedures beide inschrijvers uit te nodigen voor verdere onderhandelingsrondes. Echter zijn er gewichtige redenen om in huidige fase van de plaatsingsprocedure te oordelen dat slechts met 1 voorkeurbieder onderhandelingsrondes worden gestart.

Inschrijver ‘TM Dethier-OSK-AR-KARMA’ heeft de meeste punten verzameld op basis van de toetsing van de gehanteerde gunningscriteria.

Gezien de zware tekortkomingen op het vlak van het functioneren van de binnenruimtes, de omgang met daglicht en (overdekte) speelzones en de extra genomen risico's op het vlak van conformiteit aan het huidige RUP Kasteel, heeft de opdrachtgever het vermoeden dat het zeer moeilijk gaat zijn om het ontwerp van de inschrijver 'Samenwerkingsverband Ibens – DETOO', zonder essentiële wijzigingen, tot een uitvoerbaar project om te buigen."

3.7. De verwerende partij neemt vervolgens op 13 juni 2023 een "gemotiveerde beslissing aanduiding voorkeurbieder" waarbij zij beslist om "op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het regelmatigheidsonderzoek van de offertes en de vergelijking van de offertes [...] de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte (rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding), zijnde [tm Dethier], aan te stellen als voorkeurbieder".

De verzoekende partijen worden met een brief van 13 juni 2023 in kennis gesteld dat een andere kandidaat als voorkeurbieder werd aangeduid, en erop geattendeerd dat zij "in een wachtrij" is geplaatst.

3.8. Na elf onderhandelingsrondes met de tm Dethier dient deze op 30 oktober 2023 een definitieve offerte (Best and Final Offer) in.

3.9. Op 9 november 2023 wordt een 'Juryverslag na BAFO DB Overijse' opgesteld. Daarin wordt gesteld:

"De beoordeling van de niet-voorkeurbieders wordt niet hernomen in dit verslag. Hiervoor wordt verwezen naar het juryverslag – Bijlage 1.

Er werd één voorkeurbieder aangeduid zijnde TM DETHIER – OSK-AR - KARMA. De BAFO werd ingediend op 30/10/2023. Er werd een bespreking gehouden met de leden van de stuurgroep van het project, de Inschrijver werd uitgenodigd tot een toelichtingsmoment voor de BAFO op 07/11/2023.

[...]

Legende verslag:

*in zwart: initiële juryverslag - Bijlage 1;

*in blauw: aanvullingen juryverslag na BAFO."

Er wordt een puntentabel opgemaakt als volgt:

		[X]	TM DETHIER/ OSK-AR/KARMA	SV IBENS/DETOO
1. Globale prijs	30	6,0	12,3	30,0
2. Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit	40	32,9	38,1	20,2
Implanting (A)	4	3,5	3,8	1,4
Architectuur (B)	20	16,6	19,2	9,0
Architectuur (B) Visie & Concept, incl. toelichtende nota's	19	15,8	18,3	8,7
Architectuur (B) Overleg andere instanties	1	0,8	0,9	0,3
Technische info en fiches (C)	8	7,1	7,8	5,2
Stabiliteit (D)	2	1,7	1,9	1,5
Akoestiek (E)	2	1,0	1,6	1,0
Omgeving (F)	4	3,0	3,8	2,1
3. Technische kwaliteit	30	21,1	27,7	18,6
3.1. Nutsvoorzieningen	2	1,0	1,9	0,7
3.2. Hemelwater, Riolering en Afvoer	2	1,5	1,8	1,2
3.3. Sanitair	2	1,3	1,9	1,4
3.4. Gasinstallatie	2	1,4	2,0	2,0
3.5. Verwarming	6	4,6	5,8	3,7
3.6. Ventilatie	6	4,6	4,9	3,7
3.7. Actieve Koeling	1	0,5	1,0	0,8
3.8. GBS	2	1,9	1,9	1,2
3.9. Brandbestrijding	1	0,8	1,0	0,5
3.10 Elektriciteit	3	1,5	2,7	1,6
3.11 Data en Telefonie	1	0,8	0,9	0,6
3.12 Beveiliging	1	0,5	0,9	0,5
3.13 Liften	1	0,7	1,0	0,7
TOTAALSCORE	100	60,0	78,1	68,8

3.10. Op 17 november 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Alle offertes van de geselecteerde kandidaten worden als regelmatig beschouwd.

In punt 3.1. ‘Werkwijze volgens het bestek (uittreksel)’ wordt verwezen naar artikel 2.4.5. ‘Beoordeling van de ingediende offertes’ van het bestek.

In punt 3.2. ‘Initiële offertes’ wordt verwezen naar de beoordeling en de rangschikking van de initiële offertes. Het voornoemde juryverslag met de motivering voor de punten voor de eerste offertes wordt als integraal bestanddeel van dit gunningsverslag toegevoegd als bijlage 1.

In punt 3.3. ‘Onderhandelingen’ wordt een schematisch overzicht gegeven van het doorlopen van de onderhandelingen, waaruit blijkt dat elf “onderhandelingsgesprekken” werden gevoerd, en op 7 november 2023 een “BAFO-toelichtingsmoment” was voorzien.

Luidens punt 3.4. ‘BAFO-offertes’ beoordeelde de jury de geoptimaliseerde offerte en kwam zij tot de volgende finale rangschikking:

		TM Dethier/ OSK-AR/KARMA	SAMENW.VERB. IBENS/DETOO	[X]
1. Globale prijs	30	12,3	30,0	6,0
2. Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit	40	38,1	20,2	32,9
3. Technische kwaliteit	30	27,7	18,6	21,1
TOTAALSCORE	100	78,1	68,8	60,0

Het juryverslag met de motivering voor deze punten wordt als integraal bestanddeel van dit gunningsverslag toegevoegd als bijlage 2.

Er wordt bijgevolg voorgesteld de opdracht te gunnen aan de tm Dethier.

3.11. Op 20 november 2023 gunt de verwerende partij, met verwijzing naar het gunningsverslag van 17 november 2023, de opdracht aan de tm Dethier voor de prijs van 12.878.426,64 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Met een aangetekende brief van 22 november 2023 worden de verzoekende partijen in kennis gesteld van de bestreden beslissing, met als bijlage het gunningsverslag van 17 november 2023, dat de juryverslagen van 12 mei 2023

en 9 november 2023 als bijlagen bevat. Luidens het verzoekschrift worden de verzoekende partijen eveneens in kennis gesteld van de jurybeslissing van 12 mei 2023.

IV. Tussenkost

4. De nv Bouwbedrijf Dethier, de bv OSK-AR Architecten en de bv Karma-Architecten, samen vormend een tijdelijke maatschap, 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. Vertrouwelijkheid van de stukken

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partijen vragen kennis te kunnen nemen van de volgende documenten:

- “- De initiële en BAFO technische offertes (ontwerpen) van tm Dethier, teneinde na te kunnen gaan of deze op een correcte en redelijke wijze beoordeeld werden door GO! Onderwijs (cfr. eerste, tweede en derde middelen).
- De verslagen van de 11 onderhandelingsrondes met tm Dethier waarvan sprake in het gunningsverslag (deze dienen overeenkomstig artikel 14, § 4 van de Wet overheidsopdrachten 2016 gedocumenteerd te worden), teneinde de omvang en draagwijdte van deze onderhandelingen en de gevolgen hiervan voor de BAFO-offerte (in het bijzonder het ontwerp) na te kunnen gaan (cfr. eerste en derde middel). Ibens-Detoo wordt immers de toegang tot de onderhandelingen ontzegd omdat enkel ‘essentiële wijzigingen’ het project uitvoerbaar zouden kunnen maken (quod non, zie hierboven punt C.I.2.3), terwijl op basis van het juryverslag na BAFO blijkt dat aan de offerte van tm Dethier nog belangrijke wijzigingen werden doorgevoerd (hetgeen zich ook uit in een substantieel hogere score).”

Zij stellen dat zij inzage dienen te krijgen in deze stukken om met volle kennis van zaken de correcte beoordeling en vergelijking van de offertes alsook het voorwerp en de gevolgen van de onderhandelingen met de gekozen inschrijver na te kunnen gaan. In dat verband verwijzen zij naar het arrest van het Hof van Justitie van 17 november 2022, Antea Polska sa, C-54/21,

op grond waarvan een niet-gekozen inschrijver toegang moet kunnen krijgen tot minstens de wezenlijke inhoud van de bestanddelen van het administratief dossier – waaronder de beoordeling van de offertes en de wezenlijke inhoud van het ontwerp van de andere inschrijvers – teneinde diens recht op een doeltreffende voorziening in rechte te eerbiedigen.

Zij verwijzen tevens naar arrest nr. 226.519 van 24 februari 2014 van de Raad van State waarin deze oordeelde dat de verwerende partij zich, met toepassing van het zakengeheim, niet evident leek te kunnen beroepen op een niet-concrete motivering om cruciale stukken te onttrekken aan het zicht van de verzoekende partij.

6. De verwerende partij verzoekt om alle offertes en stukken uit het administratief dossier waarbij wordt verwezen naar confidentiële bedrijfsinformatie (zoals eenheidsprijzen) zonder onderscheid als vertrouwelijke stukken te behandelen overeenkomstig de artikelen 10 en 26 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).

De niet-vertrouwelijke neerlegging van deze stukken zou immers tot gevolg hebben dat potentiële zakengeheimen van de voornoemde inschrijvers openbaar worden gemaakt en ter kennis kunnen komen van concurrenten, wat mogelijks de aansprakelijkheid van de verwerende partij in het gedrang kan brengen. De verzoekende partijen hebben bovendien geen enkel belang bij de inzage van de offertes of andere documentatie met vertrouwelijke gegevens. De verwerende partij heeft voldoende transparantie verstrekt middels onder meer de omstandige juryverslagen. Dit blijkt alleszins uit de mogelijkheid van de verzoekende partijen om dergelijke detailkritieken te formuleren in hun verzoekschrift, zoals in het bijzonder in het derde middel.

De tussenkommende partijen vragen, om dezelfde redenen, de vertrouwelijkheid van een aantal van hun eigen stukken en van de stukken uit het administratief dossier niet op te heffen.

Beoordeling

7. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de verwerende partij de vertrouwelijke behandeling vraagt afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergegeven. Er belet de Raad van State dus alvast op formeel vlak niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

8. Overeenkomstig artikel 26 van de rechtsbeschermingswet komt het aan de Raad van State toe om het aangevoerde vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken van het administratief dossier te beoordelen en daarbij de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en een eerlijk proces af te wegen tegen die van de bescherming van het zakengeheim.

