

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 160.908 van 4 juli 2006
in de zaak A. 174.050/XII-4794.**

In zake : de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN
ROBERT WYCKAERT,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. De Wolf en J. Timmermans,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN OOSTENDE,
dat woonplaats kiest bij
advocaat M. Gelders,
kantoor houdende te Leuven,
Celestijnenlaan 17/53.

tussenkommende partij :

de NV DEPRET,
die woonplaats kiest bij
advocaat R. Honoré,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 4 A.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert op 16 juni 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van onbekende datum (vermoedelijk 6 juni 2006) van verwerende partij om de opdracht ‘Bouwen van een parkeerhuis bij wijze van promotieovereenkomst, financiering, exploitatie en onderhoud’ te gunnen aan belanghebbende partij”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 19 juni 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 29 juni 2006, om 10.00 uur;

Gezien het op 26 juni 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Depret 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;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten J. Timmermans en C. De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat M. Gelders, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat R. Honoré, 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;

De feiten van het geding

Overwegende dat de voor de oplossing van het geschil relevante feiten als volgt kunnen worden samengevat :

1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 10 februari 2006 wordt de aankondiging bekendgemaakt met betrekking tot de in het geding zijnde opdracht “bouw, financiering, exploitatie en onderhoud van een parkeerhuis”. Er wordt niet betwist dat voor de opdracht geen Europese bekendmaking is vereist nu de nergens vermelde geraamde waarde het Europees drempelbedrag blijkbaar niet bereikt.

2. Volgens het toepasselijke bijzonder bestek wordt de opdracht toegewezen met de procedure van de algemene offerteaanvraag (art. 4 van de administratieve bepalingen).

De opdracht is een overheidsopdracht voor aanneming van werken bij wege van een promotieovereenkomst en heeft als voorwerp (art. 2 van de administratieve bepalingen) :

- de bouw op de gronden van de opdrachtgever, middels een opstalovereenkomst, tegen een vaste prijs en
- de exploitatie en onderhoud van het op te richten parkeergebouw voor een looptijd van 15 jaar te rekenen vanaf de voorlopige oplevering, zoals omschreven in het technische dossier in bijlage I bij het bestek.

Het betreft meer bepaald de bouw van een parkeergebouw voor wagens en fietsen, de exploitatie van dit parkeergebouw door verhuring van standplaatsen aan personeel van het OCMW Oostende en de Autonome Verzorgingsinstelling Ziekenhuis H. Serruys en het onderhoud van ditzelfde gebouw gedurende de overeengekomen periode.

3. In artikel 8 van de administratieve bepalingen van het bestek worden de gunningscriteria als volgt vastgesteld :

“De opdracht zal gegund worden aan de hand van volgende criteria :		
Gunningscriterium 1 :	Prijs van de bouw van het parkeergebouw en uitgestelde eigendoms-overdracht, eventueel te verminderen met voorstellen vanwege de inschrijver tot optimalisatie van de financiering voorzien in art. 17 (uit te drukken in een geactualiseerde waarde op het ogenblik van inschrijving)	50 punten
Gunningscriterium 2 :	Prijs voor de verhuring van een parkeerplaats	5 punten
Gunningscriterium 3 :	Technische waarde van de offerte, in de mate waarbij rekening gehouden werd met het gevraagde, de mogelijke inkorting van de maximale uitvoeringstermijn, referentie volgens de gevraagde klasse, voorstelling van de materialen	10 punten
Gunningscriterium 4 :	Kwaliteit opstalovereenkomst	5 punten
Gunningscriterium 5 :	Kwaliteit verhuurreglement parkeerplaatsen auto's	5 punten
Gunningscriterium 6 :	Kwaliteit onderhoudsplan van het parkeergebouw”.	25 punten

4. In artikel 16 van de administratieve bepalingen wordt de prijsbepaling geregeld, onder verwijzing naar gunningscriteria 1 en 2, en wordt onder meer bepaald dat de bouw van het parkeergebouw en de uitgestelde eigendoms-overdracht geschiedt “volgens het lastenboek in bijlage” tegen de maximale prijs van 3.400.000 euro alsook dat de parkeerplaatsen uitsluitend verhuurd kunnen worden

aan de personeelsleden van het OCMW Oostende en de autonome Verzorgingsinstelling H. Serruys tegen een maximum, jaarlijks te indexeren huurprijs van 100 euro inclusief BTW. Verhuring aan andere derden kan enkel met akkoord van de opdrachtgever en tegen een bij afzonderlijke overeenkomst vast te stellen prijs. Ingeval er geen volledige bezetting is van het parkeergebouw vergoedt het opdrachtgevend bestuur het verschil tegen de voornoemde huurprijs aan de inschrijver.

