

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 145.026 van 26 mei 2005
in de zaak A. 158.284/XII-4324.**

In zake : de NV DENYS,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Mertens,
kantoor houdende te Gent,
Bagattenstraat 124

tegen :

de KATHEDRALE KERKFABRIEK VAN SINT-BAAFS TE
GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaten M. Storme en P. Aerts,
kantoor houdende te Gent,
Coupure 5.

tussenkomen de partij :

de NV MONUMENT VANDEKERCKHOVE,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Van Hout,
kantoor houdende te Berlaar,
Markt 78.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Denys op 10 december 2004
heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

- “- de beslissing van de Kathedrale Kerkfabriek van Sint-Baafs te Gent van 9 november 2004, aan de verzoekende partij meegedeeld per aangetekende brief van 16 november 2004, waarbij de opdracht 'Restauratie van de lichtbeuk van het koor van de Sint-Baafskathedraal te Gent - Fase 1' werd gegund aan de NV Monument Vandekerckhove uit Ingelmunster en waarbij diezelfde opdracht aldus niet aan de verzoekende partij werd toegewezen

- de beslissing van de Kathedrale Kerkfabriek van Sint-Baafs te Gent tot vaststelling van het bijzonder bestek nr. 922/3841 toepasselijk op de voormelde algemene offerteaanvraag tot restauratie van de lichtbeuk van het koor van de Sint-Baafskathedraal te Gent, de datum van de beslissing voor de verzoekende partij niet bekend zijnde, in zoverre daarin (1) de volgende gunningscriteria met volgende waardebepalings werden gesteld :
 - 1° [...]
 - 2° [...]
 - 3° [...]
 - 4° [...]
 - 5° [...](2) in de technische bepalingen, op p. 51.b e.v. de volgende technische specificaties en kenmerken worden vastgesteld van de bij het uitvoeren van de opdracht te gebruiken Doornikse steen : [...]”;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de nietigverklaring vordert van dezelfde beslissingen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur L. Vermeire;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 4 mei 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 mei 2005;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat B. Poelemans, die loco advocaat J. Mertens verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat P. Aerts, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat L. Van Hout, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. De tussenkomst.

Overwegende dat de NV Monument Vandekerckhove met een verzoekschrift van 28 december 2004 vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

2. De gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

Het op de in het geding zijnde opdracht toepasselijke bijzonder bestek bevat de volgende gunningscriteria met hun puntenweging (Algemene Bepalingen, blz. 7 a) :

“Artikel 115

Vrije varianten worden niet in overweging genomen.

De gunningscriteria hebben de volgende waardeverdeling (totaal : 100 punten) :

- 1° waarborgen op vlak van stabiliteit van de kathedraal gepreciseerd aan de hand van de beschrijving van de uitvoeringswijze : 30 punten;
- 2° aanpak van de werken in functie van de veiligheid van werknemers van de aannemers, gebruikers en derden : 25 punten;
- 3° de kostprijs : 20 punten;
- 4° het aandeel van de werken dat door de inschrijver zelf zal worden uitgevoerd, of door een onderneming zal worden uitgevoerd;
waarin de inschrijver de meerderheid van het geplaatste kapitaal bezit of waarin hij beschikt over de meerderheid van de stemmen die verbonden zijn aan de door de onderneming uitgegeven aandelen of waarin de inschrijver meer dan de helft van de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend orgaan of toezichthoudend orgaan van de onderneming kan aanwijzen.
Hierbij geldt als optimum dat hij 100 % van de opdracht zelf uitvoert (bewijsvoering volgt uit de offerte) : 15 punten;

5° voorstellen om de gebruiks- en visuele hinder te minimaliseren (binnen en buiten) : 10 punten.”.

Deze bepaling wordt aangevochten evenals de volgende bepaling in de technische specificaties (blz. 51 b) inzake de aan te wenden Doornikse steen :

“De Doornikse steen moet gewonnen worden uit vorstbestendige banken. Hiertoe worden geen explosieven gebruikt.

Enkel de banken uit de geologische grijze laag (banc de gris) en de 1° en 2° chocolat komen hiervoor in aanmerking. (cfr. Ch. Cammerman)

De steen moet helder zijn van klank, vorstbestendig en zuiver van structuur. De breukvlakken zullen een glad oppervlak vertonen en moeten vrij zijn van wateraders. De steen moet beantwoorden aan een minimumbreukweerstand van 1000 kg/cm² en aan een maximumporositeit van 1,30 % vol. bepaald onder een vacuum van 610 mm. Hg. (=82 kPa)”.

Blijkens het aanbestedingsverslag worden drie offertes ingediend : door de THV Verstraete & Van Hecke NV - NV Building - NV Willemen, door de verzoekende partij en door de tussenkomende partij, met inschrijvingsbedragen na rekenkundige controle en verbetering in dat verslag bepaald worden op respectievelijk 6.575.260,87 euro, 5.263.509,26 euro en 5.490.546,71 euro (telkens BTW uitgezonderd).

In een bijlage bij haar offerte wijst de verzoekende partij er “in verband met alle posten waarvan de prijs in functie is van de levering van Doornikse steen” op, dat de beschrijving van deze steen in het bestek noodzakelijkerwijze leidt tot een bepaalde groeve zodat hierdoor een ongelijkheid tussen de inschrijvers zou kunnen ontstaan aangezien zeer aannemelijk is dat een inschrijver die met deze groeve in handelsrelatie staat via het alleenrecht voor het verzagen in onderaanneming van ruwe steen, deze steen tegen voordeligere voorwaarden verkrijgt dan de concurrentie, aan wie geen onverzaagde ruwe steenblokken worden geleverd. Tegelijk wordt gesteld dat die bemerking onder geen beding een voorbehoud uitmaakte.

In een aanbestedingsverslag van 8 november 2004, opgesteld door een architectenbureau en een studiebureau, wordt, na een administratieve en een

rekenkundige controle, in het kader van het onderzoek van de selectiecriteria vastgesteld dat de verzoekende partij en de tussenkomende partij aan de selectiecriteria voldoen maar niet de THV Verstraete & Van Hecke NV - NV Building - NV Willemen.

Vervolgens worden de offertes van de verzoekende partij en de tussenkomende partij als volgt aan de gunningscriteria getoetst :

“Keuze van de contractant (gunningscriteria)

[...]

