

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 147.727 van 20 juli 2005
in de zaak A. 163.972/XII-4485.**

In zake :

1. de NV CORDEEL ZETEL HOESELT,
 2. de NV LUC GOETHALS PROMOTOR,
 3. de NV PROMOTOR VANGRONSVELD,
 4. de NV INGENIEURS- EN STUDIEBUREAU PEETERS,
 5. de NV VAN ROEY,
 6. de NV HASSPARK,
 7. de NV GENKPARK,
 8. de NV PARKILIM,
- samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaten K. Ronse en V. Petitat,
kantoor houdende te Brussel,
Louizalaan 149, bus 20

tegen :

de GEMEENTE KNOKKE-HEIST,
die woonplaats kiest bij
advocaat A. Lust,
kantoor houdende te Sint-Andries-Brugge,
Burggraaf de Nieulantlaan 14.

tussenkommende partijen :

1. de NV ALGEMENE AANNEMINGEN VAN LAERE,
 2. de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN ROBERT WYCKAERT,
 3. de NV ARCH & TECO ARCHITECTUUR,
- samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Cordeel Zetel Hoeselt, de NV Luc Goethals Promotor, de NV Promotor Vangronsveld, de NV Ingenieurs- en Studiebureau Peeters, de NV Van Roey, de NV Hasspark, de NV Genkpark, en de NV Parkilim, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, op 7 juli 2005 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing “van het College van Burgemeester

en Schepenen van de gemeente Knokke-Heist van 17 juni 2005, bevestigd bij beslissing van de Gemeenteraad van 30 juni 2005, waarbij werd beslist 'de concessie tot realisatie van een ondergrondse parkeergarage en herinrichting bovenplein op het Lichttorenplein het Ijzerpark' te gunnen aan de N.V. Lighthouse in oprichting”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 7 juli 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 juli 2005, om 11.00 uur;

Gezien het op 15 juli 2005 neergelegde verzoekschrift waarbij de NV Algemene Aannemingen Van Laere, de NV Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert en de NV Arch & Teco Architectuur, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijken te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van staatsraad C. Adams;

Gehoord de opmerkingen van advocaten K. Ronse en V. Petitat, die verschijnen voor de verzoekende partijen, van advocaat A. Lust, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het andersluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

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 feiten

1.1. Overwegende dat de verwerende partij op 9 januari 2004 in het Bulletin der Aanbestedingen een opdracht aankondigt voor de realisatie van een ondergrondse parkeergarage onder het Lichttorenplein met herinrichting van het bovenplein, heraanleg van de aanpalende straten, reconstructie van de vuurtoren en

bouw van een bureau voor toerisme en voor de realisatie van een ondergrondse parkeergarage aan het IJzerpark met herinrichting van het bovenplein en heraanleg van aanpalende straten; dat op 23 januari 2004 een rechtzetting wordt bekendgemaakt;

1.2. Overwegende dat op 25 maart 2004 het bestek onder de naam “concessienota” wordt goedgekeurd door de gemeenteraad; dat in artikel 13 van dat bestek de minimum-inhoud van de offertes wordt bepaald; dat in artikel 16 de gunningscriteria als volgt worden bepaald :

“De gunning van de opdracht gebeurt op basis van de hierna opgesomde gunningscriteria:

- Mate van invulling van het behoefteprogramma (kwaliteit en functionaliteit)
- Uitvoeringstermijn van de werken, met bijzondere aandacht voor een minimale onderbreking van de doorstroming van de normale verkeersstroom
- Uitgeschreven voorbeeld van een gelijkaardig werk, teneinde de dienstverlening (bouw en uitbating) te kunnen beoordelen;
- De financiële weerslag gebaseerd op recente verkopen en marktonderzoek
- businessplan
- Suggesties

De criteria werden gerangschikt in dalende volgorde van belang”;

1.3. Overwegende dat op 9 juli 2004 een informatievergadering met de geselecteerde kandidaten plaatsvindt, waarop de termijn voor het indienen van de offertes wordt verlengd tot 17 september 2004; dat tijdens deze vergadering wordt meegedeeld dat de gunningscriteria in afnemende orde van belangrijkheid zijn opgesomd in de concessienota en dat de wegingsfactoren door het bestuur zullen worden vastgelegd uiterlijk vóór het openen van de offertes en op de dag van de opening ter beschikking van de gegadigden zullen worden gesteld;

