

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.457 van 30 juli 2009
in de zaak A. 193.376/XII-5889.**

In zake : 1. de NV ALGEMENE AANNEMINGEN VAN LAERE,
2. de NV COUSSEE-BOSTOEN,
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap ALGEMENE
AANNEMINGEN VAN LAERE & COUSSEE-BOSTOEN,
die woonplaats kiezen bij
advocaten R. Honoré en N. Vercruysse,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 4a

tegen :

het OPENBAAR CENTRUM VOOR MAATSCHAPPELIJK
WELZIJN VAN ROESELARE,
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. Van Heuven en S. Logie,
kantoor houdende te Kortrijk,
President Kennedypark 6, bus 24.

tussenkommende partij :

de NV ALGEMENE BOUW MAES,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. De Keuster,
kantoor houdende te Antwerpen,
Lange Lozanastraat 270.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Algemene Aannemingen Van Laere en de nv Coussée-Bostoën, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Algemene Aannemingen Van Laere & Coussée-Bostoën, op 14 juli 2009 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 29 juni 2009 van het beheerscomité van het Stedelijk Ziekenhuis van Roeselare om de opdracht voor het bouwen van een X-vleugel toe te wijzen aan de nv Algemene Bouw Maes;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 15 juli 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 juli 2009, om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat N. Vercruysse, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaten S. Ronse en J. Riemsлагh, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat D. De Keuster, die verschijnt voor de tussenkomen de partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De voornaamste voorgaanden

1. Door de verwerende partij wordt een algemene offerteaanvraag uitgeschreven voor de bouw van een X-vleugel aan het Stedelijk Ziekenhuis te Roeselare. De opdracht wordt aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie van 2 september 2008.

Er zijn drie inschrijvers, onder wie de door de verzoekende partijen gevormde tijdelijke handelsvennootschap. Op 3 december 2008 beslist het beheerscomité van het Stedelijk Ziekenhuis de opdracht toe te wijzen, onder voorbehoud van toekenning van een vergunning door de Vlaamse Gemeenschap, aan de door de verzoekende partijen gevormde tijdelijke handelsvennootschap. Die beslissing wordt bij arrest van de Raad van State nr. 189.731 van 22 januari 2009 geschorst, waarna ze op 28 januari 2009 wordt ingetrokken en de gunningsprocedure wordt stopgezet.

2. De verwerende partij schrijft een tweede algemene offerteaanvraag uit, die wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 maart 2009. Drie offertes worden ingediend, onder andere door de door de verzoekende partijen gevormde tijdelijke handelsvennootschap.

Op 10 juni 2009 besluit de verwerende partij ook deze procedure stop te zetten, omdat geen van de drie offertes als regelmatig beschouwd kan

worden of minstens dient vastgesteld te worden dat er een te grote rechtsonzekerheid bestaat of de inschrijvingen al dan niet regelmatig zijn.

3. Voorts wordt beslist om met toepassing van artikel 17, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna : overheidsopdrachtenwet), zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure, een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure en daartoe de drie inschrijvers uit te nodigen een aangepaste offerte in te dienen of een addendum aan hun bestaande offerte toe te voegen.

Alle drie de inschrijvers geven hieraan gevolg.

Na toetsing van de inschrijvingen aan de gunningscriteria, kent de toewijzingscommissie in haar verslag van 26 juni 2009 aan de nv Algemene Bouw Maes 178 punten toe, aan de tijdelijke handelsvennootschap nv Depret-nv Roegiers 173 punten en aan de door de verzoekende partijen gevormde tijdelijke handelsvennootschap 172 punten.

Zich bij het verslag van de toewijzingscommissie aansluitend, beslist het beheerscomité van het Stedelijk Ziekenhuis op 29 juni 2009 om de opdracht tot het oprichten van een X-vleugel toe te wijzen aan de nv Algemene Bouw Maes. De beslissing wordt aan de door de verzoekende partijen gevormde tijdelijke handelsvennootschap meegedeeld met een brief van 30 juni 2009 waarin erop wordt gewezen "dat [zij] beschikt over een wachttermijn van 15 dagen om deze beslissing aan te vechten voor de Raad van State, met een verzoekschrift bij uiterst dringende noodzakelijkheid".

De tussenkomst

4. De nv Algemene Bouw Maes vraagt terecht om in de procedure te mogen tussenkomen: zij is de begunstigde van de bestreden beslissing.