De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken inderdaad gegevens bevatten die onder het zakengeheim vallen, zoals de verwerende partij stelt. Het lijkt in deze stand van de procedure niet aangewezen om de verzoekende partijen toegang te verlenen tot de initiële offerte en de BAFO van de tussenkomenende partijen, opdat zij zo inzage kunnen krijgen van de ontwerpen die werden voorgesteld door de gekozen inschrijver en die gunstiger werden ontvangen door de verwerende partij dan die van de verzoekende partijen. Ook met de opheffing van de vertrouwelijkheid van de verslagen van de onderhandelingsrondes kan niet worden ingestemd, omdat op die manier ook toegang zou worden verkregen tot de ontwerpen voor de bouw van de school waarop de opdracht betrekking heeft.

Voorts blijken de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet te zijn gehinderd, bij het aanvoeren van middelen tegen de bestreden beslissing, door het feit dat deze stukken vertrouwelijk zijn gebleven. De verzoekende partijen zijn immers wel in kennis gesteld van het gunningsverslag van 17

november 2023, dat de juryverslagen van 12 mei 2023 en 9 november 2023 als bijlagen bevat, alsook van de jurybeslissing van 12 mei 2023. Uit deze stukken blijkt in detail op welke wijze de offerte van de tussenkomen de partijen is beoordeeld.

Er blijkt op het eerste gezicht aldus niet hoe de niet-inzage van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, te dezen afbreuk zou doen aan hun recht op een eerlijk proces. Hoe dan ook belet het vertrouwelijk karakter van de neergelegde stukken de Raad van State niet deze bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen te betrekken. Zoals zal blijken uit de beoordeling van de middelen, is het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken niet noodzakelijk voor de oplossing van het geschil.

De verwijzing van de verzoekende partijen naar het arrest van het Hof van Justitie van 17 november 2022, Antea Polska sa, C-54/21, doet niet anders besluiten. Het Hof lijkt in dit arrest integendeel te bevestigen (zie punt 85) dat de aanbestedende overheid moet beoordelen of de gevraagde informatie een commerciële waarde heeft die de betrokken overheidsopdracht ontstijgt, zodat openbaarmaking ervan rechtmatige commerciële belangen of de eerlijke mededinging zou kunnen schaden. Ook de verwijzing naar arrest nr. 226.519 van de Raad van State, dat geen verband houdt met een vraag tot opheffing van de vertrouwelijkheid van stukken in het kader van de procedure voor de Raad, is te dezen niet dienstig.

9. In de huidige stand van het geding lijken er bijgevolg geen redenen om de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk aangemerkte stukken.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

10. 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 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.

VII. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

11. De verzoekende partijen voeren in een eerste middel de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4 en 80, *juncto* 38, § 7, van de wet overheidsopdrachten 2016, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel, en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Eerste middelonderdeel

Doordat de beslissing van GO! Onderwijs om onmiddellijk na de eerste offerteronde tm Dethier aan te duiden als enige Voorkeurbieder, als gevolg heeft dat er slechts met één inschrijver onderhandeld werd, zodat geen mededinging meer bestaat;

Terwijl als uitgangspunt geldt de openstelling van overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke mededinging;

En terwijl het onmiddellijk beperken van de onderhandelingen tot slechts één enkele inschrijver geen daadwerkelijke mededinging waarborgt noch getuigt van een zorgvuldige overheid;

En terwijl, op grond van artikel 80 *juncto* artikel 38, § 7 van de Wet overheidsopdrachten 2016 alsook het mededingingsbeginsel het aantal tot onderhandelingen toegelaten offertes slechts kan worden beperkt voor zover een daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd;

Tweede middelonderdeel

Doordat de beslissing van GO! Onderwijs om niet te onderhandelen met Ibens-Detoo geen gevolg is van de toepassing van de gunningscriteria en afwijkt van de bepalingen in het bijzondere bestek;

Terwijl artikel 4 van de Wet overheidsopdrachten 2016 aanbesteders verplicht ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te

behandelen en steeds op een transparante en proportionele wijze te handelen;

En terwijl, op grond van artikel 80 *juncto* artikel 38, § 7 van de Wet overheidsopdrachten 2016 alsook het transparantiebeginsel het aantal tot onderhandelingen toegelaten offertes slechts kan worden beperkt door toepassing van de gunningscriteria en de regels dienaangaande vastgelegd in de opdrachtdocumenten;

En terwijl GO! Onderwijs op grond van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel gehouden is zich te houden aan de regels die zij zichzelf oplegt in de opdrachtdocumenten.

Derde middelonderdeel

Doordat, nu de offerte van Ibens-Detoo substantieel goedkoper is en er slechts een verwaarloosbaar puntenverschil is met de eerste offerte van tm Dethier, GO! Onderwijs niet redelijkerwijze kon besluiten dat onderhandelingen met Ibens-Detoo niet dienstig zouden zijn geweest, in het bijzonder omdat tm Dethier wel toegelaten werd nog aanzienlijke verbeteringen door te voeren aan haar offerte;

Terwijl de beslissing tot beperking van het aantal offertes waarover onderhandeld wordt op grond van artikel 3 van de Formele Motiveringswet, de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, in ieder geval gedragen moet zijn door deugdelijke, afdoende en draagkrachtige motieven, dewelke in redelijke verhouding moeten staan met de gevolgen van deze beperking.

En terwijl op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel inschrijvers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, gelijk behandeld dienen te worden.”

11.1. Wat het *eerste onderdeel* betreft, stellen de verzoekende partijen dat de onmiddellijke aanduiding van de tm Dethier als enige voorkeurbieder geen daadwerkelijke mededinging garandeert.

Zij lichten vooreerst een aantal algemene beginselen van het overheidsopdrachtenrecht toe, waarna zij deze toepassen op de door de verwerende partij gevolgde handelwijze.

11.1.1. De verzoekende partijen zetten uiteen dat de openstelling van de overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke mededinging één van de fundamentele pijlers van het overheidsopdrachtenrecht is. De (nieuwe) overheidsopdrachtenregelgeving wenst de mededinging en het voeren van onderhandelingen te promoten. Een aanbesteder kan in een

mededingingsprocedure met onderhandelingen enkel afzien van onderhandelingen in zoverre hij zich die mogelijkheid expliciet voorbehouden heeft in de opdrachtdocumenten en voor zover dit objectief verantwoord is.

Op grond van artikel 38, § 7, van de wet overheidsopdrachten 2016 kan een mededingingsprocedure met onderhandelingen in opeenvolgende fasen verlopen, waarbij het aantal offertes waarover moet onderhandeld worden geleidelijk beperkt wordt door toepassing van de gunningscriteria. Artikel 38, § 6, van de wet overheidsopdrachten 2016 benadrukt dat de aanbesteder de gelijke behandeling van alle inschrijvers steeds dient te respecteren. Ook in de memorie van toelichting bij dit artikel 38, § 6, wordt dit onderstreept, in lijn met overweging 45 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (hierna: richtlijn 2014/24/EU). Voor zover de mededingingsprocedure met onderhandelingen enige flexibiliteit in zich draagt, is deze dus niet absoluut. Deze procedure kan nooit op zulke wijze aangewend worden dat de fundamentele basisprincipes van de regelgeving overheidsopdrachten inzake gelijkheid, transparantie, proportionaliteit en mededinging in het gedrang komen.

Om dezelfde redenen wordt volgens de verzoekende partijen in artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 onderstreept dat de beperking van het aantal offertes op grond van artikel 38, § 7, dient te gebeuren door toepassing van de gunningscriteria voorzien in de opdrachtdocumenten én dat de beperking nooit de daadwerkelijke mededinging in het gedrang mag brengen. Ook in de slotfase van de onderhandelingen moet het aantal tot de onderhandelingen toegelaten offertes een daadwerkelijke mededinging garanderen. Een daadwerkelijke mededinging veronderstelt volgens hen logischerwijze dat meerdere inschrijvers toegang krijgen tot de onderhandelingen en een volgende offerte kunnen indienen, minstens na de eerste offerteronde. Zo verwijst ook artikel 38, § 8, van de wet overheidsopdrachten 2016 naar de beoordeling van “de definitieve offertes”, in meervoudsvorm. Als uitgangspunt geldt zodoende dat steeds meerdere offertes en inschrijvers toegelaten moeten worden tot de onderhandelingen, teneinde daadwerkelijke mededinging en concurrentie te behouden. De verzoekende partijen verwijzen naar het arrest van

de Raad van State van 22 januari 2019, nr. 243.455, nv Organic Waste Systems, waarin de Raad heeft geoordeeld, in de context van artikel 111, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011), dat een situatie waarin er slechts één offerte overblijft geen daadwerkelijke mededinging inhoudt (en bijgevolg een deugdelijk motief vormt om de opdracht stop te zetten). Het waarborgen van de mededinging dient volgens de verzoekende partijen ook gesitueerd te worden in de fasering van de mededingingsprocedure met onderhandelingen, met een selectiefase en een offertefase. Conform artikel 79, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 kan de aanbesteder na de selectiefase ervoor opteren om door middel van een doorselectie slechts een beperkt aantal kandidaten toe te laten tot de offertefase en uit te nodigen om een eerste offerte in te dienen. Het eerst mogelijk moment waarop toepassing gemaakt kan worden van artikel 38, § 7, van de wet overheidsopdrachten 2016 en een eerste beperking van offertes kan worden doorgevoerd, is zodoende na ontvangst van de eerste offertes. Artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 regelt op zijn beurt de voorwaarden en de gevolgen van een beperking van het aantal offertes tijdens de offertefase: “het bereikte” aantal moet een daadwerkelijke mededinging waarborgen. Het resultaat of de uitkomst van de beperking mag de mededinging niet ondermijnen. Op het moment dat de aanbesteder na ontvangst van de eerste offertes en opmaak van een eerste voorlopige rangschikking een eerste keer overgaat tot een beperking van het aantal inschrijvers die hij uitnodigt voor onderhandelingen, moeten ook deze inschrijvers en de tweede offertes die hieruit voortkomen, op zichzelf bekeken, voldoende in aantal zijn om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Er kan met andere woorden niet verwezen worden naar het aantal kandidaten in de selectiefase of het aantal offertes in de eerste ronde van de offertefase om te stellen dat de mededinging in de tweede offerteronde afdoende gewaarborgd is. Zulks volgt ook uit het voornoemd arrest van 22 januari 2019 en uit artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 dat duidelijk stelt dat de daadwerkelijke mededinging gewaarborgd moet worden tot en met “de slotfase”. Zodoende laten de artikelen 38, § 7, en 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 slechts een “geleidelijke vermindering” van het aantal inschrijvers en offertes toe, waarbij de mededinging in de opeenvolgende fasen ten volle kan blijven spelen. Het verslag aan de Koning bij artikel 111, § 3, van

het koninklijk besluit plaatsing 2011, waarop het huidige artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 mee gesteund is, benadrukt dit zelfs expliciet.