Overwegende dat de verzoekende partijen op 17 september 2004 een offerte indienen voor de kwestieuze concessie; dat bij het indienen van de offerte een “beoordelingsstaat” aan de verzoekende partijen wordt overhandigd, waarin de hierboven opgesomde gunningscriteria worden opgesplitst in “subcriteria” met de respectievelijke wegingsfactoren;

1.4. Overwegende dat de beoordelingscommissie op 5 februari 2005 aan de hand van de gunningscriteria en de hierboven genoemde “beoordelingsstaat” de volgende rangschikking opstelt :

- “1. de Lighthouse Parkings nv in oprichting met 62,75% van de punten;
2. de Partnership Parking Knokke met 61,28% van de punten;

3. de Antwerpse Bouwwerken nv met 55,78% van de punten;
4. MBG-POC partners met 48,62% van de punten;”

Overwegende dat de beoordelingscommissie in haar verslag van 5 februari 2005 aan de verwerende partij adviseert “om onderhandelingen aan te knopen met de eerst gunstig gerangschikte kandidaat met het oog tot het bekomen van een voor het bestuur meest voordelige concessieovereenkomst, gegeven de dwingende bepalingen van de concessienota en zijn bijlagen, en hiertoe de Lighthouse Parkings nv in oprichting (...) uit te nodigen om aan deze onderhandelingen deel te nemen”;

Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen op 18 februari 2005 dit advies volgt en in dezelfde zin beslist; dat deze beslissing met een brief van 28 februari 2005 aan onder meer de huidige verzoekende partijen wordt meegedeeld met vermelding van de mogelijkheid dat alsnog met de verzoekende partijen zal worden onderhandeld indien de onderhandelingen met de huidige tussenkomende partijen niet zouden slagen;

1.5. Overwegende dat de verzoekende partijen met een ter post aangetekend schrijven van 16 maart 2005 stellen dat zij van oordeel zijn dat zij zelf al eerste dienen te worden gerangschikt en vragen dat een standstill-periode zou worden gerespecteerd om een schorsingsprocedure voor de Raad van State te kunnen instellen;

Overwegende dat de verwerende partij met een schrijven van 30 maart 2005 antwoordt dat zij bereid is de grieven van de verzoekende partijen te onderzoeken en met hen te bespreken, mits een nadere concretisering van die grieven; dat zij verder stelt bij gebrek aan een wettelijke standstill-regeling alle wettelijke procedureverplichtingen nauwkeurig te zullen naleven;

Overwegende dat de verzoekende partijen met een schrijven van hun raadsman van 11 april 2005 hun grieven preciseren en een reeks verdere beschouwingen geven; dat nadien een vergadering van de verzoekende partijen, hun raadsman, de verwerende partij en een delegatie van de beoordelings-commissie plaatsvindt waarop de beslissing van de verwerende partij van 18 februari 2005 nader wordt toegelicht;

1.6. Overwegende dat ondertussen de onderhandelingen tussen de verwerende partij en de tussenkomende partijen intussen worden aangevat; dat na een aantal werkvergaderingen op 18 maart 2005 een “principeovereenkomst” wordt ondertekend waarin de tussenkomende partijen zich ertoe verbindt de rotatieve parking onder het Ijzerpark voor een duur van maximum 50 jaar te exploiteren onder de voorwaarden van de nog af te sluiten concessieovereenkomst en op voorwaarde dat met de tussenkomende partijen één of meerdere overeenkomsten worden afgesloten met betrekking tot de diverse werken op het Lichttorenplein en het Ijzerpark;

1.7. Overwegende dat de beoordelingscommissie op 13 juni 2005 een gunningsverslag opstelt, waarin het onderhandelde voorstel aan de verschillende gunningscriteria wordt getoetst; dat de beoordelingscommissie in dat verslag voorstelt om de opdracht aan de huidige tussenkomende partijen te gunnen;

Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen op 17 juni 2005 beslist om de opdracht aan de huidige tussenkomende partijen te gunnen; dat dit de bestreden beslissing is;

Overwegende dat de gemeenteraad op 30 juni 2005 de bestreden beslissing bekrachtigt;

2. De ontvankelijkheid

Overwegende dat de verwerende partij de ontvankelijkheid van de vordering betwist; dat een onderzoek van en een uitspraak over de ontvankelijkheid zich slechts zouden opdringen indien aan de grondvoorwaarden voor een schorsing voldaan zou zijn, hetgeen zoals hierna zal blijken niet het geval is;

3. De schorsingsvoorwaarden ten gronde

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, 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;