Denys nv

1. Waarborgen stabiliteit : 25/30.

- Behoorlijke nota over de algemene aanpak van de problemen.
- Goede benadering van de stabiliteit van de werkvloer en steigers.
- Goede aanpak van het probleem van de doorgezakte ribben.
- Hoewel de werkzaamheden behoorlijk worden beschreven ontbreekt toch de logische opeenvolging ervan.
- De behandeling van de natuursteen krijgt op plaatsen waar het voor de stabiliteit belangrijk wordt, wel wat te weinig aandacht.

2. Veiligheid : 25/25

- Voortreffelijke risico-analyse.
- Goed algemeen veiligheidsplan.
- Plans van de steigers zijn goed uitgewerkt.
- Goed evacuatieplan

3. Kostprijs : 20/20

4. Eigen werk : 80 %

50% eigen werk is de ondergrens en staat voor 0 punten. De resterende 50% is te quoteren op 15 punten. (1% = 0,3 punten)

$80\% - 50\% = 30\% \Rightarrow 30 \times 0,3 = 9,00/15.$

5. Gebruiks- en visuele hinder : 10/10. De voorstellen om de hinder te minimaliseren, in meer dan het bestek reeds inhoud, zijn als volledig en ontvankelijk te beschouwen.

Monument Vandekerckhove nv

1. Waarborgen stabiliteit : 30/30.

- Zeer goede nota over de algemene aanpak van de problemen.
- Goede benadering van de stabiliteit van de werkvloer en steigers.
- Goede aanpak van het probleem van de doorgezakte ribben.
- Goede beschrijving van de uit te voeren werken, met gedetailleerd stappenplan, waaruit de onderlinge samenhang blijkt en aangetoond wordt wat de juiste opeenvolging moet zijn.
- Goede beschrijving van hoe krachten worden opgenomen bij het wegnemen van dragende stenen.
- Belangrijke specifieke maatregel : de werkvloer zal worden verankerd aan de draagstructuur van het hoogkoor. Hierdoor ontstaat een

bijkomende trek-drukschoor over de volledige platte grond en op de hoogte van het triphorium. Dit is een bijzondere maatregel om de stabiliteit van het gebouw extra te beveiligen.

2. Veiligheid : 25/25.

- Voortreffelijke risico-analyse.
- Goed algemeen veiligheidsplan.
- Plans van de steigers zijn goed uitgewerkt.
- Goed evacuatieplan.

3. Kostprijs : $(5.263.509,26/5.490.546,71) \times 20 = 19,17/20$.

4. Eigen werk : 94,22 %

50% eigen werk is de ondergrens en staat voor 0 punten. De resterende 50% is te quoteren op 15 punten. (1% = 0,3 punten)

$94,22\% - 50\% = 44,22\% \Rightarrow 44,22 \times 0,3 = 13,27/15$.

5. Gebruiks- en visuele hinder : 10/10. De voorstellen om de hinder te minimaliseren, in meer dan het bestek reeds inhoud, zijn als volledig en ontvankelijk te beschouwen. [...]”.

Dit leidt tot de volgende rangschikking :

“Samenvatting

Naam criterium	Tijdelijke Handelsvennootschap Verstraete & Vanhecke nv - Building nv - Willemen nv.	Denys NV	Monument Vandekerckhove nv
1 (stabiliteit)	15/30	25/30	30/30
2 (veiligheid)	20/25	25/25	25/25
3 (kostprijs)	16,01/20	20,00/20	19,17/20
4 (eigen werk)	12,62/15	9,00/15	13,27/15
5 (bep. hinder)	10/10	10/10	10/10
Totaal	73,63/100	89,00/100	97,44/100”.

Het voorstel wordt gedaan de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij voor een bedrag van 6.643.561,52 euro, BTW inbegrepen.

Op 9 november 2004 beslist de kerkraad van de Kathedrale Kerkfabriek van Sint-Baafs, met verwijzing naar dit verslag, namens de Kerkfabriek voor gezien en goedgekeurd ondertekend en waarvan de conclusie uitdrukkelijk wordt bijgetreden, om de opdracht voor de restauratiewerken aan de Sint-Baafskathedraal te Gent - fase 1 : de lichtbeuk van het koor, onder voorbehoud van goedkeuring door

de hogere overheid, toe te wijzen aan de tussenkomende partij voor een bedrag van 6.643.561,52 euro, BTW inbegrepen, en wel als volgt :

“• Gelet op de beslissing dd° 5 december 2002 van de Kerkfabriekraad betreffende uitvoering van restauratiewerken aan de Sint-Baafskathedraal te Gent - fase 1 : De lichtbeuk van het koor.

[...]

- Gelet op het proces-verbaal van opening der aanbiedingen dd° 8 maart 2004.
- Gelet op het arrest van de XII-de kamer van de Raad van State dd° 6 mei 2004 waarbij de schorsing werd bevolen van de tenuitvoerlegging van het besluit van de Kathedrale Kerkfabriek tot vaststelling van artikel 93 van het bijhorend bestek.
- Overwegende dat hierdoor geen gevolg kon gegeven worden aan de voormelde aanbestedingsprocedure.
- Overwegende dat de procedure is herbegonnen op basis van een aangepast bestek.

[...]

- Gelet op het verslag dd° 8 november 2004 van architectenbureau Bressers B.v.b.a. en studiebureau Riessauw nopens de uitslag van de aanbesteding.
- Overwegende dat, blijkens dit verslag, de in alle opzichten gunstigste aanbieding werd afgeleverd door N.V. Monument Vandekerckhove, Oostrozebekestraat 54 te 8770 Ingelmunster en 5.490.546,71 Euro bedraagt + 1.153.014,81 Euro (B.T.W.) = een totaal van 6.643.561,52 Euro.
- Overwegende dat de kerkfabriekraad de conclusie van voormeld verslag bijtreedt”;

3. De excepties.

Overwegende dat de verwerende partij en de tussenkomende partij excepties opwerpen betreffende de ontvankelijkheid van de vordering; dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om over deze excepties uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak over die excepties slechts noodzakelijk zouden zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is;

4. De grondvoorwaarden tot schorsing.

4.0. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

4.1.1. Overwegende dat een eerste middel in zijn eerste onderdeel steunt op “schending van artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van artikel 115 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van de algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, en de zuinigheidsplicht”; dat daartoe in essentie wordt betoogd hetgeen volgt :

“[...]

