

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 173.480 van 12 juli 2007
in de zaak A.181.947/XII-5064.**

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.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert, op 23 maart 2007 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging “van de artikelen 2 tot en met 4 van de beslissing dd. 6 februari 2007 van verwerende partij :

Art. 2- De huidige gunningsprocedure voor de opdracht voor de ‘bouw, financiering, exploitatie en onderhoud van een parkeerhuis’ te beëindigen;

Art. 3- De opdracht voor de bouw van een parkeerhuis opnieuw in mededinging te stellen, maar dan als een klassieke overheidsopdracht en via een openbare aanbesteding.

Art. 4 - De Administratie te belasten met de aankondiging van de nieuwe opdracht en het opstellen van het bestek en alle benodigde aanbestedingsdocumenten”;

Gezien het op 4 april 2007 ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de nietigverklaring vordert van dezelfde beslissing;

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 11 juni 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 juni 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat M. Gelders, die verschijnt voor de verwerende 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,

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST :

De procedure

1. Met een op 22 mei 2007 aangetekend verzonden brief wordt namens de verwerende partij een nota ingediend.

Het afschrift van het verzoekschrift tot schorsing is bij op 28 maart 2007 ter post aangetekende brief aan de verwerende partij gezonden. Het ontvangsbewijs is ondertekend en met een poststempel gedateerd op 29 maart 2007.

Luidens artikel 11 van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, kan de verwerende partij een nota met opmerkingen voegen aan het dossier van de zaak binnen acht dagen na kennisgeving van de vordering tot schorsing. De te dezen ingediende nota is dienvolgens te laat ingediend en wordt bij toepassing van het voornoemde artikel 11, derde lid, uit de debatten geweerd.

De gegevens van de zaak

2. In het Bulletin der Aanbestedingen van 3 en 10 februari 2006 wordt een aankondiging bekend gemaakt met betrekking tot een opdracht “bouw, financiering, exploitatie en onderhoud van een parkeerhuis” met als aanbestedende dienst Sociaal Huis Oostende .

3. Volgens het op deze opdracht toepasselijke bijzonder bestek, wordt de opdracht toegewezen met de procedure van een algemene offerteaanvraag.

Deze opdracht is volgens het bestek een promotieopdracht voor werken en heeft als voorwerp :

- de bouw op de gronden van de opdrachtgever, door middel van 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 gaat meer bepaald om 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.

Artikel 24 van de algemene administratieve bepalingen van het bestek herhaalt dat de inschrijver instaat voor het volledig onderhoud van het parkeergebouw gedurende de gehele opstalovereenkomst.

4. In artikel 8 van de algemene 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 eigendomsoverdracht, 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 :	5 punten
Prijs voor de verhuring van een parkeerplaats	
Gunningscriterium 3 :	10 punten
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	
Gunningscriterium 4 :	5 punten
Kwaliteit opstalovereenkomst	
Gunningscriterium 5 :	5 punten
Kwaliteit verhuurreglement parkeerplaatsen auto's	
Gunningscriterium 6 :	25 punten
Kwaliteit onderhoudsplan van het parkeergebouw".	

5. In artikel 16 van de algemene 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 eigendomsoverdracht geschiedt "volgens het lastenboek in bijlage" tegen de maximale vaste prijs van 3.400.000 euro, dat op dit bedrag door het bestuur geen BTW verschuldigd is, dat deze prijs kan rekening houden met voorstellen vanwege de inschrijver tot optimalisatie van de financiering voorzien in artikel 17 alsook dat de parkeerplaatsen uitsluitend verhuurd kunnen worden aan de personeelsleden van het OCMW Oostende, 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.

In de samenvattende meetstaat gevoegd bij het bestek wordt in fine wel gevraagd het bedrag van de BTW te vermelden.

Het voormelde artikel 17 regelt de financiering. Aldus wordt de investering door de inschrijver in beginsel gefinancierd door eigen middelen; desgewenst kan hij echter beroep doen op een lening, verschaft onder de voorwaarden en modaliteiten eigen aan de opdrachtgever, met waarborg van de opdrachtgever terugbetaalbaar op 15 jaar en gesloten tegen vaste rentevoet.