3.1.1. Overwegende, wat betreft de tweede voorwaarde, dat de verzoekende partijen in een eerste middel de schending opwerpen van artikel 24 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 131 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 28 en 29 van het K.B. van 26 september 1996 tot bepaling van algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” en van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheids-beginsel, het redelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het verbod een kennelijke beoordelingsfout te begaan als algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dat de verzoekende partijen in het algemeen aanvoeren dat de verwerende partij heeft beslist om onderhandelingen aan te knopen met de tussenkommende partijen op basis van een puntenklassement waarbij deze laatste 62,75% en de verzoekende partijen zelf 61,28% behaalden, dat iedere administratieve beslissing moet zijn gesteund op in feite en in rechte juiste motieven, dat de overheid geen kennelijke beoordelingsfout mag begaan, dat de in het bestek bepaalde gunningscriteria ingevolge het patere legem-beginsel op een zorgvuldige, deskundige en objectieve wijze moeten worden onderzocht en toegepast; dat de verzoekende partijen in een eerste onderdeel aanvoeren dat uit de rangschikking en de daarmee samenhangende motivering blijkt dat de verwerende partij kennelijke beoordelingsfouten heeft begaan op het vlak van de uitvoeringstermijn der werken, waarvoor de tussenkommende partijen 63 punten en de verzoekende partijen 62 punten krijgen, dat de verzoekende partijen de werken zouden beëindigen op 30 juni 2006 overeenkomstig artikel 10 van de “concessienota” terwijl de tussenkommende partijen een termijn van 544 kalenderdagen of 8 maanden langer dan de verzoekende partijen voorzag, zodat de evaluatiebeslissing strijdig is met de gunningscriteria en een kennelijke beoordelingsfout vormt die in strijd is met artikel 131 van het hoger genoemde de K.B. van 8 januari 1996, de artikelen 28 en 29 van het hoger genoemde K.B. van 26 september 1996, het patere legem-beginsel en de hoger genoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dat de verzoekende partijen in een tweede onderdeel aanvoeren dat met betrekking tot de prijs en de financiële weerslag in de “concessienota” is bepaald dat de verwerende

partij de financiële weerslag voor het gemeentebestuur zou bepalen, dat dit criterium als dusdanig niet is behouden doch dat de financiële weerslag enkel is onderzocht op basis van recente verkopen en marktonderzoek, dat uit de offerte van de verzoekende partijen blijkt dat de variante op de basisofferte een opbrengst van 767.026 euro voor de gemeente zou betekenen terwijl volgens de offerte van de tussenkomenende partijen de gemeente 2.223.322 euro zou moeten betalen voor de werken, dat desondanks de offerte van de verzoekende partijen op dit punt uiterst licht beter scoorde zodat de rangschikkingsbeslissing in strijd is met artikel 131 van het hoger genoemde K.B. van 8 januari 1996, de artikelen 28 en 29 van het K.B. van 26 september 1996 en de hoger genoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dat de verzoekende partijen in een derde onderdeel aanvoeren dat uit de rangschikking van de kandidaten en de motieven van de verwerende partij niet blijkt waarom een miniem onderscheid tussen de offertes van de verzoekende en de tussenkomenende partijen niet tot een grondiger onderzoek van de offertes heeft geleid en waarom bepaalde scores zijn gegeven, dat het niet volstaat om cijfers te geven zonder dat de gegadigden precies kunnen uitmaken waarom de ene dan wel de andere offerte als meerwaardig wordt beschouwd, dat de bestreden beslissing derhalve niet regelmatig en afdoende is gemotiveerd overeenkomstig de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; dat de verzoekende partijen in een vierde onderdeel aanvoeren dat het bestek de gunningscriteria moet vermelden, dat deze criteria en de afweging ervan moeten worden gerespecteerd nadat zij op voorhand zijn bekendgemaakt, dat de verwerende partij te dezen de gunningscriteria heeft gewijzigd en onderverdeeld in niet op voorhand voorziene subcriteria en dat aldus artikel 131 van het voornoemde K.B. van 8 januari 1996, de artikelen 28 en 29 van het voornoemde K.B. van 26 september 1996 en het patere legem-beginsel zijn geschonden;