De ontvankelijkheid

5. Volgens de verwerende partij zijn de verzoekende partijen zonder belang. Uit de manier waarop de verzoekende partijen hun belang bij de vordering verwoorden, wordt afgeleid dat het eerste middel het "hoofdmiddel" zou zijn; het tweede, waarin de verzoekende partijen beweerdelijk alleen doen gelden beter gerangschikt te moeten worden dan de tijdelijke handelsvennootschap nv Depret-nv Roegiers, zou een "onderliggend" middel zijn. Aangezien het hoofdmiddel de beslissing van 10 juni 2009 betreft, is het "kennelijk onontvankelijk" : immers is die beslissing een "zelfstandige" rechtshandeling, "geenszins een voorbeslissing van de bestreden beslissing", en wordt ze niet aangevochten. Met het hoofdmiddel is naar de mening van de verwerende partij meteen ook "de gehele vordering" onontvankelijk.

6. De nogal precieuze exceptie tracht munt te slaan uit wat op het eerste gezicht slechts een selectieve lezing is van de uiteenzetting van de verzoekende partijen ter verantwoording van hun belang. Tenminste doet de exceptie te kort aan het geheel van de vermeldingen van het verzoekschrift.

Alleszins in het licht van het geheel van die vermeldingen wordt voorlopig vastgesteld dat het lot van het tweede middel niet afhankelijk is van of meebepaald wordt door dat van het eerste middel. Waar de verzoekende partijen in het tweede middel doen gelden dat hun offerte als "economisch meest voordelige offerte" moest zijn gerangschikt, claimen zij op het eerste gezicht dat hun offerte de voorkeur verdiende, niet alleen boven die van de tijdelijke handelsvennootschap nv Depret-nv Roegiers, maar ook boven die van de tussenkomende partij (pp. 7, 14, 26 en 28).

Overigens ziet de Raad van State in de huidige stand van zaken niet in waarom het feit dat de verzoekende partijen geen beroep instelden tegen de beslissing van 10 juni 2009 waarbij ook de tussenkomende partij wordt uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure, het eerste middel -waarin de onwettigheid van die beslissing wordt aangevoerd- kennelijk onontvankelijk zou maken.

Ten eerste lijkt de beslissing van 10 juni 2009 een onderdeel te zijn van de complexe administratieve rechtshandeling die in het aangevochten toewijzingsbesluit van 29 juni 2009 is uitgemond. Conform de arresten van de Raad van State nrs. 152.173 en 152.174 van 2 december 2005 inzake de nv Labonorm en de nv Amec Spie Belgium, mag de onwettigheid van een voorbereidende beslissing op ontvankelijke wijze worden aangevoerd tegen het eindbesluit, ook al kon er eventueel een afzonderlijk beroep tegen zijn ingesteld en is dit niet gebeurd.

Ten tweede was bij het instellen van de voorliggende vordering -en is bovendien nog altijd- de termijn voor de indiening van een annulatieberoep tegen de beslissing van 10 juni 2009 niet verstreken. Waarom de verzoekende partijen er binnen die termijn niet mee zouden mogen volstaan, als zij dat voldoende achten voor de bescherming van hun belangen, de onwettigheid van de beslissing van 10 juni 2009 alleen maar bij wege van een exceptie op grond van artikel 159 van de Grondwet te bestrijden, in plaats van met een annulatieberoep, is niet duidelijk.

7. De exceptie van de verwerende partij wordt verworpen.

8. Volgens een exceptie van de tussenkomen partij zijn de verzoekende partijen zonder belang omdat de door hen gevormde tijdelijke handelsvennootschap slechts als derde is geplaatst en de opdracht na een schorsing of vernietiging niet aan die tijdelijke handelsvennootschap, maar aan de tweede geplaatste "zal" worden toegewezen.

9. Terecht, op het eerste gezicht, trekt de tussenkomen partij de aandacht erop dat de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes over een grote beleidsvrijheid beschikt, dat de Raad van State zich terzake niet in de plaats van de overheid mag stellen en niet bevoegd is om de rangschikking te wijzigen.

Precies daarom, echter, lijkt het de Raad van State niet toe te komen een verzoekende partij haar belang te ontzeggen om reden dat de opdracht naar een andere gegadigde "zal" gaan, in een geval waarin het, gelet op het gegrond of ernstig bevonden middel, niet *a priori* is uit te sluiten dat de overheid daar rechtmatig tevens anders over zou kunnen oordelen en waarin het namelijk niet zonder meer is uit te sluiten dat zij de opdracht alsnog aan die verzoekende partij

toewijst. Ook door op grond van een eigen inschatting op de zienswijze van de overheid vooruit te lopen, zou de Raad van State zich inmengen in deze beoordelingsbevoegdheid.

Of de verzoekende partijen al dan niet een (ernstig) middel aanvoeren dat aannemelijk maakt dat hun offerte na een vernietiging of schorsing alsnog het hoogst aantal punten kan verkrijgen, zodat zij overeenkomstig het bestek (p. 10) "weerhouden" zal worden, betreft de grond van de vordering.