6. In artikel 24 van de algemene administratieve bepalingen "de opstalovereenkomst - fiscaliteit", is bepaald: "deze opdracht betreft de uitgestelde eigendomsoverdracht van een nieuw op te richten gebouw en is wat betreft het opdrachtgevend bestuur vrij van de BTW", "de eigendomsoverdracht aan het bestuur

bij einde nemen van de opstalovereenkomst gebeurt op basis van artikel 161, 2/ Wetboek registratie vrij van evenredig registratierecht” en “elke belasting, heffing, voorheffing of recht die bij de uitvoering van de opdracht of de stopzetting van bedrijvigheid van de inschrijver, door om het even welke reden, verschuldigd zou zijn, hetzij bij het toekennen van het opstalrecht hetzij tijdens de exploitatie van het parkeergebouw, hetzij bij de uiteindelijke eigendomsoverdracht, komt voor rekening van de inschrijver”.

7. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij in december 2005 contacten heeft met de FOD Financiën, BTW-administratie, waarin het voordeel van de constructie van “de promotieovereenkomst strekkende tot de bouw, de exploitatie en het onderhoud van een parkeertoren middels een opstalovereenkomst gegeven door het OCMW aan een inschrijver”, als volgt wordt uitgelegd, namelijk dat “aangezien de inschrijver in het kader van de exploitatie BTWplichtig is, ook de BTW op de bouw kan worden gerecupereerd door deze inschrijver. Het OCMW zou aldus een parkeertoren kunnen bouwen voor een vast bedrag van 3.250.000 euro ipv 4.000.000 euro en heeft gedurende 15 jaar geen administratieve last van verhuur van het parkeergebouw en geen kosten van onderhoud”. De voornoemde administratie meldt daarop geen probleem meer te hebben met de voorgelegde overeenkomst indien verduidelijkt wordt dat jaarlijks een vergoeding wordt betaald gelijk aan een annuïteit bestaande uit het jaarlijks terugbetaalde kapitaal, verhoogd met de jaarlijkse rente, hetgeen gebeurt.

8. Op 27 maart 2006 beslist de verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan de NV Depret.

9. Bij verzoekschrift van 10 mei 2006 vraagt de verzoekende partij aan de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze eerste toewijzingsbeslissing.

Aangezien de verwerende partij op 16 mei 2006 besluit om deze beslissing in te trekken, stelt de Raad van State in zijn arrest nr. 159.201 van 24 mei 2006 vast dat de vordering tot schorsing zonder voorwerp is.

10. Op 6 juni 2006 wordt de opdracht opnieuw toegewezen aan de NV Depret.

11. De verzoekende partij stelt op 16 juni 2006 tegen deze beslissing een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in. Bij arrest nr. 160.908 van 4 juli 2006 wordt bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze beslissing bevolen.

12. Door de artikelen 18 en volgende van de programmawet van 20 juli 2006 worden nieuwe maatregelen ter bestrijding van misbruik en hoofdelijke aansprakelijkheden bij niet betaling van de belasting ingevoerd in het kader van de BTW. Aldus wordt in artikel 1 van het wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde een § 10 ingevoegd volgens welke bepaling er sprake is van misbruik voor de toepassing van dat wetboek “wanneer de verrichte handelingen resulteren in het verkrijgen van een fiscaal voordeel waarvan de toekenning in strijd is met de doelstelling beoogd in dit Wetboek en de ter uitvoering ervan genomen besluiten en die handelingen in wezen het verkrijgen van dit voordeel tot doel hebben”. In artikel 51bis van het Wetboek wordt de volgende § 4 ingevoegd; “Elke belastingplichtige is hoofdelijk gehouden de belasting te voldoen met de persoon die er krachtens artikel 51, §§ 1 en 2, schuldenaar van is, als hij op het tijdstip waarop hij een handeling heeft verricht, wist of moest weten dat de betaling van de belasting, in de ketting van handelingen, niet werd gedaan of zal worden gedaan met de bedoeling de belasting te ontduiken”.