5. Artikel 20 van de administratieve bepalingen bepaalt dat de inschrijver bij zijn offerte, “op straffe van nietigheid” onder meer een voorstel voegt van onderhoudsplan van het parkeergebouw en een “cash flow-plan met betrekking tot de exploitatie en het onderhoud van het parkeergebouw voor de duur van 15 jaar”.

Op 6 maart 2006 worden offertes ingediend door verzoekende partij en door tussenkomende partij.

6. Bij schrijven van 5 april 2006 meldt de verwerende partij aan de verzoekende partij dat haar offerte niet werd gekozen en deelt haar tevens het gunningsverslag mee.

7. Nadat de verwerende partij op vraag van de verzoekende partij bij schrijven van 20 april 2006 een aantal rekennota's en een zogenaamd aanvullend verslag van de architect bezorgt, en de verzoekende partij op 3 mei 2006 inzage neemt van het aanbestedingsdossier, deelt laatstgenoemde met een brief van 5 mei 2006 haar bezwaren mee.

8. Met een verzoekschrift van 10 mei 2006 vraagt zij aan de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze eerste toewijzingsbeslissing.

In reactie daarop beslist de verwerende partij op 16 mei 2006 om deze beslissing in te trekken.

In het arrest nr. 159.201 van 24 mei 2006 stelt de Raad van State dan ook vast dat de ingeleide vordering tot schorsing zonder voorwerp is geworden.

9. Aansluitend op een niet-vertrouwelijke brief van 18 mei 2006 van de raadslieden van de verzoekende partij aan de raadsman van de verwerende partij bevestigt deze, met een brief van 19 mei 2006, dat de verwerende partij, na het nemen van een nieuwe gunningsbeslissing vrijwillig een stand-stillperiode van 10 dagen in acht zou nemen.

10. In antwoord op een vraag van de verwerende partij in een brief van 23 mei 2006, antwoordt de verzoekende partij, bij brief van 29 mei 2006, aan de verwerende partij dat, overeenkomstig de door de verwerende partij gestelde vereisten, alle kosten betreffende de bouw, de financiering, de exploitatie en het onderhoud van het parkeerhuis in de aangeboden totaalprijs begrepen zijn met uitzondering van de onroerende voorheffing. De tussenkomen partij antwoordt op 29 mei 2006 dat in haar offerte de verzekering tijdens en na de uitvoering van de werken is inbegrepen, alle kosten voor het in detail beschreven onderhoudsprogramma, werf- en signalisatieborden en alle werfgebonden heffingen, taksen en belastingen maar niet de onroerende voorheffing indien die verschuldigd zou zijn en evenmin de energiekosten. Zij verwijst naar de toekenning van een maximale jaarlijkse onderhoudsvergoeding van 100 euro BTW inbegrepen, geïndexeerd waarvoor het volledige onderhoud jaarlijks moet worden uitgevoerd en stelt dat, gezien de beperkte financiële ruimte, het voorstel van opstalvergoeding in die zin diende aangepast. In hun ontwerp opstalovereenkomst stellen zowel de verzoekende als de tussenkomen partij 1000 euro voor.

11. Met een brief van 8 juni 2006 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij haar nieuwe gunningsbeslissing mee, dit is de hier bestreden beslissing waarbij de opdracht andermaal aan de tussenkomen partij NV. Depret wordt toegewezen. Tegelijk wordt een nieuw gunningsverslag meegedeeld alsmede een tweede verslag van de architect van 1 juni 2006 met bijlagen.

12. Met een brief van 9 juni 2006 herinnert de raadsman van de de verzoekende partij de verwerende partij aan haar verbintenis een wachtperiode van 10 dagen te eerbiedigen.