3.1.2. Overwegende dat de verwerende partij in de nota antwoordt dat het eerste middel niet-ontvankelijk is omdat het is gericht tegen de beslissing van 18 februari 2005 terwijl de huidige vordering is gericht tegen de beslissing van 17 juni 2005, dat het om een onrechtstreekse aanval op de wettigheid van het besluit van 18 februari 2005 gaat via artikel 159 G.W., dat deze laatste bepaling slechts toepassing vindt op reglementaire akten en niet op individuele administratieve rechtshandelingen; dat de verwerende partij op het eerste onderdeel antwoordt dat artikel 10 van het bestek enkel “eind juni 2006” als streefdatum ziet “mits het tijdig bekomen van de nodige stedenbouwkundige vergunningen”, dat in de gunningscriteria van artikel 16 betreffende de uitvoeringstermijn der werken de bijzondere aandacht wordt gevraagd

voor een minimale onderbreking van de doorstroming van de normale verkeersstroom, dat het aantal kalenderdagen geen deel uitmaakt van de artikelen 10 en 16 van het bestek doch dat er enkel in artikel 13 terloops naar wordt verwezen, dat benevens een streefdatum derhalve vooral belang is gehecht aan een uitvoeringswijze die rekening houdt met het verkeer, dat het verschil in kalenderdagen tussen de twee offertes toe te schrijven is aan een door de tussenkomende partijen voorziene begindatum der werken van 3 januari 2006 en een door de verzoekende partij voorziene begindatum van 1 september 2005, dat beiden zich tot de einddatum van 30 juni 2006 hebben verbonden met dien verstande dat de tussenkomende partijen de bovengrondse vrijgave van het Lichttorenplein en het IJzerpark reeds in de paasvakantie van 2006 voorzag, hetgeen blijkt uit de offerte van de tussenkomende partijen, dat het verschil in beoordeling niet in de uitvoeringstermijn op zichzelf ligt maar in de afweging van de voorzieningen om de verkeershinder te beperken, dat de verzoekende partijen voor de twee deelprojecten telkens 2,5 punten hebben behaald en de tussenkomende partijen 3 punten, hetgeen het verschil in de eindbeslissing tussen 62 punten voor de verzoekende partijen en 63 punten voor de tussenkomende partijen verklaart; dat de verwerende partij op het tweede onderdeel antwoordt dat de verzoekende partijen in dit onderdeel zelf stellen dat zij voor het gunningscriterium D slechts lichtjes beter scoren dan de tussenkomende partijen en in de toelichting bij het middel dat zij minder goed werden beoordeeld dan de tussenkomende partijen, ofschoon hun offerte de meest “prijsgunstige” was, dat zij stellen dat het criterium “financiële weerslag voor het gemeentebestuur” zelfs niet in de evaluatie is aangehouden, dat de tussenkomende partijen voor de 5 subcriteria van het gunningscriterium D 61,5 punten heeft gekregen en de verzoekende partijen 62 punten, dat de verzoekende partijen hoger hebben gescoord voor “strategie en hoogte verkoopprijzen garagebouw” doch lager voor de marktstudie en de beschrijving van de aangeboden diensten, dat geen gunningscriterium “financiële weerslag voor het gemeentebestuur” bestaat, dat de verzoekende partijen het gunningscriterium D “de financiële weerslag gebaseerd op recente verkopen en marktonderzoek” ten onrechte herleiden tot een zuiver prijs criterium, dat de verzoekende partijen minder goed zijn beoordeeld omwille van de zwakke marktstudie, dat de marktstudie van de tussenkomende partijen is opgesteld door een extern deskundige en een behoeftenstudie en een gedetailleerd onderzoek van de marktprijzen omvat, dat de offerte van de verzoekende partijen een aantal veronderstellingen, voorbehouden en onjuistheden bevat zoals blijkt hun evaluatieverslag, dat de verzoekende partijen overigens het individuele evaluatierapport van de tussenkomende partijen niet aanvechten, dat de artikelen 131