Volgens de verzoekende partijen is een uitzondering op de mededinging slechts mogelijk bij een onvoldoende aantal offertes. Overeenkomstig artikel 80, *in fine*, van de wet overheidsopdrachten 2016 kan van de duidelijke verplichting om een daadwerkelijke mededinging te garanderen, slechts worden afgeweken voor zover er onvoldoende offertes zouden overblijven om enige mededinging te organiseren, bijvoorbeeld omdat slechts één offerte de vooropgestelde score op basis van de gunningscriteria behaalt of slechts één van de daartoe uitgenodigde inschrijvers een volgende offerte indient. Zij zet uiteen dat waar wordt gesproken van “voldoende offertes, oplossingen of kandidaten [...] die aan de vereisten voldoen”, dient aangenomen te worden dat de toevoeging “die aan de vereisten voldoen” enkel doelt op “kandidaten” en niet op “offertes” en “oplossingen”.

11.1.2. De verzoekende partijen vervolgen dat de handelwijze van de verwerende partij rechtstreeks in strijd is met artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het mededingingsbeginsel dat eraan ten grondslag ligt. Door enkel de *tm* Dethier uit te nodigen voor onderhandelingen en dus onmiddellijk na de eerste offerteronde slechts met één inschrijver te onderhandelen, is er geen sprake van enige, laat staan daadwerkelijke mededinging. Een dergelijke handelwijze strookt evenmin met de opzet van artikel 38, § 7, van de wet overheidsopdrachten 2016, aangezien van opeenvolgende fasen met diverse inschrijvers en een geleidelijke vermindering van het aantal offertes geen sprake is. Zoals ook blijkt uit voornoemd arrest van 22 januari 2019 en de principes hierboven uiteengezet, kan de verwerende partij in ieder geval niet verwijzen naar het feit dat in de eerste ronde door drie inschrijvers een offerte werd ingediend, aangezien minstens ook in de tweede ronde in de huidige omstandigheden een daadwerkelijke mededinging gewaarborgd diende te zijn. In ieder geval getuigt de gevolgde handelwijze niet van een zorgvuldig bestuur. In hetzelfde arrest van 22 januari 2019 oordeelde de Raad immers dat het overblijven van slechts één inschrijver onzekerheid kan doen ontstaan omtrent de juistheid en het concurrentiële karakter van diens offerte.

Zij zetten voorts nog uiteen waarom, voor zover de verwerende partij het uitsluiten van iedere mededinging zou verantwoorden door verwijzing naar artikel 80, *in fine*, van de wet overheidsopdrachten 2016 en te stellen dat de eerste offerte van de verzoekende partijen niet aan “de vereisten” voldeed, deze argumentatie geen stand kan houden. Dit om de voormelde reden, en ook omdat noch de bestreden beslissing noch de jurybeslissing van 12 mei 2023 het niet voldoen van hun offerte aan “de vereisten” als dusdanig opwerpt en de verwerende partij dit motief niet *post factum* kan fabriceren, zodat er geen rekening mee kan worden gehouden worden. In ieder geval is hun eerste offerte regelmatig en voldoet deze aan alle vereisten van het bestek om in aanmerking te komen voor onderhandelingen (zie tweede onderdeel). Voor zover de vermeende “tekortkomingen”, “risico’s” en “onuitvoerbaarheid” waarvan sprake in de jurybeslissing van 12 mei 2023 zouden kunnen begrepen worden als vallende onder “de vereisten” van artikel 80, *in fine*, van de wet overheidsopdrachten 2016, kunnen deze het niet uitnodigen van de verzoekende partijen voor onderhandelingen hoe dan ook niet verantwoorden (zie derde onderdeel).

11.2. Wat het *tweede onderdeel* betreft, stellen de verzoekende partijen dat de aanduiding van de tm Dethier als enige voorkeurbieder niet gebeurde op grond van de gunningscriteria en de voorschriften van het bestek.

Zij verwijzen naar artikel 1.2.3.5 van het bestek dat allerhande hypothesen bevat volgens dewelke de verwerende partij het verloop van de gunningsprocedure en de onderhandelingen zou kunnen invullen. Deze bepaling staat haaks op het transparantiebeginsel en het verbod van willekeur, zoals onder meer gewaarborgd door artikel 38, § 6, en onderstreept in overweging 45 van richtlijn 2014/24/EU. Om toch enige rechtlijnigheid en transparantie te verzekeren bij de beslissing over de offertes waarmee al dan niet onderhandeld wordt, voorziet het bestek in artikel 1.5.1 in het kader van de gunningscriteria in objectieve drempels opdat een offerte in aanmerking komt voor onderhandelingen. Zodra een offerte op zowel het gunningscriterium ‘Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit van het ontwerp’ als op het gunningscriterium ‘Technische kwaliteit’ een score behaalt van 50%, komt zij overeenkomstig het bestek in aanmerking voor onderhandelingen (de offerte zal

natuurlijk ook, eventueel na regularisatie, regelmatig moet zijn, vandaar “kunnen”). Voor het gunningscriterium ‘Globale Prijs’ werd niet in een drempel voorzien. Uit de jurybeslissing van 12 mei 2023 blijkt dat hun eerste offerte als regelmatig wordt beschouwd. Uit het gunningverslag van 17 november 2023 blijkt dat hun offerte op het gunningscriterium ‘Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit van het ontwerp’ een score behaalt van 20,2 op 40, ofwel 51%, en voor het gunningscriterium ‘Technische kwaliteit’ 18,6 op 30, ofwel 62%. Zodoende voldoet hun offerte aan alle vereisten omschreven in het bestek om in aanmerking te komen voor onderhandelingen: de offerte is regelmatig en behaalt voor beide kwalitatieve gunningscriteria een score van minstens 50%. Dienvolgens moesten de verzoekende partijen (net zoals de overige inschrijvers) overeenkomstig de voorschriften van het bestek uitgenodigd worden voor onderhandelingen, minstens in die fase van de procedure.

De korte motivering, die blijkt uit de jurybeslissing van 12 mei 2023, waarom zij niet werden uitgenodigd voor onderhandelingen, mist volgens de verzoekende partijen niet alleen feitelijke en materiële grondslag (zie derde onderdeel) maar is hoe dan ook in strijd met de voormelde artikelen 38, § 7, en 80 en met het bestek. De beperking van de onderhandelingen is immers niet (uitsluitend) het gevolg van de toepassing van de gunningscriteria maar steunt op een bijkomende – eenzijdige en niet-draagkrachtige – argumentatie inzake vermeende zware tekortkomingen en risico’s in het ontwerp van de verzoekende partijen. De verwerende partij hanteert aldus nieuwe (gunnings)criteria die onverenigbaar zijn met de in het bestek bepaalde gunningscriteria.

11.3. In het *derde onderdeel* betogen de verzoekende partijen dat de motivering van de beslissing om niet met hen te onderhandelen zowel in feite als in rechte faalt en kennelijk onredelijk is. De verwerende partij poogt de beslissing om hen niet uit te nodigen en slechts één voorkeurbieder aan te duiden, te motiveren in de jurybeslissing van 12 mei 2023. Deze motivering kan volgens de verzoekende partijen de genomen beslissing om meerdere redenen niet redelijk verantwoorden.

Vooreerst bestaat er tussen de eerste offerte van tm Dethier en hun eerste offerte een verschil van amper twee punten. Met verwijzing naar arrest

nr. 244.228 van de Raad van State van 10 april 2019 inzake sa Bergerat Monnoyeur, in welke zaak een puntenverschil van slechts 1,4 punten bestond, benadrukken de verzoekende partijen dat wanneer zich dergelijk verwaarloosbaar verschil voordoet, er nooit sprake kan zijn van voldoende onderscheidende elementen om te besluiten dat slechts één van beide inschrijvers uitgenodigd wordt voor onderhandelingen. Dit geldt te dezen des te meer nu klaarblijkelijk nog meer dan elf onderhandelingsmomenten met de gekozen inschrijver nodig waren om tot een “genoegzame BAFO” te kunnen komen, waaruit kan worden afgeleid dat diens eerste offerte nog geen oplossing bood die reeds volledig aan de wensen en behoeften van de verwerende partij tegemoet kwam. Gelet op het verloop van die onderhandelingen en het feit dat die bij de gekozen inschrijver tot een score van acht punten extra hebben geleid door diverse “optimalisaties” door te voeren, kan de verwerende partij niet voorhouden dat onderhandelingen met de verzoekende partijen niet dienstig zouden zijn geweest, minstens hadden kunnen zijn.

Voorts kan de beslissing om niet met hen te onderhandelen al zeker niet worden gerechtvaardigd door te verwijzen naar de vermeende “zwarte tekortkomingen” en “risico’s”. De mededingingsprocedure met onderhandelingen kenmerkt zich precies door de mogelijkheid om onderhandelingen te voeren teneinde de offertes meer in lijn te brengen met de wensen van de aanbesteder, zoals ook blijkt uit de selectiedraad waarin erop wordt gewezen dat “de complexiteit van het project tot gevolg [heeft] dat talrijke en belangrijke technische en financiële factoren alleen tijdens de onderhandelingen aan het licht kunnen komen zodat de modaliteiten van de overeenkomst enkel tot stand kunnen komen door een nauwe samenwerking tussen de Opdrachtgever en de Inschrijvers”. De verwijzing naar een aantal vermeende tekortkomingen in hun eerste offerte gaat dan ook niet op. Overigens geldt dit ook voor de gekozen inschrijver, aangezien uit het juryverslag blijkt dat de verwerende partij diverse “optimalisaties” doorvoerde op enkele fundamentele aspecten, zoals de maximale financiële norm van het Agentschap voor infrastructuur in het onderwijs (hierna: AGION), wat een impact heeft op de subsidiëring en financiering van het project. Ook blijken nog belangrijke “aandachtspunten” op het vlak van de eerste uitrusting, bouwkost en buitenaanleg, te zijn verholpen, onder meer op basis van “het voortschrijdend inzicht van de Scholengroep SCOOP”.

Anders dan bij de tm Dethier, merkt de verwerende partij op dat zij het “vermoeden” heeft dat de noodzakelijk geachte wijzigingen in de offerte van de verzoekende partijen “zeer moeilijk” recht te zetten zijn in een volgende ronde. In plaats van samen met de verzoekende partijen, in het kader van onderhandelingen, te bekijken of en hoe de vermeende tekortkomingen en risico’s vervat in hun ontwerp weggenomen of verzacht zouden kunnen worden, zoals de mededingingsprocedure met onderhandelingen beoogt, besloot de verwerende partij geheel eenzijdig op de zaken vooruit te lopen. Deze werkwijze is in strijd met het gelijkheidsbeginsel, en heeft verregaande gevolgen voor de mededinging. Een dergelijke verregaande beslissing kan niet gesteund zijn op enkele eenzijdige (en bovendien foutieve) vermoedens dat een en ander “zeer moeilijk” zou zijn. Deze motieven staan niet in redelijke verhouding tot de gevolgen van de beslissing, en de eventuele voordelen staan hoe dan ook niet in verhouding tot de schade aan de mededinging en de belangen van de verzoekende partijen.