13. In een brief van 31 januari 2007 vraagt de verwerende partij aan de BTW-administratie Oostende advies over de fiscale haalbaarheid van de opgezette constructie inzake BTW en onroerende voorheffing.

14. In een e-mailbericht van 5 februari 2007 antwoordt de BTW-administratie Oostende dat in feite een constructie wordt voorgesteld met als enige bedoeling dat de BTW verschuldigd ten aanzien van de oprichting van het parkeerhuis, niet ten laste valt van het OCMW, wat niet kan worden aanvaard en strijdig zou zijn met de nieuwe anti-misbruikbepalingen inzake de BTW, en wordt vermeld dat op de terbeschikkingstelling van de parkeerplaatsen BTW verschuldigd is over de normale waarde van dergelijke handeling indien de door de gebruiker betaalde vergoeding lager is dan die normale waarde. Wat betreft de vraag inzake onroerende voorheffing, wordt verwezen naar de ter zake bevoegde dienst.

15. Op 6 februari 2007 neemt de verwerende partij de te dezen bestreden beslissing. Deze beslissing luidt onder meer :

“ [...]

Overwegende dat volgens artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het volgen van een procedure tot gunning van een overheidsopdracht niet de verplichting inhoudt om de opdracht toe te wijzen en de aanbestedende overheid zowel kan afzien van het toewijzen ervan als de procedure kan herbeginnen, desnoods op een andere wijze; dat het OCMW dus ook in het onderhavig geval principieel gerechtigd is om tot op het ogenblik van de contractsluiting af te zien van het toewijzen van de opdracht en om de opdracht te heraanbesteden;

Overwegende dat er in casu meerdere redenen zijn om te beslissen de huidige gunningsprocedure te beëindigen en de betrokken opdracht, zij het in een ander concept, te heraanbesteden;

Overwegende dat het OCMW vóór het uitschrijven van de opdracht, de eigen geldelijke inbreng voor de opdracht had gebudgetteerd op een bedrag tussen € 3200.000 en € 3.500.000; dat het OCMW er hierbij van uitging dat het noch BTW, noch onroerende voorheffing verschuldigd zou zijn; dat het bestek om die reden in artikel 26 uitdrukkelijk bepaalde: ‘Elke belasting, heffing, voorheffing of recht die bij de uitvoering van deze opdracht of bij een stopzetting van bedrijvigheid van de inschrijver, door om het even welke reden verschuldigd zou zijn, hetzij bij het toekennen van het opstalrecht, hetzij tijdens de exploitatie van het parkeergebouw, hetzij bij de uiteindelijke eigendomsoverdracht, komt voor rekening van de inschrijver’;

Overwegende dat het OCMW de voorgenomen opdracht heeft geconcipieerd als een promotieovereenkomst strekkende tot de bouw, de exploitatie en het onderhoud van een parkeertoren bij wege van een opstalovereenkomst gegeven door het OCMW aan de gekozen partner; dat het OCMW er daarbij van uitging dat zulke promotieopdracht een voordeel opleverde op het vlak van de BTW; dat de gekozen aannemer in het kader van de exploitatie immers BTW-plichtig is en dat aldus ook de BTW op het bouwwerk kan worden gerecupereerd door deze aannemer; dat het OCMW aldus een parkeertoren zou kunnen bouwen voor een maximaal vast bedrag van €3.400.000 in plaats van €4.114.000 en gedurende 15 jaar geen administratieve last zou hebben van de verhuur van het parkeergebouw en geen kosten van onderhoud; dat het OCMW in het kader van de opstalovereenkomst en de uitgestelde eigendomsoverdracht een jaarlijkse annuïteit zou betalen overeenkomend met de jaarlijkse lasten van de lening en beperkt tot het bedrag van de te financieren €3.400.000; dat de annuïteiten gelijke jaarlijkse bedragen betreffen zonder dat er BTW op verrekend wordt; dat het OCMW de annuïteiten zou voldoen in de mate de lening wordt terugbetaald door de gekozen partner;

Overwegende dat nu evenwel uit een schrijven van de BTW-administratie te Oostende dd. 6 februari 2007 blijkt dat de te kiezen aannemer in de voorgenomen constructie van de opdracht geen recht op BTW-af trek heeft en dat de van hem uitgaande handelingen aan BTW onderworpen zijn; voorts is het OCMW BTW verschuldigd op de terbeschikkingstelling aan hem van de opgerichte parkeertoren via uitgestelde eigendomsoverdracht....