van het hoger genoemde K.B. van 8 januari 1996 en de artikelen 28 en 29 van het hoger genoemde K.B. van 26 september 1996 betrekking hebben op het bestek en niet op de beoordeling van de ingediende offertes en dat de verzoekende partijen niet in concreto aantonen dat één van de aangehaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur zou zijn geschonden; dat de verwerende partij op het derde onderdeel antwoordt dat geen enkele wet of beginsel voorschrijft dat bij een klein puntenverschil tot een grondiger onderzoek van de offertes moet worden overgegaan, dat een meer dan gewone zorg aan het onderzoek is besteed, dat de deliberatie is gebeurd op een wijze die elke bevoordeling uitsluit, dat naast de kwantitatieve beoordeling voor iedere kandidaat een uitvoerig individueel waarderingsrapport is opgemaakt en uiteindelijk een globaal beoordelingsverslag en dat een kwantitatieve beoordeling overigens zou volstaan; dat de verwerende partij op het vierde onderdeel antwoordt dat de gunningscriteria in het bestek zijn opgenomen, dat de subcriteria werden voorbereid en aangenomen op 17 september 2004 doch vooraleer om 11 uur de offertes in ontvangst werden genomen, dat aan de indieners een exemplaar van de afwegingsfactoren werd bezorgd, dat van een achteraf opgemaakt puntenverdelingskader geen sprake is, dat geen van de aangehaalde criteria zich verzet tegen zelfs achteraf opgestelde subcriteria als elementen waaraan de jury iedere offerte zal afwegen en dat de overheid niet verplicht is gewichten toe te kennen aan de in het bestek gehanteerde gunningscriteria;

3.1.3. Overwegende dat de tussenkomende partijen zich aansluiten bij het standpunt van de verwerende partij betreffende de niet-ontvankelijkheid van het eerste middel en eraan toevoegen dat hun offerte volledig beantwoordt aan de in de “concessienota” gedefinieerde uitgangspunten, dat het middel feitelijke grondslag mist waar naar artikel 24 van de hoger genoemde wet van 24 december 1993, artikel 131 van het hoger genoemde K.B. van 8 januari 1996 en de artikelen 28 en 29 van het hoger genoemde K.B. van 26 september 1996 wordt verwezen omdat het een concessie voor openbare werken betreft en omdat de gunningscriteria zijn opgenomen in de “concessienota” en haar bijlagen die alle voorgeschreven bepalingen bevatten, dat een eventuele schending van de overige aangehaalde beginselen in essentie moet worden getoetst aan artikel 16 van de “concessienota”, dat de verzoekende partijen een eigen invulling aan de criteria van de uitvoerings-termijn en de financiële weerslag willen geven die niet strookt met de bewoordingen van die criteria in de concessienota, dat het niet gaat om “de kortste uitvoeringstermijn” maar om een streefdatum van einde juni 2006 “mits het tijdig bekomen van de nodige

stedenbouwkundige vergunningen” en met bijzondere aandacht voor het aspect van de bovengrondse hinder, dat de offerte van de tussenkomen partijen volledig aan dat criterium beantwoordt, dat de verzoekende partijen het criterium “financiële weerslag gebaseerd op recente verkopen en marktonderzoek” pogen in te vullen als “financiële weerslag voor het gemeentebestuur”, dat de verzoekende partij is uitgegaan van een inschatting op basis van prijzen aan het Rubensplein, lokale interviews en overleg met notaris Vandenbussche doch dat geen marktstudie voorligt, dat het minieme puntenverschil na een uitermate objectief onderzoek geen verplichting om tot heroverweging met zich meebrengt, dat de gunningscriteria niet zijn gewijzigd en dat uit ‘s Raads arresten nr. 139.438 van 18 januari 2005 en nr. 145.164 van 31 mei 2005 blijkt dat het aanwenden van subcriteria niet onwettig is;

3.1.4.1. Overwegende dat in de huidige stand van de procedure niet kan worden aangenomen dat het middel niet-ontvankelijk is omdat het zou zijn gericht tegen de beslissing van 18 februari 2005 en niet tegen de bestreden beslissing; dat het prima facie handelt om een complexe rechtshandeling waarbij voorgehouden onwettigheden van een tussentijdse beslissing nog kunnen worden aangevoerd tegen de eindbeslissing, in casu de bestreden beslissing; dat de exceptie derhalve wordt verworpen;

3.1.4.2. Overwegende dat artikel 24 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het begrip “concessieovereenkomst voor openbare werken” definieert en bepaalt dat dergelijke concessie onder de door de Koning bepaalde voorwaarden mag worden toegekend; dat de verzoekende partijen prima facie niet betwisten dat toepassing is gemaakt van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten en dat zij hun grief niet concreet op de bestreden beslissing betrekken; dat het eerste middel in die mate niet ernstig is;

Overwegende dat artikel 131 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, stelt dat het bestek de gunningscriteria dient te vermelden en dat de overheid de mogelijkheid heeft te onderhandelen over het contract; dat te dezen het bestek prima facie gunningscriteria bevat, waar de verzoekende partijen trouwens nader op ingaan; dat de verzoekende partijen de mogelijkheid om te onderhandelen principieel niet betwisten; dat het eerste middel in die mate niet ernstig is;