Binnen deze periode van 10 dagen wordt op 16 juni 2006 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld;

De grondvoorwaarden tot schorsing

1. 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;

2. Overwegende, wat de eerste en de derde in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, dat de verzoekende partij zich inzake het nadeel beroept op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat zij daarbij ook naar de omvang en looptijd van de opdracht verwijst; dat zij voorts haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid motiveert door te verwijzen naar het risico dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, bij gebrek aan het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State en zulks uit een brief van 19 mei 2006 van de verwerende partij kan worden afgeleid waarin deze zich voor de betekening van de toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver vrijwillig een “stand-still periode” van tien dagen oplegt;

Overwegende dat de verwerende en de tussenkommende partijen zich wat de uiterst dringende noodzakelijkheid gedragen naar de wijsheid van de Raad van State; dat zij het rechtens vereiste nadeel daarentegen niet aangetoond weten;

Overwegende dat door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing, tussen de verwerende en de tussenkommende partij een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verder af zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de aanzienlijke waarde - meer dan

3 miljoen euro - van de in het geding zijnde opdracht en zijn lange looptijd, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen nadeel kan ondergaan; dat de overwegingen van de verwerende en de tussenkommende partijen, die in hoofdzaak het gebrek aan referentiewaarde van de in het geding zijnde opdracht betreffen, en waarbij de financiële waarde van de opdracht ten onrechte wordt gerelativeerd, aan die conclusie geen afbreuk vermogen te doen; dat voorts, wegens de dreigende betekening die uit de brief van 19 mei 2006 van de verwerende partij kan worden afgeleid, te dezen wordt aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat zij dit voorts deed binnen een korte termijn en dus op diligente wijze;

3.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verwerende partij in een exceptie het verzoekschrift niet ontvankelijk noemt omdat het te complex is opgebouwd; dat de exceptie niet wordt aangenomen, nu ook blijkt dat de verwerende partij de middelen terdege heeft begrepen en beantwoord;

Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending inroept van artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en het “patere legem” beginsel, in essentie omdat de offerte van de tussenkommende partij ten onrechte niet als substantieel onregelmatig werd geweerd, doordat de laatstgenoemde nagelaten heeft het in artikel 20 van de administratieve bepalingen van het bestek op straffe van nietigheid voorgeschreven cashflowplan met betrekking tot de exploitatie en het onderhoud van het parkeergebouw voor de duur van 15 jaar bij de offerte te voegen en zij enkel een grafiek heeft bijgevoegd met eenheden afgerond op 5.000 euro; dat de verzoekende partij voorts betoogt dat in de motivering van de bestreden beslissing de verwerende partij stelt dat “een cashflowplan door de inschrijvers enkel ten indicatieve titel aan het bestuur diende te worden bezorgd” maar dat de kwalificatie “indicatief” kennelijk ingaat tegen de duidelijke bepaling van het bestek dat, op straffe van nietigheid, een cashflowplan diende te worden opgenomen bij de offerte; dat de verzoekende partij ten slotte doet gelden dat het document dat tussenkommende partij bij haar offerte voegde, geenszins voldoet aan het door het bestek voorgeschreven “cashflowplan met betrekking tot de exploitatie en het onderhoud van het parkeergebouw voor de duur van 15 jaar”, terwijl dit wel degelijk een essentieel gegeven uitmaakt ter bepaling en bijgevolg ter beoordeling van de prijs van het parkeerhuis;

Overwegende dat de verwerende en tussenkomende partijen er in essentie op wijzen dat de tussenkomende partij wel degelijk een cashflowplan bijvoegde, dat dit volstond en eigenlijk niet veel minder betekende dan dat van de verzoekende partij, aangezien die cashflow niet zo belangrijk was voor de verwerende partij nu de inschrijver het risico van de exploitatie en het onderhoud draagt en zij enkel geïnteresseerd was in de gegevens omtrent de cashflow om na te gaan of de inschrijver wel voldoende liquide middelen had voor 350 parkeerplaatsen vermenigvuldigd met 100, wat reeds zou zijn nagegaan op grond van de offertes die alle gegevens ter zake bevatten; dat de tussenkomende partij nog benadrukt dat de inkomsten en uitgaven afgeleid konden worden uit de opgegeven huurprijs en het onderhoudsplan waar een piek in de uitgaven blijkt rond het 10 jaar zoals ook in het cashflowplan, zodat dit wel voldeed, en argumenteert met verwijzingen naar bepaalde rechtspraak en rechtsleer dat niet zonder reden “op straffe van nietigheid” gevraagd kan worden een document bij te voegen;