Overwegende dat er voorts bij het OCMW onduidelijkheid is gerezen omtrent wie uiteindelijk de onroerende voorheffing verschuldigd zou zijn; dat het OCMW hiervan gewaar is geworden tijdens het verloop van de gunningsprocedure; dat die onduidelijkheid nl. vooreerst blijkt uit de stellingnames van de beide inschrijvers; dat Wyckaert in haar offerte heeft bepaald dat ‘alle directe en indirecte grond- en andere, huidige en toekomstige belastingen, heffingen en

taksen (...) (zoals onder meer onroerende voorheffing (...)) zijn ten laste van de begunstigde (...)', en tegelijk stelt : 'Gezien de betreffende belastingen en taksen echter niet gekend zijn en niet kunnen begroot worden bij het indienen van de offerte en/of het afsluiten van de promotieovereenkomst en de voorliggende opstalovereenkomst, zullen die op het moment van de heffing bij afzonderlijke overeenkomsten worden geregeld tussen de partijen' (rubriek 9.3 van de opstalovereenkomst zoals voorgesteld in de offerte van Wyckaert, p. 6); dat Wyckaert in haar schrijven van 29 mei 2006 dan weer meedeelt dat zij de onroerende voorheffing in ieder geval niet te haren laste zal nemen; dat ook Depret niet geheel duidelijk is in haar engagementen over de tenlasteneming van de onroerende voorheffing, en uiteindelijk ook in haar brief van 29 mei 2006 aan het bestuur meedeelt :

'Verder is er discussie in verband met het verschuldigd zijn van bepaalde heffingen of belastingen in exploitatie vb. onroerende voorheffing. Zoals in onze offerte vermeld kunnen zij, indien verschuldigd, deel uitmaken van een afzonderlijke overeenkomst naderhand en zijn op heden niet inbegrepen in onze offerte'.

Overwegende dat er aldus minstens onduidelijkheid bestaat omtrent de principiële vraag of de gekozen bouwonderneming dan wel het OCMW de onroerende voorheffing ten laste zou moeten nemen; dat hoe dan ook dan nog niet duidelijk zou zijn hoeveel deze onroerende voorheffing zou bedragen;

Overwegende dat nu evenwel uit een schrijven van de BTW-administratie te Oostende dd. 6 februari 2007 blijkt dat wanneer de exploitatie van de parkeertoren wordt waargenomen door de te kiezen aannemer, deze geen vrijstelling van onroerende voorheffing kan genieten. Op die manier is mede gelet op de formulering terzake in de offertes van de inschrijvers, minstens niet duidelijk hoe de regeling op het vlak van de onroerende voorheffing kan of moet zijn.

Overwegende dat het OCMW voorts een grondige wijziging wenst aan te brengen in de juridische conceptie van de opdracht; dat het met name, (mede om voornoemde fiscaalrechtelijke redenen) een eenvoudigere juridische constructie wenst aan te houden voor de betrokken opdracht dan het geval is bij de voorliggende PPS-(promotie-)opdracht; dat het OCMW het parkeerhuis wenst te laten bouwen door een aannemer, waarvoor het OCMW zelf een financiering zoekt en aangaat; dat het OCMW ook zelf materieel en financieel wenst in te staan voor de exploitatie en de verhuring van de parkeerplaatsen alsook het onderhoud van het parkeergebouw; dat het OCMW de bouwopdracht met andere woorden wenst te concipiëren als een klassieke overheidsopdracht; (dat het OCMW alvast geen onroerende voorheffing verschuldigd zou zijn ingeval het zelf het op te richten parkeerhuis zou exploiteren, terwijl er -zoals gesteld- alvast wel onroerende voorheffing verschuldigd is ingeval de gekozen partner voor de exploitatie zou instaan;