Overwegende dat artikel 28 van het K.B. van 26 september 1996 tot bepaling van algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en de concessies voor openbare werken betrekking heeft op de inhoud van het bestek; dat de verzoekende partijen prima facie niet aantonen op welk punt het bestek niet aan die vereisten zou voldoen; dat artikel 29 van hetzelfde K.B. bepaalt dat het voorwerp van de concessie nauwkeurig moet worden omschreven; dat daarover prima facie geen betwisting bestaat; dat het eerste middel in die mate niet ernstig is;

Overwegende dat de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen betrekking hebben op de formele motiveringsplicht; dat deze tot doel heeft de rechtsonderhorige in kennis te stellen van de gronden waarop de hem aanbelangende beslissing is genomen, zodat de rechtsonderhorige met kennis van zaken kan oordelen of het zinvol is gebruik te maken van de beroepsmogelijkheden waarover hij in rechte beschikt; dat de verzoekende partijen bepaalde elementen waarmee in de bestreden beslissing rekening is gehouden, inhoudelijk aanvechten; dat daaruit prima facie blijkt dat aan de voornaamste doelstelling van de formele motiveringsplicht is voldaan; dat het middel in die mate niet ernstig is;

Overwegende, wat betreft de inhoudelijke kritiek van de verzoekende partijen in het eerste onderdeel van het middel, dat naar luid van artikel 10 van de concessienota van 25 maart 2004 “[v]oor de werken wordt gestreefd naar een voltooiing eind juni 2006, mits het tijdig bekomen van de nodige Stedenbouwkundige vergunningen”; dat deze datum door de verzoekende en de tussenkomende partijen in hun offertes wordt aangehouden; dat in de gunningscriteria zoals bepaald in artikel 16 van de voornoemde concessienota als tweede criterium wordt bepaald de “[u]itvoeringstermijn van de werken, met bijzondere aandacht voor een minimale onderbreking van de doorstroming van de normale verkeersstroom”; dat uit de offerte en de toelichting van de tussenkomende partijen blijkt dat zij daar bijzondere aandacht aan heeft besteed door de “stross”-bouwwijze, waarbij eerst de bovenplaat zou worden geplaatst en vervolgens naar beneden zou worden gewerkt, en door de bovengrondse vrijgave van zowel het Lichttorenplein als het Ijzerpark reeds in de paasvakantie van 2006 te voorzien; dat de hogere score voor de tussenkomende partijen op dit punt prima facie niet als gesteund op onjuiste feitelijke gegevens noch als kennelijk onredelijk voorkomt; dat er prima facie evenmin sprake is van een gewijzigde houding van de verwerende partij, zodat noch het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” noch de door de verzoekende partijen aangehaalde

beginselen van behoorlijk bestuur geschonden lijken te zijn; dat het middel in die mate niet ernstig is;

Overwegende, wat betreft het tweede onderdeel van het middel, dat de verzoekende partijen niet weerleggen dat zij bij hun eigen berekeningen inderdaad een vergelijking met prijzen van garages aan het Rubensplein hebben gemaakt en zich verder op locale interviews en overleg met notaris Vandenbussche hebben gesteund; dat zij, anders dan de tussenkomende partijen, geen marktstudie hebben laten opstellen door een extern deskundige; dat het vierde gunningscriterium nochtans “de financiële weerslag gebaseerd op recente verkopen en markt-onderzoek” vormt; dat de hogere score voor de tussenkomende partijen op dit punt prima facie niet als gesteund op onjuiste feitelijke gegevens noch als kennelijk onredelijk voorkomt; dat prima facie evenmin sprake is van een gewijzigde houding van de verwerende partij; dat het middel in die mate niet ernstig is;

Overwegende, wat betreft het derde onderdeel van het middel, dat de Raad van State prima facie geen bepaling of beginsel bekend is waaruit voortvloeit dat de opdrachtgever van een overheidsopdracht bij een gering puntenverschil ook met de tweede gerangschikte kandidaat onderhandelingen zou moeten aanknopen; dat uit het administratief dossier prima facie geen onzorgvuldig onderzoek van de offertes blijkt; dat de verwerende partij bovendien heeft voorzien dat bij een eventueel niet-slagen van de onderhandelingen met de eerste gerangschikte kandidaat alsnog onderhandelingen met de tweede gerangschikte kandidaat zouden worden geopend; dat het derde onderdeel niet ernstig is;