De verzoekende partijen merken hierbij nog op dat hun eerste offerte maar liefst 2.745.420,72 euro goedkoper was dan de eerste offerte van de gekozen inschrijver, zodat ook op grond van het zuinigheidsbeginsel de verwerende partij hun offerte niet zonder meer onmiddellijk na de eerste ronde had mogen uitsluiten van onderhandelingen.

Wat het motief van de vermoedelijke toekomstige onuitvoerbaarheid van hun project betreft, doen de verzoekende partijen gelden dat die onuitvoerbaarheid niet nader wordt onderbouwd en dat dit motief in ieder geval niet correct is. Zonder dat de Raad van State in het kader van de onderhavige procedure het gehele proces van onderhandelingen kan doorlopen, dat aan een gebeurlijke tweede offerte van de verzoekende partijen zou zijn voorafgegaan, benadrukken zij het volgende:

- De verwerende partij spreekt over “zware tekortkomingen”, maar hun offerte behaalde op de beide kwalitatieve gunningscriteria de vooropgestelde minimumscore van 50% en werd niet onregelmatig verklaard, en voldeed zodoende aan alle minimale eisen van het bestek (in tegenstelling tot de tm Dethier, wiens offerte zelfs niet aan de financiële

norm van AGION beantwoordde). Wat de vermeende extra risico's van hun ontwerp op het vlak van conformiteit met het RUP 't Kasteel betreft, namelijk "de expliciete afwijking van de maximale lengte van een aaneengesloten gevel, het werken met 1 volumineus gebouw in het straatbeeld zonder corridor en het meten van de kroonlijsten op het meest positieve punt", had in nader overleg en onderhandelingen met de verwerende partij en de stedenbouwkundige diensten kunnen worden nagegaan of er zich effectief een onoverkomelijk probleem inzake vergunbaarheid of uitvoerbaarheid stelde. Daartoe bestond in ieder geval ruimte. Uit het juryverslag na BAFO blijkt immers dat een nieuw overleg en een bijkomende toets plaatsvonden met de gemeente. Daarbij merken de verzoekende partijen op dat overeenkomstig artikel 4.4.1 VCRO "beperkte afwijkingen [kunnen] worden toegestaan op stedenbouwkundige voorschriften en verkavelingsvoorschriften met betrekking tot perceelsafmetingen, de afmetingen en de inplanting van constructies, de dakvorm en de gebruikte materialen". De aaneengesloten gevellengte bedraagt in het eerste ontwerp amper 3 meter meer dan de voorgeschreven 60 meter. Anders dan de verwerende partij doet uitschijnen, schrijft het RUP 't Kasteel niet voor dat steeds corridors gehanteerd moeten worden, enkel dat eventuele corridors minimaal 10 meter breed moeten zijn.

- Voorts voldeed het ontwerp aan de normen inzake daglicht zoals opgelegd door AGION en kon in een nadere studie bekeken worden hoe meer of grotere ramen in het ontwerp verwerkt kunnen worden, zonder dat dit noodzakelijkerwijze verdergaande conceptuele aanpassingen vergt.
- Waar een tekortkoming voorhanden zou zijn inzake het functioneren van de binnenruimtes, merken de verzoekende partijen op dat alle fysische linken gevraagd in het Programma van Eisen aanwezig waren. Uit het juryverslag na BAFO blijkt bovendien dat door de tm Dethier evenzeer nog wijzigingen werden aangebracht aan de binnenruimtes en het onderling functioneren, bijvoorbeeld in de administratieve zone.
- Ook de vermeende tekortkomingen inzake speelzones zijn niet van die aard dat ze de uitvoerbaarheid van het project in het gedrang brengen.

Zodoende is niet aangetoond dat het ontwerp op heden en in de toekomst dermate gebrekkig is dat het onuitvoerbaar zou zijn, en dat het “zeer moeilijk” zou zijn om de opmerkingen na onderhandelingen in een tweede offerte te herwerken.

12. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie van gebrek aan belang bij het middel op, gesteund op drie gronden.

In de eerste plaats hebben de verzoekende partijen in de loop van de plaatsingsprocedure geen enkele vraag of opmerking geformuleerd bij de voorgeschreven procedure inzake de mogelijkheid om te werken met een voorkeurbieder, zoals bepaald in het bestek. Het bestek bepaalt dat de inschrijvers verplicht zijn eventuele wettigheidsbezwaren tegen de inhoud van het bestek tijdig kenbaar te maken, met omschrijving van de reden van het wettigheidsbezwaar, dat het niet ontvangen van een ‘Verzoek tot Toelichting’ wordt aanzien als de uitdrukkelijke bevestiging vanwege de inschrijver dat het bestek geen enkele onduidelijkheid of onjuistheid bevat, en, dat het niet de bedoeling kan zijn om over tegenstrijdigheden in de administratieve bepalingen te onderhandelen na indiening van de offertes. Bovendien zijn de verzoekende partijen vertrouwd met de techniek van de voorkeurbieder, zoals gehanteerd door de verwerende partij, aangezien zij in andere opdrachten voor de verwerende partij werden geselecteerd (en de opdracht gegund kregen) als enige voorkeurbieder, na analyse van de eerste offertes.

In de tweede plaats hebben de verzoekende partijen, zoals blijkt uit het uitgebreide juryverslag, een architecturaal, technisch en stedenbouwkundig ondermaats dossier neergelegd, wat heeft geresulteerd in een zeer zwakke score voor de andere gunningscriteria dan de prijs. Die gunningscriteria wegen bovendien in het bestek voor 70% van het puntentotaal. Zij waren nochtans op de hoogte dat, overeenkomstig het bestek, de eerste offerte mogelijkerwijs reeds in aanmerking zou komen om de onderhandelingen op te starten met een voorkeurbieder met het oog op de indiening van een definitieve of finale offerte, en dat zelfs direct gegund kan worden op basis van de eerste offerte. Zelfs indien de verwerende partij ten onrechte de onderhandelingen zou

zijn aangevat met de eerst gerangschikte inschrijver, zou dit nog steeds geen afbreuk hebben gedaan aan de rangschikking.

In de derde plaats komen de verzoekende partijen tekort aan hun stelplicht. Zij weerleggen niet dat zij een ondermaatse offerte hebben ingediend die een onwerkbaar onderhandelingsdocument betrof. Hun offerte kon binnen de grenzen van de redelijkheid niet in aanmerking komen voor onderhandeling, te meer gelet op het kwalitatieve dossier dat reeds werd voorgelegd door de tm Dethier.

12.1. Wat het *eerste onderdeel* betreft, antwoordt de verwerende partij dat zij binnen de flexibele mededingingsprocedure met onderhandelingen volledig terecht de techniek van de “voorkeurbieder” en de “wachtkamer” heeft toegepast.

Zij verwijst naar de memorie van toelichting bij artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016, waar wordt verwezen naar artikel 109, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2011, waaromtrent het verslag aan de Koning stelt dat “de aanbestedende overheid, volgens de modaliteiten bepaald in de opdrachtdocumenten en na een eerste onderzoek van de offertes, [kan] beslissen dat zij de onderhandelingen enkel aangaat of voortzet met de inschrijvers die een offerte hebben ingediend die best aansluit bij haar behoeften”. Het is vaste rechtspraak van de Raad van State dat de toepassing van de techniek van de “voorkeurbieder” binnen de mededingingsprocedure met onderhandeling mogelijk is, zolang hierdoor de gelijkheid tussen de inschrijvers niet wordt aangetast en voor zover de opdrachtdocumenten hiervoor houvast bieden, wat te dezen het geval is. De techniek van de voorkeurbieder laat toe om met één inschrijver, namelijk de inschrijver die in het licht van de gunningscriteria eerst wordt gerangschikt, onderhandelingen te voeren met het oog op een BAFO. De toepassing van deze techniek is nuttig om de biedkosten (voor de andere inschrijvers) en de administratieve lasten en transactiekosten (voor de aanbestedende overheid) niet onnodig te laten oplopen. In die zin is de techniek van de voorkeurbieder te rechtvaardigen vanuit het zuinigheidsbeginsel.

Volgens de verwerende partij werd te dezen na de indiening van de eerste offertes duidelijk dat (i) de als eerste gerangschikte offerte van de tm Dethier architecturaal en technisch kwalitatief was, en (ii) de offerte van de verzoekende partijen architecturaal en technisch ondermaats scoorde. De keuze om alsdan de techniek van een voorkeurbieder toe te passen, wordt expliciet gemotiveerd in de beslissing van de jury van 12 mei 2023. De verwerende partij is bij de beoordeling van de offertes niet over één nacht ijs gegaan. Er is dus een daadwerkelijke mededinging geweest, op grond van het juryverslag dat maar liefst 74 pagina's telt en waarin puntsgewijs elke offerte zorgvuldig wordt geanalyseerd en getoetst aan de gunningscriteria. De offerte van de verzoekende partijen scoorde 20,2 op 40 punten voor het tweede gunningscriterium 'Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit' en 18,6 op 30 punten voor het derde gunningscriterium 'Technische kwaliteit', en meermaals onder de helft – en dus werkelijk ondermaats – op een aantal subgunningscriteria. Hun offerte was de goedkoopste, maar dat is ook het enige waarmee zij zich concurrentieel onderscheidden van de tm Dethier, die op de (belangrijke) gunningscriteria inzake kwaliteit beduidend beter scoorde. De goedkoopste prijs rechtvaardigt niet dat de verzoekende partijen een stedenbouwkundig, architecturaal en technisch ondermaatse offerte hebben ingediend. In dit kader onderstreept de verwerende partij dat de opdracht werd gegund op basis van “in globo” twee criteria, met name de prijs en de kwaliteit, maar dat zij prioriteit hecht aan de kwaliteit van de onderwijsomstandigheden, zoals ook blijkt uit de weging van de gunningscriteria en de omschrijving van de opdracht in het bestek. Bovendien zou de verwerende partij luidens het bestek zelfs in de mogelijkheid zijn geweest om te gunnen op grond van de eerste offertes of kon zij, indien de onderhandelingen met de tm Dethier niet naar wens zouden lopen, de verzoekende partijen uitnodigen om alsnog in onderhandeling te treden.

De verwerende partij verwijst naar het arrest van 2 juli 2013, nr. 224.222, waarin de Raad oordeelde dat het “niet onzorgvuldig [is] van de aanbestedende overheid om [...] slechts met één kandidaat meer te onderhandelen, namelijk de kandidaat die het beste gerangschikt werd, teneinde te komen tot contractsluiting. Er lijkt niet van een aanbestedende overheid te kunnen worden verwacht dat zij blijft onderhandelen met alle inschrijvers van toch nog als goed beoordeelde offertes”, waarbij opgemerkt moet worden dat te

dezen de offerte van de verzoekende partijen technisch ondermaats was. De techniek van de voorkeurbieder is net in het leven geroepen om de transactiekosten niet onnodig te doen oplopen, en dus om niet te moeten onderhandelen over een oninteressante en ondermaatse offerte.