Overwegende dat het OCMW zich voorts uiteindelijk niet zo goed kan vinden in de voorstellen van onderhoudsovereenkomsten die door elk van beide inschrijvers werden gedaan in het kader van de lopende gunningsprocedure; dat het OCMW in het algemeen voor verscheidene kwesties ter zake van het onderhoud hogere eisen voor ogen had dan elk van beide inschrijvers heeft voorgesteld, onder meer op het vlak van de interventietijd in geval van problemen en de vervanging van technische installaties ; dat het OCMW in het kader van de hangende gunningsprocedure van offerteaanvraag echter niet vrijstond om daarover met de inschrijvers te onderhandelen;

Overwegende dat de in de huidige gunningsprocedure voorziene opstal-, verhuur- en onderhoudsovereenkomst (cf. de gunningscriteria 4, 5 en 6) aldus niet meer zouden moeten worden afgesloten nu het OCMW hiervoor zelf zou instaan in de nieuw uit te besteden opdracht; dat er immers geen recht van opstal meer wordt verleend met betrekking tot het parkeergebouw; dat verder het

OCMW zelf met de gebruikers overeenkomsten zal sluiten waarin de rechten en verplichtingen in verband met de verhuring van parkeerplaatsen zullen worden bepaald; dat het OCMW ten slotte zelf zal instaan voor het onderhoud van het op te richten parkeergebouw;

Overwegende dat voorts het feit dat er slechts twee inschrijvers een bieding hebben gedaan in het kader van de betrokken opdracht, relatief weinig is; dat het OCMW het opportuun acht om een nieuwe mogelijkheid te verschaffen om de concurrentie op grotere schaal te laten spelen;

Overwegende dat het OCMW ten slotte wenst te vermijden dat bepaalde gebreken in de lopende gunningsprocedure de beslissing tot toewijzing van de opdracht aan een inschrijver zouden kunnen aantasten; dat een gelijke behandeling van de inschrijvers echter niet op voldoende zekere wijze lijkt te kunnen worden gegarandeerd binnen het kader van het huidige bestek en de huidige offertes; dat de gelijke behandeling van de inschrijvers namelijk mogelijks in het gedrang wordt gebracht door de genoemde fiscaalrechtelijke onduidelijkheden; dat dat het geval zou kunnen zijn op het vlak van de verschuldigdheid van de onroerende voorheffing en het bedrag daarvan, waarvoor beide inschrijvers immers voorstellen deze nog in afzonderlijke overeenkomsten te regelen; dat er aldus hoe dan ook niet voldoende duidelijkheid bestaat over wat nu precies al dan niet in de aangeboden prijs (zijnde het eerste gunningscriterium in de huidige gunningsprocedure) is vervat of moet zijn vervat;

Overwegende dat louter het voordeel om alle offertes op een gelijke wijze te kunnen vergelijken alvast niet kennelijk buiten alle redelijke verhouding staat met het nadeel dat elk van de huidige inschrijvers eventueel opnieuw in mededinging komt met de andere die haar prijs kent; dat dit eens te meer geldt, gelet op de voorgenomen wijzigingen met betrekking tot de inhoud en het concept van de lopende opdracht;

Overwegende dat het OCMW in de geschetste omstandigheden en alle genoemde redenen tezamen genomen, als redelijk voorkomt te beslissen de lopende gunningsprocedure te beëindigen en de opdracht, die thans als een klassieke overheidsopdracht zou worden geconcipieerd, opnieuw aan te besteden; dat het bestuur daarbij verkiest om de opdracht te gunnen bij openbare aanbesteding;

Gelet op het voorgaande,

Beslist:

Art. 1- De beslissing dd. 6 juni 2006 van het Bijzonder Comité Aankoopbeleid van het OCMW van Oostende om de opdracht voor de bouw, financiering, exploitatie en onderhoud van een parkeerhuis' toe te wijzen aan de nv Depret in te trekken;

Art. 2 - De huidige gunningsprocedure voor de opdracht voor de 'bouw, financiering, exploitatie en onderhoud van een parkeerhuis' te beëindigen;

Art. 3 - De opdracht voor de bouw van een parkeerhuis opnieuw in mededinging te stellen, maar dan als een klassieke overheidsopdracht en via een openbare aanbesteding;

Art. 4 - De Administratie te belasten met de aankondiging van de nieuwe opdracht en het opstellen van het bestek en alle benodigde aanbestedingsdocumenten.