Overwegende, wat betreft het vierde onderdeel van het middel, dat het bestek wel degelijk de gunningscriteria opsomt in dalende volgorde van belang; dat op een “informatievergadering “ van 9 juli 2004 werd meegedeeld dat de wegingsfactoren door het bestuur zouden worden vastgelegd uiterlijk vóór het openen van de offertes en op de dag van de opening ter beschikking van de gegadigden zouden worden gesteld; dat de verzoekende partijen op die vergadering aanwezig waren en kennis van die mededeling hebben genomen; dat de verzoekende partijen op 17 september 2004 hun offerte hebben ingediend en dat hen op dat ogenblik de voordien op dezelfde dag door de verwerende partij vastgestelde “beoordelingsstaat” werd overhandigd, waarbij de diverse gunningscriteria werden uitgesplitst en de nodige wegingen in een rooster werden opgenomen; dat op grond van de geldende wettelijke en reglementaire bepalingen prima facie niet vereist lijkt

dat reeds in het bestek zelf subcriteria worden opgenomen of aangekondigd; dat de aankondiging van het bepalen van subcriteria de verzoekende partijen er alleszins niet van heeft weerhouden om hun offerte in te dienen; dat de verzoekende partijen prima facie niet aannemelijk maken dat het om een toevoeging van gunningscriteria zou gaan die niet in de hoger genoemde concessienota voorkomen zodat het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” noch de aangehaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur geschonden lijken te zijn; dat het middel ook in die mate niet ernstig is;

3.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending opwerpt van artikel 24 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 131 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 28 en 29 van het K.B. van 26 september 1996 tot bepaling van algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het beginsel “patere legem quam ipse fecisti” en van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheids-beginsel, het redelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het verbod een kennelijke beoordelingsfout te begaan als algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dat de verzoekende partijen in het algemeen aanvoeren dat de verwerende partij onderhandelingen met de tussenkommende partijen heeft aangeknoopt die in wezen zouden leiden tot een nieuw project; dat de verzoekende partijen in een eerste onderdeel aanvoeren dat de verwerende partij geen onderhandelingen kon aanknopen met een inschrijver wiens “basis”-inschrijving niet strookte met het bestek voor wat betreft de einddatum der werken en de kosten, dat het project en het resultaat van de onderhandelingen niet meer overeenstemmen met het voorwerp van de concessie waarvan sprake is in artikel 29 van het hoger genoemde K.B. van 26 september 1996, dat het financieel risico voor de hele opdracht naar eigen zeggen van de verwerende partij volledig ten laste zou worden genomen door de kandidaat terwijl uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij de v.z.w. voor Toerisme zal uitnodigen om met een toelage van 1.804.838 euro het toerismegebouw en de lichttoren te kopen tegen die prijs; dat de verzoekende partijen in een tweede onderdeel aanvoeren dat de onderhandelingsmogelijkheden niet onbeperkt zijn, dat de in het middel aangehaalde bepalingen regels en verplichtingen opleggen die moeten worden nageleefd, dat de

grenzen van de onderhandelingen worden bepaald door de essentiële bepalingen van het bestek en door het gelijkheidsbeginsel, vermits de onderhandelingen er niet toe mogen leiden dat aan bepaalde aannemers alsnog kansen worden gegeven ten nadele van andere kandidaten en dat een besteksconforme offerte in principe een “best offer” vertegenwoordigt, zonder dat de onderhandelingen een kandidaat de mogelijkheid mogen geven om zijn offerte op te smukken, zoals de tussenkomenende partijen in casu hebben gedaan;