In casu moet vooreerst worden vastgesteld dat de verwerende partij maar 20 van de 100 punten heeft toegekend aan de prijs, en aan dat toch belangrijk criterium om te komen tot de economisch meest voordelige offerte een onredelijk klein gewicht heeft toegekend in vergelijking met de vereisten van waarborgen van stabiliteit en veiligheid, aan welke criteria samen 55 punten van de 100 werden toegekend.

In een opdracht van restauratie van een historisch gebouw, zoals deze, is het nochtans redelijk dat de prijs minstens een belangrijke rol, bijv. minstens voor de helft van de toe te kennen punten, speelt bij de beoordeling van de offertes om de economische gunstigste aan te duiden : het vinden van een goede prijs/kwaliteit verhouding van de uit te voeren restauratiewerken is het doel. Andere criteria, zoals bijv. eigen creativiteit, eigen concept, architecturale of esthetische waarde, die het belang van de prijs relatief zouden kunnen verminderen bij opdrachten waar die zaken wel belang hebben, kunnen i.c. geen enkele rol spelen bij de beoordeling.

De zuinigheidsplicht, als toepassing van het redelijkheidsbeginsel bij het nemen van financiële beslissingen, impliceert dat de overheid die verschillende keuzemogelijkheden heeft, niet de beslissing neemt die haar financiën nodeloos bezwaart [...].

Hoewel de duurdere keuze gerechtvaardigd kan worden door andere criteria, moet het uiteraard gaan om criteria die het verantwoord maken dat de prijs een minder belangrijke rol speelt en/of die alleszins als toewijzingscriterium kunnen worden opgelegd.

De vereisten om de stabiliteit en de veiligheid te waarborgen kunnen, op voorwaarde dat de inschrijvers daaraan op een bepaalde minimale wijze voldoen en dat de kwaliteit van de uit te voeren werken dus gewaarborgd is, in alle redelijkheid toch geen groter verschil maken in de keuze van de gunstigste offerte dan het verschil in de geboden prijs. Stabiliteit van bouwwerken en veiligheid op een bouwwerf zijn wettelijke verplichtingen van dwingend recht of openbare orde.

De veiligheid op de bouwplaats kan volgens de rechtsleer zelfs geen gunningscriterium zijn, vermits 'het in mededinging stellen van de veiligheid, met andere woorden van een eis van openbare orde, ongehoord zou zijn; iets is veilig of is het niet; men kan zich niet indenken dat sommigen zouden weigeren de wet toe te passen, of deze slechts ten belope van 50 of 80 % wensen toe te passen'. Het treffen van veiligheidsvoorwaarden die in het positieve recht zijn opgelegd is dus uitsluitend een voorwaarde voor de goede uitvoering van de opdracht [...].

Verder moet worden vastgesteld dat de verwerende partij, met het opnemen van het eerste criterium m.b.t. het waarborgen van de stabiliteit, de uiteindelijk gekozen inschrijver de NV Monument Vandekerckhove duidelijk heeft beoordeeld.

Deze had immers belangrijke voorkennis inzake de stabiliteit van de Sint-Baafs kathedraal ingevolge de onderhandse opdracht die door deze inschrijver werd uitgevoerd midden 1998, waarbij voorlopige stabiliteitswerken werden uitgevoerd teneinde de stabiliteit van het koor van de Sint Baafs kathedraal voorlopig te garanderen in afwachting van precies de onderhavige opdracht van definitieve restauratie.

Aldus had één van de slechts twee regelmatige inschrijvers voor de opdracht belangrijke voorkennis m.b.t. het belangrijkste gunningscriterium, wat een schending uitmaakt van het redelijkheidsbeginsel, maar vooral van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel”;

Overwegende dat artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993 bepaalt dat bij een algemene of beperkte offerteaanvraag de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek of eventueel in de aankondiging van de opdracht en dat de gunningscriteria betrekking moeten hebben op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, de prijs, de technische waarde, het esthetisch en functioneel karakter, de milieukenmerken, sociale en ethische overwegingen, de kosten van het gebruik, de rentabiliteit, de dienst naverkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de termijn na levering en uitvoering; dat artikel 115 van het

voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 onder meer bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht en dat de aanbestedende overheid, onverminderd de wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten, in het bestek of eventueel in de aankondiging al de gunningscriteria vermeldt, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang en dat in dat geval die volgorde in het bestek of in de aankondiging wordt vermeld, en, indien niet, de gunningscriteria dezelfde waarde hebben;

Overwegende dat de opdracht te dezen is toegewezen volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag en op bladzijde 7.a. van het bestek de gunningscriteria zijn vermeld met hun respectieve puntenweging; dat de regelmatig bevonden offertes aan deze criteria werden getoetst met gebruik van die puntenwaarde; dat de verzoekende partij niet lijkt aan te tonen waarom de aan de diverse gunningscriteria verleende waardebepaling, voor een opdracht als de in het geding zijnde, strijdig zou zijn met een van de ingeroepen rechtsregels en beginselen; dat meer bepaald niet lijkt aangetoond waarom de waarde gehecht aan het criterium prijs van 20 op 100 te dezen een “onredelijk klein gewicht “ zou zijn of, zoals de verzoekende partij stelt, minstens de helft van de punten zou moeten vertegenwoordigen; dat, los van het feit dat de Raad bezwaarlijk dit laatste kan vaststellen zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen, anders dan bij aanbesteding, te dezen de prijs niet het enige criterium kan zijn en dat, rekening houdend met de aard van de opdracht -restauratie van een beschermd monument waar zich blijkbaar reeds stabiliteitsproblemen stelden en dat toegankelijk dient te blijven tijdens de werken- het niet onterecht lijkt dat veel belang wordt gehecht aan de waarborgen inzake stabiliteit en veiligheid naast onder meer ook de maatregelen om gebruiks- en visuele hinder te beperken; dat prima facie ook niet wordt aangetoond waarom de veiligheid op de bouwplaats geen gunningscriterium mag zijn; dat er immers op het eerste gezicht geargumenteed kan worden dat, zelfs wanneer de stabiliteit en veiligheid besteisen zijn die voor de goede uitvoering van de werken 100 % gewaarborgd moeten worden, dit ook gunningscriteria kunnen zijn in de mate zij inhouden dat beoordeeld wordt welke

offerte het beste waarborgt dat aan die vereiste wordt voldaan; dat het aldus prima facie ook hier gaat om een criterium dat betrekking heeft op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, zoals vermeld in artikel 16 van de meervermelde wet; dat ten slotte, wat het vermeende voordeel voor de tussenkommende partij betreft bij het criterium stabiliteit, niet lijkt te worden betwist dat de tussenkommende partij voorheen een aantal dringende veiligheidswerken in de kathedraal uitvoerde, zij het volgens de tussenkommende partij niet na een onderhandse opdracht maar na een offerteaanvraag; dat echter in de huidige stand van de procedure geen regel of beginsel voorhanden blijkt die belet dat wie reeds eerder een opdracht uitvoerde nooit zou mogen inschrijven voor een gelijkaardige of verwante opdracht bij het zelfde bestuur, zeker niet wanneer te dezen blijkt het dossier de restauratieplannen en stabiliteitsplannen bij het bestek werden gevoegd zodat ook de verzoekende partij, wat de stabiliteit betreft, met kennis van zaken een offerte indiende; dat de verzoekende partij trouwens niet in concreto lijkt aan te tonen waarom deze plannen daartoe niet voldoende zouden zijn; dat het eerste onderdeel niet ernstig is;