Volgens de verwerende partij moet artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 worden gekoppeld aan artikel 38, § 7, van die wet, waarin wordt bevestigd dat “de mededingingsprocedure met onderhandeling in opeenvolgende fasen [kan] verlopen, zodat het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van een opdracht of een ander opdrachtdocument”. Te dezen geeft het bestek expliciet aan dat de techniek van de voorkeurbieder mag worden toegepast en dat dus het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld kan worden beperkt in het licht van de gunningscriteria. De verwerende partij heeft overwogen om ook de verzoekende partijen uit te nodigen om te onderhandelen, maar heeft – na zorgvuldige analyse – besloten dat hun offerte geen werkbaar onderhandelingsdocument betrof. Onderhandelen over een dergelijke ondermaatse offerte zou een onevenredige administratieve last veroorzaken, wat op zich al in strijd is met het zuinigheidsbeginsel, aangezien deze offerte, zoals blijkt uit het eerste juryverslag, op een ontoelaatbare wijze afweek van het bestek, het RUP 't Kasteeltje enz., en dus niet voldoende voldeed aan de “vereisten” van het bestek in de zin van artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016. De daadwerkelijke mededinging was gewaarborgd, aangezien elke inschrijver in de mogelijkheid is gesteld om een (weliswaar eerste) offerte in te dienen en deze eerste offertes zijn ontegensprekelijk zorgvuldig getoetst - in alle gelijkheid - aan de gunningscriteria. De finale contractbesprekingen opstarten met de als eerste gerangschikte inschrijver is niet onzorgvuldig, noch strijdig met het mededingingsbeginsel. Van de verwerende partij kan niet worden verwacht dat zij tot en met de BAFO-ronde inschrijvers toelaat die niet in aanmerking komen voor gunning.

Ten slotte wijst de verwerende partij erop dat, zelfs indien zij onterecht de onderhandelingen zou hebben aangevat met de eerst gerangschikte inschrijver, dit nog steeds geen afbreuk zou hebben gedaan aan de rangschikking. Integendeel, de tm Dethier was reeds als eerste gerangschikte bij indiening van de

eerste offertes en zij heeft bovendien haar offerte met liefst 7,3 punten verbeterd na BAFO, blijkens het juryverslag na BAFO van 9 november 2023.

12.2. Wat het *tweede onderdeel* betreft, antwoordt de verwerende partij dat de Raad van State in het voornoemd arrest van 2 juli 2013, nr. 224.222, benadrukt dat “het bij onderhandelingsprocedures in principe aan de aanbestedende overheid toekomt om te bepalen hoe deze zal verlopen”. De verwerende partij heeft het verloop van de mededingingsprocedure met onderhandelingen vooraf – in volledige transparantie – bepaald in het bestek. In het bestek voorzien dat er met de best gerangschikte inschrijver als voorkeurbieder kan worden onderhandeld, is niet willekeurig noch strijdig met het gelijkheidsbeginsel. De tm Dethier werd als eerste gerangschikt na een zorgvuldige analyse van de offertes van de drie inschrijvers. Het verbod van willekeur is aldus niet geschonden, nu de keuze om door te onderhandelen met de best gerangschikte steunt op een objectieve rangschikking.

De verzoekende partijen leiden uit artikel 1.5.1 van het bestek ten onrechte af dat de verwerende partij verplicht is om elke offerte die net 50% scoort op de gunningscriteria met betrekking tot de kwaliteit mee te nemen in de onderhandelingen, terwijl deze bepaling louter stelt dat een offerte slechts in aanmerking kan komen als deze de helft scoort op kwaliteit. De verwerende partij heeft zichzelf geenszins de verplichting opgelegd om elke inschrijver mee te nemen in de onderhandelingen, louter omdat deze 50% scoort. Zoals hoger geduid, scoorde de offerte van de verzoekende partijen op het tweede en het derde gunningscriterium, die door de aanbestedende overheid als belangrijk werden aangemerkt, net de helft van de punten, wat bezwaarlijk als “goed” kan worden beschouwd. De analyse van de offerte en de toekenning van de score werden uitvoerig gemotiveerd in het juryverslag en in de bestreden beslissing. Er is geen schending van het formele of materiële motiveringsbeginsel, noch van het beginsel *patere legem*.

De verzoekende partijen kunnen in geen geval voorhouden dat de verwerende partij “nieuwe gunningscriteria heeft gecreëerd”. In de jurybeslissing van 12 mei 2023 wordt beslist om “op basis van de gegeven scores op de gunningscriteria en hogerstaande argumentatie” met slechts één

voorkeurbieder te onderhandelen “met het oog op indienen van een BAFO”. De “hogerstaande” argumentatie betreft een samenvatting en gevolgtrekking van de beoordeling op basis van de gunningscriteria in het juryverslag.

12.3. Wat het *derde onderdeel* betreft, antwoordt de verwerende partij dat zij, in de “hogerstaande argumentatie” vervat in de jurybeslissing van 12 mei 2023 weliswaar erkent dat de punten voor de offerte van de verzoekende partijen dicht aanleunen bij de punten voor de offerte van de eerste gerangschikte inschrijver, maar tegelijkertijd vaststelt dat dit louter het gevolg is van de lagere prijs en dus niet van de kwaliteit van hun voorstel. De hoge puntentoekenning voor de lagere prijs in de offerte van de verzoekende partijen is veroorzaakt door de toepassing van de gehanteerde formule, zoals deze in het bestek wordt omschreven en die niet de gebruikelijke “regel van drie”-formule is. De verwerende partij heeft voor een andere formule geopteerd op grond van de ervaringen in eerdere dossiers, waaruit blijkt dat de “regel van drie” niet representatief is bij projecten met een aanzienlijk budget en wanneer prijzen worden voorgesteld die dicht aanleunen bij elkaar of bij de raming van de opdracht. Omdat deze raming reeds een hoog bedrag betrof, heeft de verwerende partij ervoor geopteerd om een formule te hanteren die prijsverschillen nog meer uitvergroot om de concurrentie aldus te bevorderen en de prijs toch enig gewicht te kunnen geven in de totale beoordeling. In dit geval dienden alle inschrijvers, behalve de verzoekende partijen, een prijs in die aanleunde bij de raming. Gelet op de zeer lage prijs die de verzoekende partijen boden, is dit disproportioneel uitvergroot in het gunningscriterium prijs, wat de werkelijke reden is waarom zij alsnog als tweede konden worden gerangschikt.

Ook daarom kan het arrest van 10 april 2019, nr. 244.228, inzake sa Bergerat Monnoyeur niet naar analogie worden toegepast. Daarin wordt vastgesteld dat niet duidelijk is waarom de als eerste gerangschikte offerte “onderscheidend” genoeg was om de als tweede gerangschikte offerte niet in aanmerking te nemen voor een onderhandeling. Dit kan te dezen wel zeer duidelijk worden vastgesteld. Voor zover de verzoekende partijen stellen dat de elf onderhandelingsrondes aantonen dat de tm Dethier geen “kant-en-klare” oplossing bood, antwoordt de verwerende partij dat er elf contactmomenten zijn geweest, maar deze niet te omschrijven zijn als uitgebreide

onderhandelingsrondes met conceptwijzigingen. Zij verwijst naar een vertrouwelijk stuk 5 ‘Toelichting en samenvatting van de elf onderhandelingsrondes’ waaruit blijkt dat sommige contactmomenten een zeer kort tijdsverloop hadden. Het bestek werd alleszins niet aangepast naar aanleiding van enige onderhandelingsronde, waardoor er geen sprake kan zijn van een essentiële wijziging. Zo werd onder meer ingepland: een inleidend contactmoment waarbij louter een plan van aanpak wordt overlopen, een afzonderlijk contactmoment waar enkel de stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit wordt besproken, een afzonderlijk contactmoment “technieken”, een afzonderlijk contactmoment over de afwerking en de omgeving, een contactmoment ter voorbereiding van het contact met vertegenwoordigers van de gemeente, een contactmoment met de gemeente enzovoort. Dat elf contactmomenten nodig zijn om tot een BAFO-offerte te komen, waarin alle facetten van het project worden overlopen om sommige beperkte punten te kunnen optimaliseren, is logisch gelet op de omvang van de opdracht en de complexiteit ervan, getuige hiervan de verschillende actoren (zoals de vergunningverlenende overheid, de dienst mobiliteit, de dienst ruimtelijke ordening) die moeten worden geraadpleegd.

Voor zover de verzoekende partijen een ongelijke behandeling afleiden uit het juryverslag na BAFO, omdat daaruit zou blijken dat de initiële offerte van de tm Dethier niet voldeed aan de maximale financiële norm van AGION, wat volgens hen “ontegensprekelijk de uitvoerbaarheid van het project” in het gedrang brengt, antwoordt de verwerende partij dat de totale prijs van de initiële offerte wel binnen het indicatieve projectbudget viel en de uitvoerbaarheid van het project aldus niet in het gedrang werd gebracht. Na de contactmomenten met het oog op de BAFO werd de offerte van de tm Dethier geoptimaliseerd zodat deze alsnog binnen deze AGION-norm viel. In het juryverslag na BAFO wordt voorts meermaals benadrukt dat geen essentiële wijzigingen werden doorgevoerd, enkel optimalisaties.

Voor zover de verzoekende partijen pogen de niet-conformiteit met het RUP Kasteel en de onnodig genomen risico’s in het kader van het verkrijgen van de omgevingsvergunning te rechtvaardigen met een verwijzing naar het feit dat hun een uitzondering zou kunnen worden toegestaan op grond

van de VCRO, onderstreept deze redenering enkel maar de onnodig genomen risico's op het vlak van kwaliteit, in de zoektocht naar een zo laag mogelijke prijs.

In zoverre de verzoekende partijen grieven hebben met betrekking tot de vastgestelde tekortkomingen en aandachtspunten die de uitvoerbaarheid van het project in het gedrang brengen, stelt de verwerende partij dat zij haar discretionaire bevoegdheid niet te buiten is gegaan wanneer zij die tekortkomingen in de offerte van de verzoekende partijen identificeert. De Raad van State is niet in de mogelijkheid om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van het bestuur.

13. Het verweer van de tussenkomenende partijen is grotendeels gelijklopend aan dat van de verwerende partij. Bijkomend merken zij nog het volgende op.

13.1. Wat het *eerste onderdeel* betreft, werpen de tussenkomenende partijen op dat de verzoekende partijen op geen enkele manier enig bezwaar hebben geuit bij het verloop van de plaatsingsprocedure zoals bepaald in het bestek. Het achteraf inroepen van deze onwettigheid ontnemt volgens hen in ieder geval de ernst aan het middel.