Overwegende dat artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zoals te dezen van toepassing, bepaalt dat “onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”; dat aldus deze bepaling een onderscheid maakt tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer degene die betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid- de relatieve onregelmatigheid, waarin het bestuur het recht heeft om de inschrijvingen als onregelmatig te beschouwen; dat de vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier moet worden beantwoord; dat, indien een offerte substantieel onregelmatig is, het bestuur die offerte buiten beschouwing moet laten; dat het ter zake niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt; dat de vraag zelf of een afwijking substantieel is daarentegen wel tot diverse antwoorden kan leiden; dat het daarbij in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid is om te bepalen of

de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft; dat, indien de offerte enkel relatieve onregelmatigheden bevat, de aanbestedende overheid vrij is om de offerte om die reden al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend; dat in het ene en het andere geval de materiële motiveringsplicht daarbij oplegt dat bij die beoordeling is uitgegaan van aanvaardbare motieven die op zijn minst uit het administratief dossier moeten blijken en de genomen optie ook formeel moet worden gemotiveerd;

Overwegende dat te dezen met de verzoekende partij dient vastgesteld dat de administratieve bepalingen van het bestek, onder “Voorwerp van de opdracht” uitdrukkelijk bepalen dat de exploitatie en het onderhoud van het op te richten parkeergebouw gedurende een periode van 15 jaar tot het voorwerp van de opdracht behoort, hetgeen wordt herhaald in artikel 24 van de administratieve bepalingen; dat prima facie ook moet worden vastgesteld dat het gunningscriterium “Prijs” enkel verwijst naar de bouw van het parkeergebouw en de uitgestelde eigendomsoverdracht, wat vreemd lijkt aan exploitatie en onderhoud; dat voorts in de samenvattende opmetingsstaat geenszins posten voorkomen die betrekking hebben op de exploitatie en het onderhoud van het parkeergebouw; dat daarom ook met de verzoekende partij prima facie lijkt te moeten worden aangenomen dat, wanneer een inschrijver louter de samenvattende opmetingsstaat invult, dan nog geenszins vaststaat welke prijs deze inschrijver hanteert voor de exploitatie en het onderhoud van het parkeergebouw gedurende een periode van 15 jaar;

Overwegende dat, al deze gegevens in acht genomen, het door het bestek vereiste “cashflowplan met betrekking tot de exploitatie en het onderhoud van het parkeergebouw voor de duur van 15 jaar” nodig lijkt met het oog op een correcte, objectieve en werkelijke vergelijking van de offertes in zoverre deze de kostprijs van de exploitatie en het onderhoud van het parkeergebouw over een periode van 15 jaar betreft, meer bepaald om te bepalen in welke mate de voormelde exploitatie- en onderhoudskosten de opbrengsten uit verhuring van de parkeerplaatsen te boven gaan; dat immers enkel op grond van een dergelijk plan de verwerende partij lijkt te kunnen bepalen in welke mate de door een inschrijver aangeboden bouwprijs dient te worden aangepast met het saldo van opbrengsten en exploitatie- en onderhoudskosten en aldus de bedoelde cashflow in cijfermatige gegevens nodig lijkt met het oog op de beoordeling van de betrokken offertes op grond van het gunningscriterium “Prijs”; dat, blijkbaar ook vanuit die optiek, de door