10. De exceptie van de tussenkommende partij wordt afgewezen.

De schorsingsvoorwaarden

11. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de Raad slechts tot een schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid besluiten onder de drievoudige voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen, en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is.

De grondvoorwaarde van een ernstig middel

Standpunt van de partijen

12. De verzoekende partijen leiden een tweede middel af uit, onder meer, de "schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheidsplicht en de motiveringsplicht".

In een eerste onderdeel bekritiseren zij de beoordeling van de verwerende partij met betrekking tot het eerste gunningscriterium, tweede subgunningscriterium. De verzoekende partijen betogen dat hun offerte op het stuk van de "methodiek om de prijs te handhaven en eventueel te verminderen, met inbegrip van garanties en boetemechanisme" manifest verkeerd beoordeeld werd of dat minstens onvoldoende rekening werd gehouden met hun effectief aanbod :

- ten onrechte en tegen de wettelijke principes inzake prijsopgave op basis van forfaitaire hoeveelheden in, stelt de verwerende partij dat door de verzoekende partijen geen engagement of garantie wordt genomen inzake een maximumplafond; minstens kan de vaststelling dat nauwelijks 0,0326 % van de inschrijvingsprijs in vermoedelijke hoeveelheden is uitgedrukt niet leiden tot een verschil in de beoordeling tegenover de andere inschrijvers;
- de verzoekende partijen hebben concrete besparingen voorgesteld, een sluitend systeem ontwikkeld om, lopende de uitvoering, de kostprijs op te volgen en laten het effect van de besparingen integraal aan de verwerende partij ten goede komen; in het geval van de tussenkommende partij komt het effect van de besparing slechts voor 40 % aan de verwerende partij toe en had de verwerende partij de absolute nietigheid van de voorgestelde besparingsmethodiek moeten vaststellen;
- de verwerende partij had de verzoekende partijen, in vergelijking met de andere inschrijvers die geen boeteclausules hebben voorgesteld, moeten belonen voor haar boetemechanisme.

13. In de nota werpt de verwerende partij in de eerste plaats tegen dat het middel niet ontvankelijk is omdat het "onderliggend is aan het eerste middel" en omdat de verzoekende partijen niet de impact van hun kritiek zouden berekenen.

Voorts merkt de verwerende partij op dat zij, gelet op haar financiële noden, wel degelijk de offerte van de verzoekende partijen ongunstiger mocht beoordelen omdat de verzoekende partijen geen enkele garantie inzake prijshandhaving geven, dat de tussenkommende partij terecht positiever is beoordeeld "omdat deze inschrijver -als enige- voorstelt 'om de opdrachtgever mee te laten profiteren van besparingen'", dat dit voorstel niet de besparing bij minwerken of alternatieve materialen beoogt, maar de besparing ingeval de tussenkommende partij lagere prijzen met de onderaannemers kan afspreken dan aangeboden bij de offerte, dat het openboekstelsel van de tussenkommende partij meer vrijheid biedt voor de verwerende partij dan de analytische boekhouding van de verzoekende partijen, dat het door de verzoekende partijen aangeboden boetemechanisme zonder rechtstreeks gevolg is voor de beheersing van de kosten en dat het niet onredelijk is "om enkel effectieve boetesystemen substantieel, gevoelig te belonen".

14. Ook de tussenkommende partij betwist de ontvankelijkheid van het middel, om reden dat de Raad van State niet bevoegd is zich in de plaats van de aanbestedende overheid te stellen en omdat een gedetailleerd onderzoek van de

offertes en de beoordeling niet mogelijk is in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Vervolgens betoogt de tussenkomende partij, samengevat, dat de verzoekende partijen eraan voorbij gaan dat zij de "bouwteamformule" heeft aangeboden, dat die formule een inspanningsverbintenis inhoudt om de kostprijs van alle posten van de meetstaat te verlagen en de aanbestedende overheid mee laat profiteren bij besparingen, dat een openboekstelsel een instrument is, maar dat de bouwteamformule inhoudelijk een stuk verder gaat, dat uit de kostenbewaking bij de verzoekende partijen geen enkel voordeel voortvloeit voor het opdrachtgevend bestuur, dat de verzoekende partijen in hun offerte enkele posten in vermoedelijke hoeveelheid hebben aangeboden, dat de bouwteamformule geenszins strijdig is met de onverenigbaarheid tussen aannemer en architect, en dat de door de verzoekende partijen voorgestelde boeteclausule "minder dan peanuts" is, zodat ze door de verwerende partij terecht is gelijkgesteld met "geen boete".