4.1.2. Overwegende dat een tweede onderdeel van het eerste middel steunt op :

“schending van 85 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van het gelijkheidsbeginsel en van het artikel 1, § 1 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.”

dat daartoe nader wordt betoogd, samengevat : de verwijzing in het bestek naar de te gebruiken Doornikse steen is strijdig met het ingeroepen artikel 85 aangezien maar één groeve deze steen met de in het bestek vereiste kenmerken verkoopt terwijl dit artikel verbiedt technische specificaties of kenmerken van een product vast te stellen die bij voorbaat een product van een bepaalde herkomst bevoordelen of uitsluiten; bovendien is “Pierre de Tournai” een gedeponeerd merk hetgeen in een bestek volgens artikel 85 niet mag worden aangeduid; aangezien volgens deze groeve zelf de Doornikse steen volwaardig kan worden vervangen door andere stenen is deze specificatie ook niet onontbeerlijk ten opzichte van het voorwerp van de opdracht;

deze besteksbepaling vervalst de concurrentie en is dus strijdig met het ingeroepen artikel 1 van de wet en het gelijkheidsbeginsel aangezien de groeve weigert ruwe onverzaagde steen te verkopen en enkel verzaagde stenen wenst te verkopen, zogenaamd om de kwaliteit te waarborgen terwijl voor het verzagen een exclusiviteitscontract met de tussenkommende partij bestaat die dan ook ongetwijfeld veel goedkoper kan inkopen minstens een kostenvoordeel heeft op het vlak van transport en goederenbehandeling terwijl de totale waarde van de Doornikse steen 27 % van de inschrijvingsprijs is; het argument dat ook de tussenkommende partij de verzaagde stenen integraal moet terugbezorgen en deze nadien tegen dezelfde prijs als anderen bij de groeve moet aankopen, gaat niet op aangezien de verzoekende partij in het verleden verzaagde stenen juist bij de tussenkommende partij moest ophalen terwijl inzake de prijs de voorgelegde offertes van 2002 niets bewijzen aangezien dat eenzijdige stukken zijn en niet blijkt wanneer het exclusiviteitscontract werd gesloten; tenslotte is het argument dat de exclusiviteit de kwaliteit moet waarborgen weinig valabel aangezien de verzoekende partij reeds klachten moest formuleren met betrekking tot de kwaliteit van de geleverde Doornikse steen zodat de besteksbepaling zeer riskant is aangezien, wanneer de groeve de gevraagde kwaliteit niet meer kan leveren of haar productie om de één of andere reden stilvalt, de uitvoerder zich niet eens elders kan bevoorraden alhoewel er alternatieven zijn;

Overwegende dat artikel 1, § 1 van de voormelde wet van 24 december 1993 bepaalt hetgeen volgt :

“De overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in naam van de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4 worden gegund na mededinging en op forfaitaire grondslag, volgens de wijzen bepaald in titel II van dit boek doch onder voorbehoud van wat in § 2 van dit artikel en in artikel 2 is voorzien”;

dat artikel 85 van het ingeroepen koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt :

“Technische specificaties die produkten vermelden van een bepaalde makelij of herkomst of bijzondere werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, mogen niet gebruikt worden tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht.

Het is met name verboden merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of produktie aan te duiden. Een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding ‘of daarmee overeenstemmend’ is evenwel toegestaan wanneer het niet mogelijk is door middel van voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de opdracht te geven”;

Overwegende dat te dezen in het bestek (hoofdstuk III - Technische Bepalingen) op bladzijde 49 b en volgende, regels zijn opgenomen inzake natuursteen; dat op bladzijde 51 b en volgende de vereisten beschreven worden voor Doornikse steen, witte natuursteen en blauwe hardsteen; dat in het middelonderdeel verzoekende partij betreffende de Doornikse steen de volgende bepalingen betwist :

“De Doornikse steen moet gewonnen worden uit vorstbestendige banken. Hiertoe worden geen explosieven gebruikt. Enkel de banken uit de geologische grijze laag (banc de gris) en de 1° en 2° chocolat komen hiervoor in aanmerking. (cfr. Ch. Cammerman)

De steen moet helder zijn van klank, vorstbestendig en zuiver van structuur. De breukvlakken zullen een glad oppervlak vertonen en moeten vrij zijn van wateraders. De steen moet beantwoorden aan een minimumbreukweerstand van 1000 kg/cm² en aan een maximumporositeit van 1,30 % vol. bepaald onder een vacuüm van 610 mm.Hg. (= 82kPa).”;

dat de verzoekende partij in dit middelonderdeel, en verwerende partij noch tussenkomende partij lijken zulks te betwisten, beweert dat slechts één welbepaalde groeve, n.v. Carrières Lemay uit Vaulx-Tournai, deze steen met deze kenmerken kan verkopen en leveren; dat blijkens een verklaring van deze groeve in een brief van haar raadsman van 13 oktober 2003, in antwoord op een brief van de raadsman van de verzoekende partij van 6 oktober 2003 over beweerd misbruik van machtspositie, briefwisseling die kadert in een ander restauratiedossier, “Pierre de Tournai” zelfs een gedeponeerd merk is; dat de verwerende partij niet lijkt te betwisten dat de verwijzing naar Doornikse Steen met de voornoemde bijzondere kenmerken zou kunnen worden aangemerkt als een vermelding van een product “van een bepaalde makelij of herkomst”, zoals bedoeld in artikel 85 en zoals de verzoekende partij zonder meer lijkt aan te nemen; dat, los van die kwalificatiekwestie, op het eerste gezicht lijkt te mogen worden aangenomen dat het logisch is dat voor de restauratie van de Sint-Baafskathedraal gebruik wordt gemaakt van dezelfde steen die vroeger werd