Volgens de tussenkomenende partijen betekent “slotfase” in artikel 80 van de wet overheidsopdrachten niet *per se* het moment waarop tot plaatsing wordt overgegaan, maar gaat het om de fase waarin de aanbestedende overheid in een context van mededinging kan vaststellen welke offerte de economisch meest voordelige offerte is. Het opmaken van een rangschikking op grond van de gunningscriteria, waarna onderhandeld wordt met één inschrijver, volstaat dus om te voldoen aan de voorwaarde van daadwerkelijke mededinging tot in de slotfase. Deze eerst gerangschikte inschrijver blijkt immers reeds de best gerangschikte in het licht van de gunningscriteria en onderhandelt louter om zijn offerte nog te optimaliseren tot een BAFO. Zij stellen voorts dat, anders dan in het door de verzoekende partijen aangehaalde arrest nr. 243.355 het geval was, te dezen wel degelijk de mededinging speelde, aangezien drie regelmatige offertes

werden beoordeeld op grond van de gunningscriteria, waarna een rangschikking is opgesteld.

In ondergeschikte orde, in het geval de Raad van oordeel is dat er niet enkel met de eerst gerangschikte inschrijver onderhandeld kan worden, wijzen de tussenkomende partijen erop dat in essentie louter optimalisatiegesprekken zijn gevoerd tussen hen en de verwerende partij. In de rechtsleer wordt verduidelijkt dat er geen sprake is van “onderhandelen” indien de besprekingen betrekking hebben op het finaliseren van de offerte. De optimalisaties die de tussenkomende partijen hebben aangebracht zijn terug te brengen tot het perfectioneren en finaliseren van hun offerte, en hebben geen betrekking op essentiële wijzigingen, zoals ook wordt benadrukt in het definitief juryverslag. Deze gesprekken hadden dus een beperkte draagwijdte, en waren specifiek erop gericht een aantal optimalisering en voordelen voor de aanbestedende overheid vast te leggen.

13.2. Wat het *tweede onderdeel* betreft, stellen de tussenkomende partijen dat uit artikel 1.5.1 van het bestek niet volgt dat met alle inschrijvers waarvan de offerte minstens 50% haalt op de voormelde gunningscriteria en regelmatig is, onderhandeld moet worden. Deze bepaling impliceert louter dat deze inschrijvers in aanmerking kunnen komen voor onderhandelingen. Indien de verzoekende partijen uitgingen van een andere lezing van artikel 1.5.1 van het bestek, mag vanuit behoorlijk deelnemerschap aangenomen worden dat ze hierover bevestiging hadden gewenst, en dus minstens een vraag gesteld zouden hebben aan de verwerende partij, wat zij niet hebben gedaan.

Uit de jurybeslissing van 12 mei 2023 volgt geenszins dat de verwerende partij rekening zou hebben gehouden met andere criteria dan de gunningscriteria. Zij heeft net wel rekening gehouden met de rangschikking opgesteld op grond van de in het bestek bepaalde gunningscriteria, en zij licht de onderliggende verschillen tussen de ingediende offertes toe. Met name volgt uit het criterium ‘Stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit van het ontwerp’ dat de offerte van verzoekende partijen zware tekortkomingen en risico’s inhoudt.

13.3. Wat het *derde onderdeel* betreft, benadrukken de tussenkomende partijen dat, zoals uit het eerste onderdeel blijkt, de verwerende partij als aanbestedende overheid het recht heeft – mede op grond van het bestek – om enkel met de eerst gerangschikte inschrijver te onderhandelen, alsook de bevoegdheid om de offertes te beoordelen en te rangschikken. Ook inzake de wijze van doorlopen van de onderhandelingen heeft de verwerende partij een ruime beoordelingsvrijheid.

Zij stellen dat de verwijzing naar arrest nr. 244.228 niet dienend is. Bij gebrek aan een gelijkaardige bestekbepaling in onderhavige zaak, kan niet worden besloten dat enkel met de eerst gerangschikte inschrijver onderhandeld zou kunnen worden indien diens offerte zich onderscheidt van de andere offertes. Het beperkt puntenverschil doet dus geen afbreuk aan de mogelijkheid van de verwerende partij om enkel met de tussenkomende partijen te onderhandelen. Dit geldt te dezen des te meer, nu het juryverslag zeer duidelijk geëxpliciteerd heeft in welke mate de offerte van de tussenkomende partijen zich onderscheidde, en wat precies de verantwoording vormde voor het verdere verloop van de plaatsingsprocedure.

Voor zover de verzoekende partijen betogen dat het doel van een mededingingsprocedure met onderhandelingen is om nog verbeteringen aan te brengen aan de offertes en dat zij dus deze mogelijkheid hadden moeten genieten, verliezen zij daarbij uit het oog dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat ervoor geopteerd kan worden om enkel met de eerst gerangschikte inschrijver te onderhandelen, reden waarom wordt aangeraden om meteen “het beste voorstel” met “de beste prijs” op tafel te leggen. De verzoekende partijen mochten dus niet de verwachting koesteren om naderhand hun offerte nog te kunnen verbeteren, laat staan dat ze te dezen een recht hiertoe kunnen claimen.

Beoordeling

Wat de excepties betreft

14. De stelling van de verwerende partij dat de verzoekende partijen onzorgvuldig zouden hebben gehandeld door niet tijdig

wettigheidsbezwaren te formuleren tegen de inhoud van het bestek, wordt op het eerste gezicht niet bijgevalen.

De verzoekende partijen lijken in dit verband ter terechtzitting aannemelijk te maken dat zij zich pas na ontvangst van de bestreden beslissing ten volle bewust zijn geworden van de wijze waarop de verwerende partij die bestekbepalingen heeft toegepast. Op grond van het bestek kon immers ook met meerdere inschrijvers worden onderhandeld.

Overigens lijkt het enkele feit dat de verzoekende partijen in de loop van de opdrachtprocedure geen bezwaar hebben gemaakt tegen bepaalde onderdelen van het bestek, hen op het eerste gezicht niet het recht te ontnemen om op te komen tegen de beslissingen die aan het einde van de procedure zijn genomen.

15. Voor zover de verwerende partij stelt dat, zelfs indien het standpunt van de verzoekende partijen zou worden gevolgd en de verwerende partij dus niet enkel met de tussenkommende partijen op grond van haar eerste offerte had mogen onderhandelen, deze laatste nog steeds de eerste gerangschikte zou zijn, kan zij evenmin worden bijgevalen. Deze veronderstelling loopt immers vooruit op het resultaat dat onderhandelingen over de eerste offerte van de verzoekende partijen had kunnen opleveren.

Voor zover de verwerende partij stelt dat zij overeenkomstig het bestek zelfs in de mogelijkheid was om meteen te gunnen op basis van de eerste offerte van de tussenkommende partijen, lijkt de vaststelling te volstaan dat zij die eerste offerte nu eenmaal niet heeft beschouwd als een definitieve offerte op grond waarvan de opdracht meteen kon worden gegund.

16. Anders dan de verwerende partij in haar nota stelt, betwisten de verzoekende partijen wel het motief dat zij een ondermaatse offerte “die een onwerkbaar onderhandelingsdocument betrof” zouden hebben ingediend. Zij doen dit zowel in het eerste onderdeel van het eerste middel als in het derde middel. Voor zover de verwerende partij betoogt dat hun offerte in redelijkheid

niet in aanmerking kon komen voor onderhandeling, houdt deze exceptie verband met de ernst van het middel, die hierna wordt beoordeeld.

17. Alle excepties worden verworpen.

Wat de ernst van het middel betreft, de drie onderdelen samengenomen

18. Artikel 38 ‘Mededingingsprocedure met onderhandeling’ van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid kan in de volgende gevallen gebruik maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling :

1° met betrekking tot werken, leveringen of diensten die aan één of meer van de volgende criteria voldoen:

[...]

b) ze bevatten ontwerp- of innovatieve oplossingen;

c) de opdracht kan niet worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico’s;

[...]

[...]

§ 4. Alleen de ondernemers die na de beoordeling van de verstrekte informatie daartoe door de aanbestedende overheid worden uitgenodigd, kunnen een eerste offerte indienen. Deze vormt de basis voor verdere onderhandelingen. De aanbestedende overheid kan, overeenkomstig artikel 79, het aantal kandidaten die tot deelneming aan de procedure worden uitgenodigd, beperken.

§ 5. Met het oog op de verbetering van hun inhoud 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. De aanbestedende overheid kan de opdrachten desalniettemin gunnen op basis van de initiële offertes zonder onderhandeling, indien zij zich de mogelijkheid daartoe heeft voorbehouden in de aankondiging van een opdracht.

Over de minimumeisen en de gunningscriteria wordt niet onderhandeld.

§ 6. Tijdens de onderhandelingen verzekert de aanbestedende overheid de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Daartoe verstrekt zij geen discriminerende informatie die bepaalde inschrijvers kan bevoordelen ten opzichte van andere. Zij stelt alle inschrijvers wier offerte niet is afgewezen overeenkomstig paragraaf 7 schriftelijk in kennis van eventuele andere wijzigingen in de technische specificaties of andere opdrachtdocumenten dan die waarbij de minimumeisen worden vastgesteld. Na deze wijzigingen biedt de aanbestedende overheid de inschrijvers voldoende tijd om hun offertes, indien nodig, aan te passen en opnieuw in te dienen.

[...]

§ 7. De mededingingsprocedure met onderhandeling kan in opeenvolgende fasen verlopen, zodat het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van een opdracht of een ander opdrachtdocument. De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van een opdracht of een ander opdrachtdocument aan of zij van deze mogelijkheid gebruik zal maken.

§ 8. Indien de aanbestedende overheid voornemens is de onderhandelingen af te sluiten, stelt zij de resterende inschrijvers daarvan in kennis en stelt zij een gemeenschappelijke termijn vast voor de indiening van nieuwe of aangepaste offertes. De aanbestedende overheid controleert of de definitieve offertes voldoen aan de minimumeisen en overeenstemmen met artikel 66, § 1, beoordeelt de definitieve offertes aan de hand van de gunningscriteria en gunt de opdracht krachtens de artikelen 79 tot 84.

Indien de aanbestedende overheid zich in de aankondiging van een opdracht het recht heeft voorbehouden geen onderhandelingen te voeren, en zij van deze mogelijkheid gebruik maakt, geldt de initiële offerte bijgevolg als definitieve offerte.

[...].”

Artikel 80 ‘Beperking van het aantal offertes en oplossingen’
van dezelfde wet luidt:

“Wanneer de aanbestedende overheid gebruik maakt van de in artikel 38, §7, en in artikel 41, § 5, bedoelde mogelijkheid tot beperking van het aantal tot onderhandelingen toegelaten offertes of van de in artikel 39, § 4, bedoelde mogelijkheid tot beperking van het aantal te bespreken oplossingen, passen zij de in de opdrachtdocumenten vermelde gunningscriteria toe. In de slotfase moet het bereikte aantal een daadwerkelijke mededinging kunnen waarborgen voor zover er voldoende offertes, oplossingen of kandidaten zijn die aan de vereisten voldoen.”