[...]"

De grondvoorwaarden voor de schorsing.

16. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging 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;

17. De verzoekende partij steunt een enig middel op :

“schending van artikel 16 en van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; schending van artikel 115 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij formuleert dit middel zeer omstandig op de bladzijden 8 - 26 van het verzoekschrift.

In essentie stelt zij daarbij, na een algemene uiteenzetting over de principes geldend inzake stopzetting van een gunningsprocedure en motivering, dat geen van de aangevoerde motieven om de oorspronkelijke gunningsprocedure stop te zetten en over te gaan tot heraanbesteding van een gewijzigde opdracht via een gewijzigde gunningsprocedure, deze beslissingen kunnen dragen nu het geen in rechte en in redelijkheid aanvaardbare motieven zijn; bepaalde motieven zouden ook onvoldoende begrijpelijk, duidelijk en precies zijn.

In de eerste plaats zouden de elementen die in de motivering worden aangehaald reeds gekend zijn geweest toen de eerste toewijzingsbeslissing, op 27 maart 2006, werd genomen en zeker op het moment van de tweede toewijzingsbeslissing, op 6 juni 2006. Aangezien deze elementen verwerende partij toen niet belet hebben de opdracht aan de NV Depret toe te wijzen, zouden deze thans niet meer aanvaardbaar zijn als motief om de lopende procedure stop te zetten en aantonen dat de bestreden beslissing enkel en alleen is ingegeven om de NV Depret te bevoordelen, namelijk haar een nieuwe kans geven op het verkrijgen van de uit te voeren opdracht.

Vervolgens wordt systematisch kritiek gegeven op de diverse motieven.

Wat betreft de BTW- problematiek stelt de verzoekende partij in essentie dat in de samenvattende opmetingsstaat van de oorspronkelijke gunningsprocedure de BTW diende te worden opgegeven zodat verwerende partij op de hoogte was van de verschuldigde BTW indien het parkeerhuis in haren hoofde niet vrij van BTW zou kunnen worden gerealiseerd, geëxploiteerd en onderhouden en dat dan de bouw en exploitatie van het parkeerhuis niet gerealiseerd zouden kunnen worden tegen de vooropgestelde maximumprijs van 3,4 miljoen euro, hetgeen haar nochtans niet belette om de opdracht eerder tot tweemaal toe te wijzen. Voorts zou de verwerende partij met betrekking tot het verschuldigd zijn van de BTW geenszins de juistheid van haar motieven aantonen, die kennelijk steunen op de brief van 6 februari 2007 - lees e-mail van 5 februari 2007 - van de BTW-administratie van Oostende, brief die nooit als zodanig aan de verzoekende partij werd meegedeeld. Het zou voorts gaan om relatief vage beweringen van de verwerende partij zonder dat deze aangeeft welke bepalingen inzake BTW zij toepasselijk acht op de oorspronkelijke opdracht indien deze daadwerkelijk zou worden gegund en gerealiseerd of stelt welke gevolgen op het vlak van de BTW precies uit die bepalingen volgen. De juistheid van de motieven inzake het verschuldigd zijn van de BTW zou dan ook niet afdoende zijn aangetoond minstens niet met de vereiste begrijpelijkheid, duidelijkheid en precisie. Voorts zouden deze motieven, indien al juist, niet in rechte aanvaardbaar zijn, nu het bestuur zich in feite beroept op het verschuldigd zijn van een belasting om een opdracht niet te gunnen -alhoewel die al twee maal eerder was gegund- en in feite steunt op de vaststelling dat de oorspronkelijke intentie om een indirecte belasting te ontwijken niet mogelijk is om de oorspronkelijke opdracht niet toe te wijzen en dan maar een gewijzigde opdracht in mededinging te stellen, des te meer nu op die gewijzigde opdracht in ieder geval BTW verschuldigd zal zijn. Het gegeven dat de verwerende partij gefnuikt werd in haar verwachting aan de BTW te kunnen ontsnappen zou ook niet inhouden dat het oorspronkelijk bestek een onduidelijkheid of onjuistheid zou bevatten die verbeterd moeten worden nu het verschuldigd zijn van de BTW geenszins volgt uit de toepasselijke besteksbepalingen maar wel uit de toepassing van de bepalingen van het voornoemde BTW-wetboek en de uitvoeringsbesluiten ervan.