3.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in de nota antwoordt dat artikel 131 van het voornoemde K.B. van 8 januari 1996 een principiële mogelijkheid geeft om te onderhandelen over de voorwaarden van het contract, dat de overheid een ruime appreciatiebevoegdheid heeft om te onderhandelen wanneer zij heeft beslist met welke partner zij zal onderhandelen om tot een overeenkomst te komen, dat voor concessies van openbare werken geen bijzondere regels van regelmatigheid van de offertes en prijzen zijn voorzien en dat de kritiek dus enkel kan worden getoetst aan de ingeroepen algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dat de verwerende partij op het eerste onderdeel antwoordt dat het voorwerp van de concessie nauwkeurig moet worden bepaald maar niet alle voorwaarden van de later te sluiten overeenkomst, dat over die voorwaarden precies kan worden onderhandeld, dat de opdracht of het voorwerp zelf nauwkeurig is bepaald in artikel 7 en 8 van de concessienota, dat met betrekking tot de prijs een volkomen wettelijke techniek is uitgewerkt waarbij de verwerende partij uit de opbrengst van de (mede)verkoop van de ondergrond een toelage ter beschikking stelt van de v.z.w. voor Toerisme, die een belastingplichtige vereniging is en die de betaalde B.T.W. kan recupereren zodat die B.T.W. geen definitieve last wordt, dat de toelage precies wordt geput uit de opbrengst van de verkoop van de ondergrond zodat de verwerende partij niets inschiet, dat de door de verzoekende partijen voorgestelde techniek van een soort schuldvergelijking juridisch niet kon worden aangewend omdat de opstalovereenkomst nooit tot evenwaardige geldelijke schuldvorderingen kan leiden en omdat schuldvergelijking tussen de overheid en particulieren door het publiek recht wordt beheerst en dat de grondprijs dus ofwel via schuldvergelijking ofwel via een toelage zou terugkeren naar het project zodat het uitgangspunt hetzelfde blijft, te weten dat het project een nul-operatie voor de verwerende partij blijft; dat de verwerende partij op het tweede onderdeel antwoordt dat de verzoekende partijen zich beperken tot een algemeen verwijt doch geen substantieel geachte wijzigingen aanstippen, behalve de reeds in het eerste onderdeel besproken financiële aspecten en dat de verwerende partij voor zoveel als nodig een reeks technische optimalisaties,

aanpassingen en dergelijke opsomt, die geen afbreuk doen aan het in de artikelen 7 en 8 van de concessienota bepaalde voorwerp;

3.2.3. Overwegende dat de tussenkomende partijen toevoegen dat zij na de onderhandelingen op 10 juni 2005 een memorandum hebben opgesteld met nadere toelichting betreffende de verfijningen en uitwerkingen voor wat betreft de uitvoeringsplannen, de technische uitwerking en de administratief-financiële uitwerking, dat het niet gaat om substantiële wijzigingen of aanpassingen van één of meer onderdelen van de initiële offerte doch om een optimalisatie door punten met een beperkte toegevoegde waarde weg te werken en als positief ervaren punten verder uit te werken en dat het voorwerp ook op financieel vlak niet is gewijzigd doch dat de als doel van de onderhandelingen vooropgestelde nul-operatie volledig is verwezenlijkt, waarbij de tussenkomende partijen als concessiehouder het exploitatierisico van de opdracht dragen;

3.2.4. Overwegende, wat betreft het eerste onderdeel, dat de verzoekende partijen eerst op algemene wijze herhalen dat de offerte van de tussenkomende partijen niet voldoet voor wat betreft de einddatum van de werken en de kosten; dat voor wat betreft de eenvoudige herhaling van deze punten naar de bespreking van het eerste middel kan worden verwezen; dat, waar de verzoekende partijen dieper in gaan op het feit dat de v.z.w. voor Toerisme met een door de verwerende partij gegeven toelage een bedrag van 1.804.838 euro aan de tussenkomende partijen zou betalen, in de huidige stand van de procedure het verweer betreffende de aangewende techniek om tot een nul-operatie te komen prima facie voldoende overtuigt; dat het eerste onderdeel niet ernstig is;

Overwegende, wat betreft het tweede onderdeel, dat de verzoekende partijen prima facie niet aannemelijk maken dat de onderhandelingen hebben geleid tot een wijziging van het voorwerp van de overeenkomst; dat het voorwerp ongewijzigd blijft en dat enkel bepaalde voorwaarden veranderen; dat de verzoekende partijen zich prima facie trouwens beperken tot de financiële aspecten doch, zoals bij de bespreking van het eerste onderdeel is gesteld, in de huidige stand van de procedure niet aannemelijk maken dat een ander resultaat is bereikt dan oorspronkelijk werd beoogd; dat zij aldus evenmin aantonen dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden tegenover de andere kandidaten; dat ook het tweede onderdeel niet ernstig is;

3.3. Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat derhalve niet is voldaan aan de tweede van door het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden die vervuld moeten zijn wil de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Algemene Aannemingen Van Laere, de NV Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert en de NV Arch & Teco Architectuur, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 1400 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een achtste.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 375 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
twintig juli 2005, door :

de HH. C. ADAMS,
F. BONTINCK,

wnd. kamervoorzitter, staatsraad
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

C. ADAMS.