gebruikt en die nog aanwezig is, blijkens de voorgelegde detailtekeningen en plannen, onder meer dus Doornikse steen, zodat op plaatsen waar Doornikse Steen gebruikt werd, deze ook tijdens de restauratie wordt gebruikt en dat in die zin het voorgeschreven gebruik van die steen “onontbeerlijk” is, zeker wanneer de verwerende partij beweert, en daarin niet wordt tegengesproken door de verzoekende partij, dat de restauratie anders niet door Monumenten en Landschappen zou zijn goedgekeurd; dat in de technische bepalingen (blz. 49.b) trouwens ook wordt voorgeschreven dat alle gedemonteerde natuurstenen in de mate van het mogelijke opnieuw zullen worden gebruikt; dat aldus minstens in de huidige stand van de procedure moet worden vastgesteld dat het gebruik van Doornikse steen als specificatie, indien zij valt onder artikel 85, eerste lid, van de voormelde wet, in de bewoordingen van dat artikel toegelaten is omdat zij “onontbeerlijk” is ten opzichte van voorwerp van de opdracht;

Overwegende dat hiertegenover wel staat, enerzijds, dat door de verwerende partij geen verantwoording wordt gegeven of en waarom het voormelde gegeven ook de voornoemde bijzondere kenmerken vereist en, anderzijds, dat de voornoemde groeve in kwestie, die, volgens de op dat punt niet gemotiveerd tegengesproken verzoekende partij, als enige dergelijke steen met de gevraagde kenmerken zou kunnen leveren, in de voornoemde brief van 13 oktober 2003, geschreven in het kader van de restauratie van de Sint-Niklaaskerk te Gent, zelf verwijst naar het feit dat Doornikse steen ook vervangen kan worden door andere types steen zoals “petit granit” en “pierre de Mazy”; dat de verwerende en de tussenkomen partijen dit gegeven niet expliciet ter sprake brengen, maar uit de stukken van de verzoekende partij al evenmin blijkt dat de vervangbaarheid waarvan sprake in de voornoemde brief van 13 oktober 2003 ook geldt voor Doornikse steen met de nadere specificaties waarvan sprake in het voorliggende bestek, vaststelling die des te meer klemmt aangezien met name de schorsing wordt gevraagd van deze nadere specificaties; dat deze vaststellingen aldus geen afbreuk lijken te kunnen doen aan de voorgaande conclusie betreffende de toepasselijkheid van artikel 85, eerste lid;

Overwegende dat voorts artikel 85, eerste lid, tevens vereist dat bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld;

Overwegende dat te dezen op het eerste gezicht niet blijkt dat de verzoekende partij door deze clause werd uitgesloten; dat zij trouwens ook niet beweert dat zij door deze vereiste geen besteksconforme offerte kon indienen; dat zij wegens niet conformiteit ook niet geweerd werd; dat bij geen van de drie inschrijvers trouwens op dit punt een opmerking werd gemaakt;

Overwegende dat, wat het mogelijk prijsvoordeel voor de tussenkomen de partij betreft, de verzoekende partij ten slotte enkel gewag maakt van een exclusief contract voor het verzagen van deze steen dat de tussenkomen de partij zou hebben zodat ze goedkoper zou kunnen inkopen, minstens een voordeel zou hebben inzake goederenbehandeling en transport; dat in ieder geval in september 2002, toen op het eerste gezicht blijkt de door verzoekende partij zelf voorgelegde briefwisseling deze beweerde exclusieve relatie inzake verzagen reeds bestond, de groeve in kwestie voor verzaagde steen dezelfde prijs bood aan de verzoekende en de tussenkomen de partij, prijs die geldt vanaf hun werkplaatsen (“départ nos ateliers”), zodat de vraag gesteld kan worden of er inderdaad sprake is van een goedkopere inkoop prijs; dat er anderzijds wel het feit is dat de verzoekende partij zelf in 2004 bepaalde verzaagde steen diende af te halen bij de tussenkomen de partij, wat zou kunnen leiden tot een kostenvoordeel voor deze laatste; dat de verzoekende partij dit echter nergens concreet becijfert en evenmin in hoeverre er voor haar andere goedkopere alternatieven mogelijk zijn; dat voorts dient vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij al de goedkoopste is en het maximum der punten kreeg inzake prijs zodat een andere bestekbepaling voor haar, zelfs indien deze zou leiden tot een lagere prijs, alvast niet tot een hogere kwotering op dit punt lijkt te kunnen leiden ; dat deze bijgevolg hoogstens tot een lagere kwotering voor de tussenkomen de partij zou kunnen leiden los van de vraag of die partij dan op haar beurt ook geen beroep zou kunnen doen op goedkopere alternatieven in welk geval er misschien geen invloed op de rangschikking zou zijn;

Overwegende dat hetgeen voorafgaat samengenomen, ervan doet blijken dat het middelonderdeel niet ernstig is, nu in de huidige stand van de procedure niet concreet is aangetoond dat de Doornikse steen met de gevraagde en betwiste

specificaties effectief door een andere steen of andere specificaties vervangen kan worden, de verzoekende partij door die bestekbepalingen alvast niet werd uitgesloten bij de beoordeling, haar benadeling, zo deze al bestaat, beperkt lijkt tot het aspect transport in België en zij reeds de goedkoopste offerte had; dat aldus het eerste middel in zijn geheel niet ernstig is;

4.3. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending inroept “van de motiveringsplicht overeenkomstig de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”; dat zij daartoe betoogt dat de ingeroepen bepalingen geschonden zijn doordat de toewijzingsbeslissing geen eigen motivering bevat en gesteund is op een verwijzing naar het aanbestedingsverslag waarvan de kerkraad de conclusies bijtreedt, dat, indien verwezen wordt naar een verslag de aanbestedende overheid in haar beslissing diende aan te tonen dat en op grond waarvan zij de conclusies en de beoordelingen van dat verslag tot de hare maakt zodat deze motieven deel kunnen uitmaken van de genomen beslissing, dat zulks te dezen niet het geval is, dat daarnaast de verwijzing naar het verslag onjuist en tegenstrijdig is met dat verslag en dus ook “de materiële motiveringsplicht van de wet van 29 juli 1991” geschonden wordt doordat wordt gesteld dat op grond van dat verslag de offerte van tussenkomen de partij “de in alle opzichten gunstige aanbidding” zou zijn terwijl de offerte van de verzoekende partij hoe dan ook gunstiger is wat betreft prijs en ook voor het criterium werk dat volgens het derde middel feitelijk onjuist werd beoordeeld;