Wat betreft de onroerende voorheffing, en meerbepaald de vraag of in het kader van de oorspronkelijke opdracht de gekozen promotor onroerende voorheffing verschuldigd zou zijn met betrekking tot het op te richten parkeergebouw en wie die dan uiteindelijk zou moeten dragen, stelt de verzoekende partij dat het ook hier gaat om elementen die reeds gekend waren toen de opdracht een eerste en tweede maal wel werd toegewezen, te meer nu verwezen wordt naar informatie ter zake

gegeven in de offerte door de verzoekende partij en de NV Depret, namelijk dat deze voorheffing, indien verschuldigd, niet in de offerteprijs was begrepen en na de eerste ingetrokken toewijzingsbeslissing en voor de tweede beslissing door beide nog bevestigd in antwoord op een vraag om toelichting omtrent welke prestaties, kosten, en heffingen precies in de offerteprijs begrepen zijn.

Wat betreft het beweerdelijk niet voldoen van de onderhoudsplannen, namelijk dat de verwerende partij zich uiteindelijk toch niet zo goed kon vinden in de respectieve voorstellen van onderhoudsovereenkomsten, stelt de verzoekende partij dat, welke beoordeling de verwerende partij ter zake thans zou geven, die nooit een draagkrachtige motivering van de bestreden beslissing kan zijn gelet op de relatief hoge scores die de verwerende partij eerder zowel aan de verzoekende partij als aan de NV Depret toekende met betrekking tot het zesde gunningscriterium “kwaliteit van het onderhoudsplan” en omdat de voorgestelde plannen tot tweemaal toe als kennelijk voldoende werden beoordeeld om de opdracht toe te wijzen.

Inzake de motivering dat men de conceptie van de oorspronkelijke opdracht wenst te wijzigen en de vaststelling dat er slechts relatief weinig met name twee inschrijvers waren, merkt de verzoekende partij opnieuw op dat tot twee maal toe de offertes werden beoordeeld op basis van de gunningscriteria wat leidde tot een gunningsverslag en tot twee gunningsbeslissingen zonder dat ooit enige twijfel werd geuit bij de conceptie van de opdracht of enige bedenking werd geuit bij het feit dat er slechts twee inschrijvers waren. De bezorgdheid voor het feit dat slechts twee offertes werden ingediend, die slechts opduikt na de schorsing van de tweede gunningsbeslissing die daardoor niet kan worden uitgevoerd, zou in werkelijkheid een manifeste weigering zijn van de verwerende partij om de oorspronkelijke opdracht alsnog aan de verzoekende partij te gunnen, nu vaststaat dat de offerte van de NV Depret substantieel onregelmatig diende te worden verklaard.

Wat betreft het motief dat in de oorspronkelijke opdracht de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang zou komen, stelt de verzoekende partij dat dit de overwegingen van het schorsingsarrest nr. 160.908 van 4 juli 2006 miskent omdat wordt aangenomen dat het juridisch nog mogelijk is beide offertes aan de gunningscriteria te toetsen terwijl in dat arrest wordt overwogen dat de offerte van de NV Depret had moeten worden geweerd.

18. Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bepaalt dat de opdracht, bij algemene of beperkte offerteaanvraag, 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. Artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, bepaalt dat de aanbestedende overheid -bij offerteaanvraag- de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht. Deze artikelen dienen te worden gekozen in samenhang met artikel 18 van de voormelde wet, volgens welke bepaling het volgen van de procedure van de offerteaanvraag geen verplichting inhoudt tot het toewijzen van de opdracht. De genoemde artikelen 16 en 115 zijn te dezen dienvolgens niet van toepassing, nu beslist werd de opdracht niet toe te wijzen.