Deze bepalingen vormen een omzetting van de artikelen 26, lid 4, en 29, respectievelijk artikel 66 van richtlijn 2014/24/EU.

De memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de voornoemde wet (*Parl. St. Kamer*, 2015-16, nr. 1541/001, 77-78) vermeldt over artikel 38 onder meer het volgende:

“Paragraaf 4 herinnert eraan dat de mededingingsprocedure met onderhandeling in twee fasen verloopt. Enkel ondernemingen die het best in staat worden geacht de opdracht uit te voeren en zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden, worden immers, na bekendmaking van de

aankondiging, geselecteerd en in een tweede fase uitgenodigd tot het indienen van een offerte tegen een bepaalde datum. Deze offerte vormt de basis voor verdere onderhandelingen. Ook wordt verduidelijkt dat het aantal kandidaten die tot deelneming aan de procedure worden uitgenodigd, kan worden beperkt ('doorselectie').

Kenmerkend voor de mededingingsprocedure met onderhandeling is, zoals de term aangeeft, de onderhandeling. Paragraaf 5 herinnert immers aan de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om met de inschrijvers te onderhandelen na indiening van de offertes. Het geeft evenwel blijk van een pragmatische aanpak om de aanbestedende overheid te machtigen om, indien zij dit in de aankondiging heeft vermeld, een opdracht te gunnen op basis van de oorspronkelijke offerte zonder onderhandeling. Uiteraard kan de afwezigheid van onderhandelingen alleen om objectieve redenen gerechtvaardigd zijn.

Paragraaf 7 wijst erop dat de mededingingsprocedure met onderhandeling in opeenvolgende fasen kan verlopen om het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld te beperken. Het gebruik van die mogelijkheid dient evenwel in de aankondiging of in een ander opdrachtdocument te worden vermeld.

Paragraaf 8 verplicht de aanbestedende overheid de resterende inschrijvers te informeren over haar voornemen om de onderhandelingen af te sluiten en een gemeenschappelijke termijn vast te stellen zodat de inschrijvers eventuele nieuwe of aangepaste offertes kunnen indienen. De definitieve offertes worden beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria en vervolgens zal de opdracht gegund worden krachtens de artikelen 78 tot 83."

Artikel 38, § 8, van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft een nieuwe bepaling die niet voorkomt in de oude wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten'.

Over artikel 79 van het betrokken ontwerp (dat artikel 80 van de wet is geworden) vermeldt de memorie van toelichting (*Parl. St. Kamer*, 2015-16, nr. 1541/001, 132-133) het volgende:

"Deze bepaling is gericht op de omzetting van artikel 66 van richtlijn 2014/24/EU en handelt over de beperking van het aantal offertes en oplossingen. De bepaling komt quasi overeen met de artikelen 109, § 3, en 111, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Er wordt niet alleen verwezen naar het aantal offertes waarover onderhandeld wordt of naar het aantal te bespreken oplossingen maar ook naar een voldoende aantal

kandidaten die beantwoorden aan de voorwaarden. Inderdaad kan het probleem van de afwezigheid van voldoende mededinging zich ook stellen voor de indiening van offertes, wanneer gebruik wordt gemaakt van de concurrentiegericht dialoog. Net zoals in de richtlijn is ervoor gekozen om de beperking van het aantal offertes en oplossingen in één enkele bepaling onder te brengen. De bepaling is ook niet langer ondergebracht in het hoofdstuk dat gewijd is aan de procedures, maar wel in een afzonderlijke onderafdeling gewijd aan de beperking van het aantal kandidaten, offertes en oplossingen, wederom net zoals in de richtlijn (onderafdeling opgenomen in het hoofdstuk 4 – verloop van de procedure).

Onder ‘kandidaten [...] die aan de vereisten voldoen’ begrijpt men de kandidaten die niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een uitsluitingsgrond (verplichte of desgevallend facultatieve), in voorkomend geval wiens corrigerende maatregelen weerhouden werden en die voldoen aan de selectiecriteria (de artikelen 65 tot 70 van het ontwerp).”

19. Uit deze bepalingen, die gelden in het kader van de mededingingsprocedure met onderhandeling in de klassieke sectoren, kunnen een aantal beginselen worden afgeleid die te dezen relevant zijn.

Een aanbestedende overheid onderhandelt niet over de definitieve offertes (artikel 38, § 5).

Een aanbestedende overheid kan alsnog een opdracht gunnen zonder onderhandelingen, op grond van de initiële offertes. Zij kan dit enkel doen indien zij zich de mogelijkheid daartoe in de aankondiging van de opdracht heeft voorbehouden (artikel 38, § 5). Dit voorschrift is essentieel omdat de deelnemers aan de plaatsingsprocedure hierdoor gewaarschuwd zijn dat zij onmiddellijk hun beste offerte moeten indienen. De initiële offerte geldt dan als definitieve offerte (artikel 38, § 8, *in fine*).

De onderhandelingen kunnen in opeenvolgende fasen verlopen. Het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld, wordt in dat geval door toepassing van de gunningscriteria beperkt. De aanbestedende overheid kan ook van deze mogelijkheid enkel gebruik maken indien zij dit in de aankondiging van de opdracht of een ander opdrachtdocument heeft aangegeven (artikel 38, § 7).

Wanneer de aanbestedende overheid gebruik maakt van deze in artikel 38, § 7, bedoelde mogelijkheid tot beperking van het aantal tot

onderhandelingen toegelaten offertes, moet in de slotfase het aldus bereikte aantal offertes een daadwerkelijke mededinging kunnen waarborgen, dit voor zover er nog voldoende offertes zijn (artikel 80).

20. Een beperking van het aantal offertes waarover zal worden onderhandeld, is, zoals uit het voorgaande blijkt, in ieder geval enkel mogelijk voor zover de aanbestedende overheid in de aankondiging van de opdracht of een ander opdrachtdocument heeft aangegeven dat zij van deze mogelijkheid gebruik zal maken.

Dit is te dezen het geval.

Vooreerst blijkt zowel uit de bekendmaking van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen van 1 september 2022 als in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 4 oktober 2022 dat gebruik zal worden gemaakt van een procedure in achtereenvolgende fasen waarbij “geleidelijk” het aantal ter onderhandeling openstaande inschrijvingen wordt beperkt.

Voorts wordt het verloop van de procedure in het bestek als volgt omschreven.

“Artikel 1.2.3.5 ‘Beoordeling van de ingediende Offertes’

De Opdrachtgever zal de ingediende Offertes in eerste instantie beoordelen op hun volledigheid en regelmatigheid overeenkomstig artikel 76 KB Plaatsing. De eerste Offertes kunnen tevens worden onderworpen aan een prijs- en kostenonderzoek.

Indien een Offerte meerdere niet substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in artikel 76, paragraaf 1, derde lid, KB Plaatsing bedoelde gevolgen teweeg brengen, verschaft de Opdrachtgever de Inschrijver de mogelijkheid om deze onregelmatigheden te regulariseren vóór de eventuele onderhandelingen worden aangevat.

De Opdrachtgever behoudt zich het recht voor om de Offerte die substantieel onregelmatig is, niet nietig te verklaren, doch aan de Inschrijver de mogelijkheid te verschaffen om deze substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat. De Inschrijver kan uit deze bepaling evenwel geen rechten putten. De Opdrachtgever is geenszins verplicht de Inschrijver de mogelijkheid te bieden diens Offerte te regulariseren.

[...]

De regelmatig bevonden Offertes worden vervolgens inhoudelijk beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria (bepaald in artikel 1.5).

Een (voorlopige) rangschikking van de Inschrijvers, op basis van de eerste Offertes, zal worden opgemaakt.

Op grond van deze beoordeling zal de opdrachtgever op autonome wijze beslissen of het al dan niet aangewezen is om (bijvoorbeeld, niet-limitatief):

- onmiddellijk over te gaan tot de gunning van de Opdracht;
- te onderhandelen met de best gerangschikte Inschrijver, waarbij een of meerdere andere Inschrijvers in de ‘wachtkamer’ kunnen worden geplaatst;
- gelijktijdig/achtereenvolgens te onderhandelen met meerdere of met alle Inschrijvers;
- aan de Inschrijver(s) de mogelijkheid te geven om een BAFO (‘Best And Final Offer’) in te dienen;

De Opdrachtgever is niet verplicht om deze keuze te motiveren.

Artikel 1.2.3.6 ‘Onderhandelingen en BAFO’

De Opdrachtgever kan ervoor opteren om uitsluitend met de eerst gerangschikte Inschrijver in onderhandeling te treden louter m.o.o. een mogelijke inkorting van de duurtijd van de plaatsingsprocedure. Aan de Inschrijvers wordt derhalve aangeraden om er bij het opstellen van de eerste Offerte niet van uit te gaan dat er nog zal worden onderhandeld en meteen ‘het beste voorstel’ met ‘de beste prijs’ op tafel te leggen. Wanneer de Opdrachtgever beslist geen onderhandelingen te voeren, geldt de Eerste Offerte immers als definitieve / finale Offerte ‘Best And Final Offer’ (BAFO).

Ook de Inschrijvers die na de beoordeling van de Eerste Offertes niet worden uitgenodigd tot de BAFO-fase zullen hiervan op de hoogte worden gebracht. Het is evenwel mogelijk dat deze Inschrijvers nog worden ‘opgevist’, namelijk indien na het afsluiten van de onderhandelingen met de eerst gerangschikte Inschrijver, zou blijken dat deze BAFO niet in aanmerking komt voor de gunning van de Opdracht.

[...]

Wanneer de Opdrachtgever voornemens is de onderhandelingen af te sluiten, stelt [hij] een (gemeenschappelijke) termijn vast voor de indiening van de BAFO(s). Over de ingediende BAFO wordt niet meer onderhandeld.

De BAFO wordt (opnieuw) onderzocht o.m. op eventuele onregelmatigheden en [kan] (desgevallend opnieuw) onderworpen worden aan een prijs- of kostenonderzoek.

Vervolgens wordt er een finale rangschikking opgemaakt op grond van een inhoudelijke beoordeling van de BAFO’s aan de hand van de gunningscriteria, die nauwkeurig worden omschreven in het Bestek.”

Luidens artikel 1.2.3.7 ‘Optimalisatie, contractbespreking en gunning’ van het bestek zal de opdrachtgever met de voorkeurbieder wiens

BAFO hij het economisch meest voordelig beoordeelt nog finale contractbesprekingen aangaan.

In artikel 1.2.3.5 van het bestek wordt in de optie voorzien om “te onderhandelen met de best gerangschikte inschrijver, waarbij een of meerdere andere inschrijvers in de ‘wachtkamer’ kunnen worden geplaatst”. Anders dan de verzoekende partijen het zien, lijkt artikel 1.5.1 van het bestek op het eerste gezicht geen cijfermatige drempel van 50 % op de beide kwalitatieve gunningscriteria voorop te stellen die de verwerende partij zou verplichten een offerte voor onderhandelingen in aanmerking te nemen. Het zijn wel twee minimumdrempels om in aanmerking te kunnen komen voor onderhandelingen.