Overwegende, wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsverplichting betreft, dat de motivering in de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en zulks op afdoende wijze; dat die motivering een belanghebbende in staat dient te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt; dat aan die bepalingen kan zijn voldaan doordat een beslissing verwijst naar een advies van een adviserend orgaan, waarbij wordt

aangesloten, maar zulks veronderstelt dat de betrokkene voordien of tegelijk kennis krijgt van de inhoud van dit advies, dat zelf afdoende gemotiveerd is en dat er geen daarmee strijdige stukken voorhanden zijn;

Overwegende dat te dezen de eerste bestreden beslissing verwijst naar het aanbestedingsverslag, dat de kerkraad voor goedkeuring heeft ondertekend, en waarvan de conclusie in de beslissing uitdrukkelijk wordt bijgetreden; dat dit aanbestedingsverslag, samen met de bestreden beslissing, aan verzoekende partij is meegedeeld; dat zij in het voorliggende middel niet inroept dat dit aanbestedingsverslag zelf niet zou voldoen aan de wet van 29 juli 1991, maar zulks wel doet in het tweede onderdeel van het derde middel; dat enkel indien dat onderdeel ernstig zou worden bevonden, ook de eerste bestreden beslissing niet afdoende zou zijn gemotiveerd door verwijzing naar dit aanbestedingsverslag; dat echter hierna zal blijken dat zulks niet het geval is zodat geen schending van de voornoemde wet voorhanden lijkt door de motivering met verwijzing;

Overwegende voorts dat, in de mate dat in de toewijzingsbeslissing wordt gesteld dat blijkens dit verslag de in alle opzichten gunstigste offerte werd ingediend door tussenkomende partij, terwijl de offerte van de verzoekende partij minstens gunstiger was inzake prijs, deze zinsnede, zeker samengelezen met het aanbestedingsverslag en met de zinsnede in de kennisgeving dat de verzoekende partij niet de meest gunstigste regelmatige offerte indiende, niet anders gelezen kan worden dan als een verwijzing naar het feit dat de offerte van de tussenkomende partij, na een beoordeling van alle gunningscriteria, als voordeligste regelmatige offerte werd beschouwd in de zin van artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993; dat er dan ook geen tegenstrijdigheid lijkt te zijn met het aanbestedingsverslag of een feitelijke onjuistheid zodat het middel ook op dat punt niet ernstig is, ongeacht de vraag of de wet van 29 juli 1991 ook een verplichting tot materiële motivering bevat; dat het middel aldus in zijn geheel niet ernstig is;

4.3.1. Overwegende dat in een derde middel, in een eerste onderdeel, de schending wordt aangevoerd

“van artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van artikel 115 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van de algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de zuinigheidsplicht.”;

dat daartoe nader wordt betoogd, samengevat, dat de overheid, bij het beoordelen van de diverse offertes, correct gebruik dient te maken van haar beleidsvrijheid en redelijk en zorgvuldig dient te handelen rekening houdend met het gelijkheidsbeginsel waarbij de aangewende methode van waardering of van het toekennen van punten redelijkheidshalve voor elk criterium eenduidig en consequent dient te geschieden op eenzelfde wijze voor elk criterium, dat te dezen de quotering van de offertes op de diverse gunningscriteria arbitrair, inconsequent en disproportioneel is gebeurd volgens een wisselende methode van puntentoekenning per criterium, dat, terwijl voor onmeetbare criteria zoals waarborgen stabiliteit, veiligheid en gebruiks- en visuele hinder punten worden toegekend met ronde getallen en met onderlinge vaste verschillen van 5 punten wat erop wijst dat eerst een rangschikking werd opgemaakt en in functie daarvan vaste punten met dezelfde verschillen werden toegekend, voor meetbare criteria zoals de prijs een andere methode werd toegepast, namelijk de regel van drie, dat dit tot gevolg heeft dat de score op meetbare criteria zoals prijs slechts een miniem puntenverschil geeft dat buiten verhouding staat tot het groot puntenverschil als resultaat van de toepassing van de andere beoordelingsmethode voor de onmeetbare criteria zodat de prijs in werkelijkheid nog amper meespeelt in de beoordeling, dat de toepassing van deze verschillende methodes aldus tot gevolg heeft dat met het betwiste puntenverschil van 9,27 punten dat de verzoekende partij oploopt met name door de beoordeling van het criterium stabiliteit en eigen werk, de tussenkomen partij zelfs met een prijs van 9.810.828 euro, hetzij 1,8 maal de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij, nog de voordeligste offerte zou hebben, terwijl met toepassing van een zelfde puntentoekenningmethode voor alle criteria, namelijk deze van de onmeetbare criteria en wetende dat de verzoekende partij beter

scoort op prijs en naar eigen zeggen in werkelijkheid ook voor het criterium werk, zij als eerste uit de bus zou komen met 95 punten tegenover 94,16 voor de tussenkomende partij;

Overwegende dat bij de beoordeling van de offertes de in het bestek opgenomen gunningscriteria werden beoordeeld rekening houdend met de aan elk criterium toegekende waarde zoals opgenomen in het bestek; dat in het bestek niet bepaald werd hoe vervolgens, binnen dat kader, elke offerte aan het gunningscriterium getoetst zou worden en gekwoteerd; dat zulks door de thans geldende reglementering ook niet vereist is; dat het dan ook in de eerste plaats aan het bestuur toekomt deze methode van puntentoekenning te bepalen rekening houdende met het voorwerp van de opdracht; dat tevens daarbij elke offerte of dezelfde wijze dient te worden beoordeeld;