19. Overeenkomstig artikel 18, eerste lid, van de voormelde wet van 24 december 1993 mag de aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig mag te werk gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

Blijkens de bestreden beslissing was het OCMW bij de conceptie van de oorspronkelijke opdracht als een promotie-overeenkomst strekkende tot de bouw, de exploitatie en het onderhoud van een parkeertoren met een opstalovereenkomst gegeven door het OCMW aan de gekozen inschrijver die gedurende de 15 jaar van de opstalovereenkomst ook zou instaan voor onderhoud en exploitatie, ervan uitgegaan dat dit een voordeel opleverde op het vlak van de BTW. De gekozen inschrijver was immers in het kader van de exploitatie BTW-plichtig en kon aldus de BTW op de bouw recupereren zodat het OCMW een parkeertoren kon bouwen voor een maximaal vast bedrag van 3,4 miljoen euro in plaats van 4.114.000 euro en in het kader van de opstalovereenkomst en de uitgestelde eigendomsoverdracht een jaarlijkse annuïteit zou betalen overeenkomend met de jaarlijkse lasten van de lening en beperkt tot het bedrag van de te financieren 3,4 miljoen euro. Deze annuïteiten zouden gelijke jaarlijkse bedragen zijn zonder dat er BTW op verrekend diende te worden en die voldaan zouden worden in de mate de lening werd terugbetaald door de gekozen partner.

De verzoekende partij betwistte vroeger dit uitgangspunt niet en doet dit ook nu niet. Uit het dossier blijkt tevens dat de BTW-administratie dan met een aangebrachte verduidelijking van de inhoud van de jaarlijks te betalen annuïteiten, geen bezwaar had tegen die opstalovereenkomst.

Het is in dat kader dat de eerste en tweede toewijzingsbeslissingen werden genomen, de laatste op 6 juni 2006.

Daarna wordt echter door de voormelde artikelen van de programmawet van 20 juli 2006 het kader van de BTW blijkbaar gewijzigd.

Dit BTW-aspect is een element dat niet eerder bekend was zodat de vaststelling van de verzoekende partij, -dat elementen die op het moment dat beslist werd tot toewijzing reeds bekend waren of bekend moesten zijn in geen enkel geval nog kunnen worden ingeroepen om uiteindelijk toch te beslissen tot een heraanbesteding- te dezen niet relevant lijkt.

De verzoekende partij toont niet met de in een administratief kort geding vereiste prima facie ernst aan waarom dit nieuw feit geen motief kan zijn om de procedure stop te zetten en over te gaan tot heraanbesteding via een gewijzigd en vereenvoudigd concept nu het eerstgeplande concept door de BTW-administratie werd aangemerkt als misbruik.

Het feit dat het bestuur via de opmetingsstaat kon weten wat de prijs zou zijn met BTW, en dat in het nieuwe concept in ieder geval BTW verschuldigd zal zijn, sluit niet uit dat het bestuur niet het risico wou lopen verder te werken met een concept dat volgens de BTW-administratie onder een antimisbruikbepaling valt met mogelijke sancties tot gevolg en met een uitgangspunt, ook vermeld in het bestek, dat onder meer geen BTW verschuldigd zou zijn, terwijl dit thans wel het geval zou zijn.

Het gegeven dat de BTW-administratie de eerst opgezette constructie kwalificeert als een misbruik, wat vermeld is in de bestreden beslissing, lijkt op zichzelf reeds een deugdelijke reden om de lopende procedure stop te zetten. De materiële motiveringsplicht lijkt dienvolgens niet geschonden noch lijkt er sprake van een niet correcte toepassing van het voormelde artikel 18. Het is dienvolgens niet dienstig eventuele schendingen van de formele motiveringsplicht zoals vervat in de wet van 29 juli 1991 nog na te gaan. De verzoekende partij kende de materiële

motieven aangezien ze deze aan kritiek onderwierp in het middel zodat het doel van de formele motiveringsverplichting, zich nuttig en met kennis van zaken in rechte te voorzien, bereikt lijkt.

20. Het middel is niet ernstig. Aan de eerste voorwaarde van het voormelde artikel 17 is niet voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen,

**OM DIE REDENEN
BESLUIT DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
twaalf juli 2007, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.