de verzoekende partij opgegeven exploitatie- en onderhoudskosten, namelijk het negatieve saldo na aftrek van de huuropbrengsten, in het gunningsverslag gevoegd werden bij de door verzoekende partij aangeboden bouwprijs voor het parkeerhuis als dusdanig en aldus de bouwprijs van de verzoekende partij ten belope van 3.143.039,27 euro verhoogd werd met een bedrag van 332.704,00 euro, uit hoofde van exploitatie en onderhoud van het parkeergebouw; dat daarentegen, wat de offerte van de tussenkommende partij betreft, uit de nota blijkt dat de verwerende partij ervan uitging dat bij de prijs van tussenkommende partij geen kosten moesten worden bijgeteld gelet op haar brief van 29 mei 2006 waarin zij meedeelt dat deze in de prijs zijn begrepen; dat de verwerende en de tussenkommende partijen in dit verband, bij het tweede middel verwijzen naar artikel 96, § 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 waarin is bepaald dat de inschrijver op een overheidsopdracht alle algemene en financiële kosten alsook de winsten moet verdelen over de onderscheiden posten van de samenvattende meetstaat, in verhouding tot hun belangrijkheid; dat de tussenkommende partij aldus de exploitatie- en onderhoudskosten in de bouwprijs zou hebben verrekend;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat niet zonder inhoudelijke reden, zo lijkt het, op straffe van nietigheid door het bestek werd voorgeschreven dat een “cash flow-plan met betrekking tot de exploitatie en het onderhoud van het parkeergebouw voor de duur van 15 jaar” bij de offerte diende te worden gevoegd; dat in de bestreden beslissing nu wordt gesteld dat een cashflowplan enkel “ten indicatieven titel” aan het bestuur diende te worden bezorgd; dat bovendien de tussenkommende partij uitdrukkelijk in haar brief van 29 mei 2006 bevestigde dat in haar prijs de exploitatie-en onderhoudskosten begrepen waren, in welk geval zich de vraag stelt of het cashflowplan in het concrete voorliggende geval nog zijn essentieel karakter had behouden en of de verwerende partij er terecht is van uitgegaan dat zij de offerte van de tussenkommende partij niet moest weren op grond van een cashflowplan zonder cijfers;

Overwegende dat de verwerende partij er initieel van uitging dat het cashflowplan belangrijk was; dat het immers op straffe van nietigheid in het bestek werd gevraagd; dat ook nu nog bij de bestreden beslissing de exploitatie-en onderhoudskosten waarop het betrekking heeft, blijkbaar een rol hebben gespeeld bij de beoordeling van het prijs criterium, wat geen der partijen betwist; dat niettemin dit cashflowplan thans en dit voor het eerst in de thans bestreden beslissing, zonder nadere motivering, indicatief wordt genoemd; dat de verwerende partij die optie

verdedigt door te stellen dat de inschrijver zelf het risico draagt maar daarbij lijkt voorbij te gaan aan het risico voor het bestuur op slechte uitvoering indien voor bepaalde posten geen of onvoldoende rekening is gehouden met de bedoelde kosten; dat zij bij gebrek aan cijfermatige gegevens geen zicht kon hebben op dat risico bij de offerte van de tussenkommende partij; dat noch in de bestreden beslissing noch in het gunningsverslag geconcretiseerd wordt hetgeen de verwerende partij daaromtrent doet gelden, namelijk dat zij enkel geïnteresseerd was in de vraag of de inschrijver voldoende liquide middelen had voor 350 parkeerplaatsen vermenigvuldigd met 100 euro, wat zij uit andere gegevens in de offerte dan het cashflowplan kon afleiden;

Overwegende dat uit hetgeen hiervoor is vastgesteld, lijkt te moeten worden afgeleid dat de verwerende partij niet overeenkomstig het bestek handelde door de vereiste neerlegging van een cashflowplan als indicatief aan te merken; dat te dezen dan nog de vraag rijst of de grafiek die de tussenkommende partij als dat plan heeft gevoegd bij haar offerte, aan de vereisten van het door het bestek bedoelde plan voldeed;

Overwegende dat hetgeen de tussenkommende partij heeft ingediend als cashflowplan, beperkt is tot een grafiek waarvan de eenheden bovendien afgerond lijken waardoor het bij gebrek aan juiste cijfermatige eenheden niet bruikbaar is ter correctie van de voornoemde bouwpijs; dat bij gebrek aan verwijzing naar becijferde kosten daarin, het onderhoudsplan dit euvel niet lijkt goede te maken; dat dienvolgens de offerte van de tussenkommende partij had dienen te worden geweerd; dat het middel dienvolgens in de besproken mate ernstig is;