Overwegende dat te dezen niet blijkt dat de offertes van de verzoekende en van de tussenkomende partij op grond van andere criteria werden beoordeeld of daarbij andere beoordelingsmethodes werden gebruikt; dat het tegendeel uit het aanbestedingsverslag lijkt te moeten worden afgeleid; dat de verzoekende partij blijkbaar in het bijzonder aanstoot neemt aan het feit dat voor wat zij niet meetbare criteria noemt (waarborgen stabiliteit, veiligheid en gebruiks- en visuele hinder) punten werden toegekend met ronde getallen en onderling vaste verschillen van 5 punten terwijl voor de meetbare criteria (prijs en aandeel eigen werk), andere methodes werden toegepast, onder meer voor de prijs de regel van drie (voor het aandeel eigen werken 0,3 punt per % boven 50); dat de verzoekende partij er echter zelf van uitgaat dat het enerzijds gaat om onmeetbare criteria en anderzijds om meetbare criteria zodat hier geen vergelijkbare categorieën voorhanden lijken die met gelijke methodes moeten worden vergeleken op gevaar af de in het middel vermelde rechtsnormen te schenden; dat alvast op het eerste gezicht niet is aangetoond waarom de eerste methode voor de eerstgenoemde criteria in rechte niet toelaatbaar is; dat de verzoekende partij wel stelt dat de prijs nog amper meespeelt maar uit het door haar zelf voorgelegde cijfervoorbeeld blijkt dat de prijs in een bepaald geval wel degelijk tot een andere rangschikking had kunnen leiden, namelijk bij een prijs van tussenkomende partij hoger

dan 9.810.828 euro; dat ook niet lijkt te moeten worden aanvaard dat de prijs in een offerteaanvraag als deze zonder meer doorslaggevend zou moeten zijn of zeer belangrijk, zoals de verzoekende partij blijkbaar aanneemt maar hiervoor, bij de bespreking van het eerste middel, eerste onderdeel, niet is aanvaard; dat het tenslotte ook niet lijkt dat de methodes van puntentoekenning werden bepaald met als doel of als enig mogelijk effect de tussenkommende partij of een andere inschrijver te bevoordelen of te benadelen; dat de verzoekende partij wel een berekening voorlegt waarbij zij, bij analoog gebruik van de eerste methode (puntentoekenning per fracties) 0,84 punten meer zou behalen dan de tussenkommende partij; dat daarbij echter wordt uitgegaan van de veronderstelling dat zij op het criterium eigen werk beoordeeld wordt op basis van een ander percentage dan aangenomen door het bestuur, zodat dit verschil, dat al klein is, veeleer bepaald is door die verandering van percentage eigen werk dan door de methode, hetgeen op het eerste gezicht de conclusie bevestigt dat het gebruik van deze methodes niet de in het middel vermelde rechtsnormen schendt; dat het eerste middelonderdeel dienvolgens niet ernstig is;

4.3.2. Overwegende dat in een tweede onderdeel van het derde middel schending “van de motiveringsplicht overeenkomstig de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991” wordt aangevoerd; dat de verzoekende partij daartoe, samengevat, betoogt dat de beoordeling van het gunningscriterium eigen werk alleszins de motiveringsplicht overeenkomstig de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 schendt aangezien deze beoordeling berust op het feitelijk manifest onjuist standpunt dat het eigen aandeel van verzoekende partij in de uit te voeren werken slechts 80 % bedraagt zonder dat in het aanbestedingsverslag is bepaald hoe tot dit percentage is gekomen, terwijl dit bewijs volgens het gunningscriterium volgt uit de offerte en terwijl uit bijlage “rubriek 5-7.4” bij de offerte volgt dat zij enkel een beroep zal doen op onderaannemers voor de plaatsing van stellingen en de lift en voor de veiligheidscoördinatie, zodat op grond van de offerte dit eigen aandeel in feite 98,61 % bedraagt en zodat verzoekende partij voor dit criterium 14,58 punten diende te krijgen dan wel het maximum nu het aandeel eigen werk hoger is dan dat van de andere inschrijvers en niet slechts 9 op 15 zodat “meteen ook de schending van de materiële motiveringsplicht (Wet motivering bestuurshandelingen van 29 juli 1991) vaststaat”;

dat de verzoekende partij voorts de relevantie van het zelf plaatsen van stellingen en liften in vraag stelt, aangezien dit werk beter door een gespecialiseerde firma kan worden gedaan en waarbij de vereiste om de werken met eigen personeel uit te voeren overeenkomstig art. 30, § 1, van het besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2001 houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten, waarnaar artikel 10, § 1 op bladzijde 10 a van het bestek verwijst, logischerwijze enkel betrekking heeft op de eigenlijke restauratiewerken zodat redelijkerwijze bij dit criterium eigen werk enkel maar rekening zou mogen worden gehouden met de eigenlijke restauratiewerkzaamheden waardoor het geen rol speelt dat andere werken zoals plaatsen van stellingen en lift door onderaannemers geschiedt, en de verzoekende partij 15 op 15 diende te krijgen, dat ook inzake de veiligheidscoördinatie er in werkelijkheid zelfs niet gesproken kan worden van onderaanneming omdat het bestek in hoofdstuk II, bladzijde 1b, bepaalt dat “de aanstelling van de coördinator -verwezenlijking het voorwerp zal uitmaken van een tussen de coördinator en de opdrachtgever (!) gesloten overeenkomst zoals trouwens het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of de mobiele werkplaatsen dat vereist”; dat ten slotte de verzoekende partij doet gelden dat bij gebrek aan enige uitleg of motivering geheel onduidelijk is hoe het aanbestedingsverslag komt aan het voor de tussenkomende partij aangenomen percentage eigen werk;

Overwegende dat met de verzoekende partij vastgesteld lijkt te mogen worden dat nergens in het aanbestedingsverslag wordt verduidelijkt hoe het daarin voor haar aangenomen percentage eigen werk (80 %) werd bepaald evenmin als hoe dit percentage voor de tussenkomende partij (94,22 %) werd bepaald; dat hiertegenover dan weer de vaststelling staat dat de verzoekende partij zelf in een verklaring bij de offerte meedeelde dat het percentage werk dat met eigen personeel zou worden verricht minstens 50 % bedraagt overeenkomstig artikel 30, § 1, van het voornoemde besluit van 14 december 2001, maar naar de eigen inschatting waarschijnlijk minimum 80 %; dat aldus bezwaarlijk lijkt te kunnen worden aangenomen dat de verzoekende partij aldus niet wist of moest weten dat het aanbestedingsverslag dit percentage heeft hernomen te meer wanneer in het

gunningscriterium is bepaald dat de bewijsvoering van dit percentage eigen werk volgt uit de offerte; dat de verzoekende partij dan ook niet prima facie aantoonde dat het hanteren van dit percentage onjuist is en strijdig met de materiële motiveringsplicht, zelfs los van de vraag of deze vervat ligt in de motiveringswet waarop het middel is gesteund; dat de berekening van eigen werk waarnaar thans wordt verwezen, in deze omstandigheden niet tot een andere conclusie lijkt te moeten voeren, zeker niet wanneer in het middel zelf wordt gesteld dat aangevoerd kan worden dat voor dit eigen werk enkel de restauratiewerken relevant zijn in het licht van het voormelde besluit van 14 december 2001, besluit waarnaar die verklaring verwijst; dat dienvolgens niet ingegaan moet worden op het argument dat, gelet op dit hogere percentage, de verzoekende partij hier in feite het maximum der punten moest krijgen;