21. De verzoekende partijen werpen niet uitdrukkelijk op dat artikel 1.2.3.5 van het bestek strijdig zou zijn met artikel 38, § 7, *juncto* artikel 80 van de wet. Zij betogen wel dat deze bepaling haaks staat op het transparantiebeginsel en het verbod op willekeur.

De principiële vraag of de aanbestedende overheid (voor opdrachten in de klassieke sectoren) onder de wet overheidsopdrachten 2016 zich in het bestek nog de mogelijkheid mag voorbehouden om, na vergelijking en rangschikking van de eerste offertes, een zogenaamde “voorkeurbieder” te kiezen en de andere inschrijvers in de “wachtkamer” te plaatsen, blijkt te complex te zijn om in het kader van deze procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden uitgeklaard. Die vraag kan te dezen worden opengelaten.

De in deze zaak door de verwerende partij gevolgde werkwijze lijkt immers in elk geval niet te voldoen aan de vereisten van de artikelen 38, § 7, en 80 van de wet overheidsopdrachten 2016, en aan de beginselen van mededinging en gelijkheid die eraan ten grondslag liggen.

De voornoemde bestekbepaling, om wetsconform te zijn, dient in die zin te worden gelezen dat de aanbestedende overheid bij haar beslissing om het aantal offertes waarover onderhandeld zal worden, te beperken, ervoor moet zorgen dat een daadwerkelijke mededinging gewaarborgd blijft en de gelijkheid

tussen de inschrijvers niet wordt aangetast. Er dient bijgevolg een objectieve rechtvaardiging voorhanden te zijn die de verwerende partij zou toelaten om, door toepassing van de gunningscriteria, reeds op grond van de eerste offertes slechts één inschrijver tot onderhandelen uit te nodigen. Aangezien een objectief criterium te dezen niet voorafgaand in het bestek is bepaald, dient deze objectieve rechtvaardiging minstens te blijken uit de concrete beoordeling van die eerste offertes.

Dit blijkt niet het geval te zijn, om de hierna uiteengezette redenen.

22. De verwerende partij stelt dat zij de eerste offertes grondig en zorgvuldig heeft beoordeeld, wat blijkt uit het uitvoerig juryverslag van 12 mei 2023. Zij stelt dat blijkens dit verslag de offerte van de verzoekende partijen kwalitatief ondermaats scoorde, met scores onder de helft voor meerdere kwalitatieve subcriteria. In de jurybeslissing van 12 mei 2023 waarbij wordt beslist om de tussenkomende partijen als voorkeurbieder aan te duiden, wordt gesteld dat “de opdrachtgever het vermoeden [heeft] dat het zeer moeilijk gaat zijn om het ontwerp van de inschrijver ‘Samenwerkingsverband Ibens – DETOO’, zonder essentiële wijzigingen, tot een uitvoerbaar project om te buigen”, “gezien de zware tekortkomingen op het vlak van het functioneren van de binnenruimtes, de omgang met daglicht en (overdekte) speelzones en de extra genomen risico’s op het vlak van conformiteit aan het huidig RUP Kasteel”.

Anders dan de verzoekende partijen stellen, is dit motief in de jurybeslissing van 12 mei 2023 op het eerste gezicht terug te brengen tot de motivering opgenomen in het juryverslag van 12 mei 2023 en betreft dit geen bijkomende argumentatie, laat staan een nieuw “(gunnings)criterium”. Wel lijkt, op het eerste gezicht, voornoemd vermoeden geen voldoende reden om de verzoekende partijen niet tot onderhandelingen uit te nodigen.

In dit verband stelt de Raad van State vast dat de eerste offerte van de verzoekende partijen als regelmatig werd beschouwd, zodat deze offerte volgens het juryverslag van 12 mei 2023 lijkt te voldoen aan de minimale eisen

van het bestek. Vanuit dat oogpunt lijkt er geen beletsel om, overeenkomstig artikel 80 van de wet overheidsopdrachten 2016, ook met hen over hun eerste offerte te onderhandelen, en aldus de mededinging te waarborgen.

Voorts is het precies eigen aan de onderhandelingsprocedure dat er ruimte is om offertes aan te passen of te verbeteren. Overeenkomstig artikel 1.2.3.5 van het bestek kan de opdrachtgever de inschrijver zelfs de mogelijkheid bieden om de al dan niet substantiële onregelmatigheden te regulariseren vóór de eventuele onderhandelingen worden aangevat. Bovendien blijkt uit de motivering in de selectieleidraad (weergegeven *sub* 3.1) dat voor deze opdracht precies voor de mededingingsprocedure met onderhandeling is gekozen omdat, gelet op het aspect ontwerp (Design) de opdracht niet op voorhand volledig kan worden beschreven, “nu aan de inschrijvers zoveel als mogelijk de vrijheid en flexibiliteit wordt gelaten om invulling te geven aan de opdracht”. De verzoekende partijen lijken op het eerste gezicht aannemelijk te maken dat elk van de beweerde tekortkomingen en risico’s, in nader overleg en onderhandelingen met de verwerende partij en desgevallend met de stedenbouwkundige diensten, had kunnen worden bekeken en in voorkomend geval geremedieerd. De verwerende partij lijkt in dit verband niet dienstig te kunnen verwijzen naar het arrest van de Raad van State van 2 juli 2013, nr. 224.222. Anders dan in die zaak, is de aanbestedende overheid te dezen niet ertoe gekomen om over de eerste offerte van de verzoekende partijen te onderhandelen.

Hierbij wordt nog bedacht dat, blijkens voornoemd juryverslag van 12 mei 2023, het verschil tussen de eerste offerte van de tussenkomende partijen en die van de verzoekende partijen, na beoordeling op alle gunningscriteria, slechts twee punten bedroeg. Daargelaten of de kritiek van de verzoekende partijen op die beoordeling in het derde middel ernstig is, lijkt dit puntenverschil op het eerste gezicht niet onoverbrugbaar in geval van onderhandelingen.

In dit verband lijkt de werkwijze van de verwerende partij om in het juryverslag van 9 november 2023 de BAFO-offerte van de tussenkomende partijen opnieuw te vergelijken met de eerste offertes van de andere inschrijvers,

waaronder die van de tussenkomende partijen, met een verschil van 9,3 punten tot gevolg, niet correct te zijn. Evident is er een onderscheid tussen een BAFO dat het resultaat is van onderhandelingen na een eerste en zelfs tweede offerte, en eerste offertes waarover niet werd onderhandeld, zodat de BAFO na onderhandelingen en de niet-onderhandelde eerste offertes niet met elkaar kunnen worden vergeleken.

De verzoekende partijen maken bijgevolg op het eerste gezicht aannemelijk dat de verwerende partij, nu zij aan de tussenkomende partijen op de hiervoor beschreven wijze de kans heeft geboden hun eerste offerte te verbeteren tijdens onderhandelingen, zij deze kans ook aan de verzoekende partijen had moeten bieden.

23. De tussenkomende partijen voeren als tegenargument aan, “in het geval de Raad van oordeel is dat er niet enkel met de eerst gerangschikte inschrijver onderhandeld kan worden”, dat in essentie louter optimalisatiegesprekken met het oog op een BAFO zijn gevoerd en er geen sprake is geweest van “onderhandelen”; dat bijgevolg ook in die optiek geen schending van de artikelen 4, 38, §7 en 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het mededingingsbeginsel zou voorliggen. Ook de verwerende partij zet uiteen dat er geen sprake is geweest van essentiële wijzigingen, en aldus van een ongelijke behandeling.

Blijkens de als vertrouwelijk neergelegde stukken, die de Raad van State heeft kunnen inzien, lijken de gevoerde onderhandelingen op het eerste gezicht niet te kunnen worden gereduceerd tot “finale contractbesprekingen” zoals de tussenkomende partijen stellen. Uit het als vertrouwelijk neergelegde stuk 5 ‘Toelichting en samenvatting van de elf onderhandelingsrondes’, stuk 6 ‘Plan van aanpak Onderhandeling met TM Dethier’ en stuk 7 ‘Instructies BAFO aan TM Dethier’, blijkt dat een groot aantal vragen en punten werden opgelijst die nog besproken dienden te worden in de onderhandelingsprocedure, en lijkt aan de tussenkomende partijen zelfs een “eerste tussentijdse offerte” te zijn gevraagd. Er blijkt samen met de verwerende partij te zijn onderzocht welke maatregelen mogelijk zijn met een budgettair gunstiger resultaat, zonder grote impact op het ontwerp en zonder negatieve

impact op de bruto vloeroppervlakte, wat heeft geresulteerd in een lagere offerteprijs die, anders dan de eerste offerte, wel voldoet aan de maximale financiële norm van AGION. Voorts lijken de verzoekende partijen terecht erop te wijzen dat uit het juryverslag van 9 november 2023 nog belangrijke “aandachtspunten” op het vlak van de eerste uitrusting, bouwkost en buitenaanleg blijken, die zouden zijn verholpen, onder meer op basis van “het voortschrijdend inzicht van de Scholengroep SCOOP”. Uit het loutere feit dat de BAFO van de gekozen inschrijver ten opzichte van zijn eerste offerte 7,3 punten meer heeft gescoord, lijkt reeds op het eerste gezicht te moeten worden afgeleid dat de beweerde optimalisaties significant zijn.

Voor zover de verwerende partij nog stelt dat zij luidens artikel 1.2.3.5 van het bestek zelfs in de mogelijkheid zou zijn geweest om onmiddellijk te gunnen op grond van de eerste offerte van de tussenkomende partijen, zonder onderhandelingen, blijkt uit wat voorafgaat dat zij die eerste offerte niet als een dergelijke definitieve offerte heeft beschouwd en de onderhandelingen wel noodzakelijk zijn gebleken om te garanderen dat de betrokken offerte zou voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid, al was het maar wat de prijs betreft.

24. Uit al wat voorafgaat, volgt dat de verwerende partij, in de concrete omstandigheden van de zaak, door haar werkwijze te dezen onvoldoende de gelijkheid van de inschrijvers, en aldus de daadwerkelijke mededinging, heeft gewaarborgd, en zodoende de artikelen 38, § 7, en 80 van de wet overheidsopdrachten 2016 heeft geschonden.

VIII. Besluit

25. Het eerste middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

IX. Kosten

26. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Bouwbedrijf Dethier, de bv OSK-AR Architecten en de bv Karma-Architecten, samen vormend een tm, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van GO! Onderwijs van de Vlaamse gemeenschap van 20 november 2023, waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Overijse - Nieuwbouw voor de Basisschool ’t Kasteeltje – Design & Build’ wordt gegund aan de tm Dethier - OSK-AR -KARMA.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op achttien januari tweeduizend vierentwintig, 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