3.2. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending inroept van onder meer artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel; dat zij daartoe betoogt dat bij de beoordeling aan de hand van het zesde gunningscriterium “Kwaliteit onderhoudsplan van het parkeergebouw” in het gunningsverslag van 1 juni 2006 de volgende subcriteria worden bepaald :

- “6.a) algemene service (3 punten)
- 6.b) hygiëne - opkuis (8 punten)
- 6.c) algemene verlichting - elektriciteit (3 punten)
- 6.d) belijning - signalisatie (3 punten)
- 6.e) toegangscontrole - slagbomen (3 punten)
- 6.f) brand- en codetectie (2 punten)
- 6.g) lift (2 punten)

6.h) riolering - pompen (1 punt).”,

dat aldus de criteria onderhoudscontract (1 pt) en onderhoudsfrequentie (5 pt) niet meer worden gebruikt maar de daardoor vrijkomende punten anders dan gesteld in de betreden beslissing niet evenredig werden verdeeld over de andere criteria nu enkel de eerste zes criteria elk één punt bij kregen en niet de laatste twee en waarbij geen rekening werd gehouden met het respectieve gewicht van elk criterium;

Overwegende dat de verwerende en de tussenkomende partijen antwoorden dat bestek noch aankondiging een relatief gewicht toekennen aan subcriteria zodat het bestuur over een zekere appreciatiemarge beschikt, en verwijzen naar het arrest inzake ATI EAC Sri e Viaggi di Maio Snc e.a. (C-331/04) van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen; dat er nog wordt op gewezen dat nog andere evenredige verdelingen mogelijk zijn dan voorgesteld door de verzoekende partij waarbij de tussenkomende partij de hoogste score blijft behalen;

Overwegende dat volgens de bestreden beslissing “onderhoudsfrequentie - 5 pt.” en “voorstellen onderhoudscontract - 1 pt.” niet meer afzonderlijk worden beoordeeld en deze 6 punten “evenredig” werden verdeeld “over de overige aspecten inzake het onderhoudsplan”; dat aldus, in vergelijking met het eerste gunningsverslag, telkens 1 punt werd toegevoegd aan de subcriteria algemene service (2 wordt 3), hygiëne - opkuis (7 wordt 8), algemene verlichting - elektriciteit (2 wordt 3), belijning - signalisatie (2 wordt 3), toegangscontrole - slagbomen (2 wordt 3), en brand- en codedetectie (1 wordt 2) ; dat echter geen toevoeging van punten gebeurde bij “lift” of “riolering pompen”; dat dergelijke werkwijze geen evenredigheid lijkt in te houden, nu bij twee subcriteria geen punten worden toegevoegd en dat telkens 1 punt. toevoegen geen rekening lijkt te houden met het initieel relatieve gewicht van elk subcriterium (1 bij 1 is niet hetzelfde als 1 bij 7); dat voorts, welke andere evenredige verdelingen er ook mogelijk zouden zijn en correct zouden kunnen zijn, de gehanteerde verdeling in elk geval niet evenredig lijkt;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat inderdaad de materiële motiveringsplicht geschonden lijkt nu er innerlijke tegenstrijdigheid is tussen de motieven van de bestreden beslissing; dat het in het verweer ingeroepen arrest niet kan worden betrokken op dit euvel; dat ook het tegenargument erin bestaande dat verwerende partij niet enkel spreekt van een evenredige herverdeling van 6 punten maar van een evenredige herverdeling over de “overige aspecten inzake het

onderhoudsplan”, niet lijkt op te gaan, nu althans op het eerste gezicht niet blijkt waarom het aspect “lift” en “riolering-pompen” daaraan vreemd zou zijn; dat ook dit middel in de besproken mate ernstig is;

Conclusie

Overwegende dat aldus is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17§§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn, wil een 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 Depret in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het bijzonder comité van het OCMW van Oostende van 6 juni 2006 waarbij de NV Depret wordt belast met de bouw van een parkeerhuis bij wijze van een promotieovereenkomst, financiering, exploitatie en onderhoud tegen de globale prijs van 3.321.700, 81 euro.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vier juli 2006, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.