Overwegende ten slotte dat, in zoverre wordt aangevoerd dat in het aanbestedingsverslag niet is gemotiveerd hoe het percentage eigen werk van de tussenkomende partij is bepaald (94,22 %), uit het gunningscriterium reeds afgeleid lijkt te kunnen worden dat dit eveneens bepaald is op grond van de offerte, zij het dat deze niet in het administratief dossier is neergelegd; dat aldus de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht vervat in de wet van 29 juli 1991 niet lijkt aangetoond; dat het tweede middelonderdeel niet ernstig is;

4.3.3. Overwegende dat de verzoekende partij in een derde onderdeel van het derde middel de schending inroept “van het gelijkheidsbeginsel en van de artikelen 10 en 11 Grondwet”, en van “artikel 1, § 1 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”; dat zij daartoe betoogt hetgeen volgt :

“Bij de beoordeling van de offertes voor wat betreft het eerste gunningscriterium heeft men, bij de beoordeling van de offerte van de NV Monument Vandekerckhove, de door deze inschrijver voorgestelde bijkomende maatregel, om de werkvloer te verankeren aan de draagstructuur van het hoogkoor, duidelijk laten meespelen bij het aantal toegekende punten, terwijl volgens het bestek dit gunningscriterium enkel 'de waarborgen op het vlak van stabiliteit' betreft.

Precies deze inschrijver beschikte over belangrijke voorkennis m.b.t. de stabiliteit van de kathedraal, ingevolge de eerder door haar uitgevoerde onderhandse opdracht.

Door aldus dat voorstel voor die bijkomende maatregel mee te laten spelen in de beoordeling en het aantal toe te kennen punten, wordt de gelijkheid tussen de inschrijvers en het mededingingsprincipe nogmaals geschonden”;

Overwegende, wat het eerste punt betreft, dat de verzoekende partij lijkt aan te voeren dat de maatregel tot verankering van de werkvloer, geen aspect is van stabiliteit; dat los van de vaststelling dat die grief onvoldoende duidelijk als middel wordt geformuleerd want niet wordt gesteld waarom dit dan, noch hoe dit dan de ingeroepen rechtsnormen schendt, niet wordt aangetoond, en niet op het eerste gezicht, mede gelet op de technische aard van die maatregel, blijkt waarom het bestuur niet van oordeel mag zijn dat de voorgestelde bijkomende maatregel om de werkvloer te verankeren aan de draagstructuur van het hoogkoor gelet op de hierdoor ontstane “bijkomende trek-drukschoor over de volledige platte grond en op de hoogte van het triphorium” een bijzondere maatregel is die de stabiliteit van het gebouw extra beveiligt;

Overwegende, wat de tweede grief betreft, dat de verzoekende partij niet aantoont op grond van welke rechtsregel een aannemer die een eerdere, zelfs verwante, opdracht van werken uitvoerde in dezelfde plaats uitgesloten zou moeten worden van deelname aan een vervolgoptocht; dat te dezen het ook niet lijkt dat de tussenkomen partij daardoor effectief werd bevoordeeld aangezien het stabiliteitsdossier bij het bestek werd gevoegd; dat het derde middelonderdeel en dienvolgens het derde middel in zijn geheel niet ernstig is;

4.4. Overwegende dat het vierde middel luidt als volgt :

“Vierde middel : Schending van artikel 17 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Volgens het aanbestedingsverslag werd bij het onderzoek, of de ingediende offertes voldoen aan de criteria van kwalitatieve selectie, niet nagegaan of elk van de inschrijvers zich niet bevindt in één van de uitsluitingsgevallen van artikel 17 van de Overheidsopdrachtenwet.

Nochtans dient volgens voormeld artikel 17 ook dat onderzoek te gebeuren.

In casu blijkt uit bepaalde persberichten (stukken II.8) dat de uiteindelijk gekozen inschrijver als zijnde de meest gunstige en regelmatige inschrijver zich

bevindt in het uitsluitingsgeval, zoals bepaald in artikel 17, 3° en/of artikel 17, 4° Overheidsopdrachten, nu de bedrijfsleider en drie werknemers van die inschrijver veroordeeld werden wegens valsheid in geschrifte en oplichting van de Regie der gebouwen bij het uitvoeren van de restauratie van de Sint-Michielskathedraal en Onze-Lieve-Vrouwkapel in Brussel”;

Overwegende dat het in dit middel ingeroepen artikel 17 bepaalt hetgeen volgt :

“Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van de aannemers van werken, kan uitgesloten worden van deelneming aan de opdracht in welk stadium van de procedure ook de aannemer : [...]

3° die, bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast;

4° die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken; [...]”;

Overwegende dat de uitsluiting van aannemers die niet aan de aangehaalde criteria voldoen facultatief is; dat de verzoekende partij te dezen aldus niet op het eerste gezicht aantoonde waarom het ingeroepen artikel 17 geschonden zou zijn alleen omdat het aanbestedingsverslag niet uitdrukkelijk stelt dat geen der aannemers op grond van dat artikel 17 werd uitgesloten; dat zij voorts in de huidige stand van het geding ook niet aantoonde dat te dezen de tussenkomende partij op grond van deze bepaling uitgesloten mocht worden; dat de verzoekende partij ter zake immers enkel persberichten voorlegt; dat daaruit niet blijkt dat er sprake is van in kracht van gewijsde gegane veroordelingen van de tussenkomende partij of van haar organen, zoals vereist door artikel 17, 3°; dat, ten slotte, indien aangevoerd zou worden dat toepassing diende gemaakt van artikel 17, 4°, vastgesteld dient te worden dat de ernstige fout dan wordt afgeleid uit een beweerd misdrijf, hypothese bedoeld in artikel 17, 3°, waarvan zoals gezegd niet blijkt dat aan de toepassingsvoorwaarden daarvan is voldaan; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat aldus aan de eerste van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarde niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Monument Vandekerckhove in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zesentwintig mei 2005, door :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.