Beoordeling

15. Blijkens het bestek (pp. 10-11) zullen drie gunningscriteria gehanteerd worden. Het eerste is de "inschrijvingsprijs en methodiek die wordt toegepast om de kostprijs te handhaven en eventueel te verminderen", waarbij de "inschrijvingsprijs" op 100 van de in totaal 200 te begeven punten staat en de "methodiek om de kostprijs te handhaven en eventueel te verminderen, met inbegrip van garanties en boetemechanisme" op 20 punten.

Wat het laatstgenoemde subcriterium betreft, vermeldt het bestek :

"Naast de opgave van de inschrijvingsprijs dienen de inschrijvers op transparante wijze voor de gehele opdracht de kosten aan te geven. Voor het opdrachtgevend bestuur is het van zeer groot belang dat het vooropgestelde budget van € 12.905.880 gerespecteerd kan worden, zonder dat dit budget als een maximuminschrijvingsprijs wordt opgelegd.

Gelet op het belang dat het opdrachtgevend bestuur aan de beheersing van de kosten hecht, worden van de inschrijvers voorstellen verwacht die verhinderen dat de inschrijvingsprijs wordt overschreden, in het bijzonder daadwerkelijke garanties, gekoppeld aan een performant boetemechanisme. Het opdrachtgevend bestuur zal deze voorstellen evalueren, rekening houdende met de 'sterkte' en afdwingbaarheid van het boetemechanisme".

Beschikt de verwerende partij bij de toetsing van de offertes aan voormeld subcriterium over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid die de Raad van State niet in de plaats van de overheid mag uitoefenen, daaruit volgt

geenszins dat het oordeel van de aanbestedende overheid onttrokken zou zijn aan het wettigheidsstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad van State onder meer nagaan of de beoordeling wel met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven berust.

16. Nadat de verwerende partij in de bestreden beslissing heeft beschreven wat de drie inschrijvers op het stuk van dit tweede subgunningscriterium aanbieden, besluit zij als volgt :

"Van alle inschrijvers is de offerte van de Algemene Aannemingen Van Laere nv & Coussée-Bostoen nv veruit het minst uitgewerkt en het minst gunstige voor wat dit criterium betreft.

De T.V. Algemene Aannemingen Van Laere nv & Coussée-Bostoen nv stelt een 'boetemechanisme' voor, dat evenwel, in achtgenomen de hoegrootheid van de opdracht, cijfermatig bijzonder bescheiden is (en daarom niet afschrikwekkend) en bovendien een louter formalistisch karakter draagt. Het 'boetemechanisme' heeft geen enkele reële impact op de kostprijsbeheersing. Als enige wordt door deze inschrijver geen engagement noch garantie genomen terzake een maximumplafond.

De Algemene Bouw Maes nv neemt verschillende engagementen terzake plafondbudgetten en absolute forfaits. Tevens wordt een openboekstelsel voorgesteld, waarbij besparingen worden verdeeld. Er wordt geen eigenlijk boetemechanisme voorgesteld.

Deze inschrijver heeft de meest gunstige offerte voor wat betreft het tweede subgunningscriterium ingediend.

De T.H.V. Depret nv-Roegiers nv voegt een indrukwekkende beschrijvende nota toe aan haar dossier, die evenwel al bij al weinig specifiek is terzake de methodiek die in concreto wordt toegepast om de kostprijs te handhaven en eventueel te verminderen. Er wordt evenwel geen eigenlijk boetemechanisme voorgesteld. Er wordt bevestigd dat de offerte een vast budget omvat, weze het met uitzondering van de prijsherziening.

Deze offerte is gunstiger dan deze van de T.V. Algemene Aannemingen Van Laere nv & Coussée-Bostoen nv, maar minder gunstig dan deze van de Algemene Bouw Maes nv.

Algemene Bouw Maes NV en THV Depret-Roegiers NV nemen vergelijkbare engagementen naar maximumplafonds. Indien de offerte van Algemene Bouw Maes NV gunstiger wordt beoordeeld dan deze van THV Depret-Roegiers NV, dan is het omwille van het feit dat enkel deze inschrijver werkt met een echt openboekstelsel. Bovendien stelt deze inschrijver voor om de opdrachtgever mee te laten profiteren van besparingen. Zelfs indien geen van de drie inschrijvers een echt boetemechanisme voorstelt met impact op de kostprijsbeheersing, zijn de garanties die Algemene Bouw Maes NV biedt om de kostprijs te handhaven en te verminderen de gunstigste van de drie offertes".

Finaal kent de verwerende partij voor het subgunningscriterium aan de tussenkomende partij 16 punten op 20 toe, aan de tijdelijke handelsvennootschap nv Depret-nv Roegiers 14 punten en aan de door de verzoekende partijen gevormde tijdelijke handelsvennootschap 8 punten.

17. Uit wat voorafgaat, wordt voorlopig geconcludeerd dat bij de beoordeling van het besproken subgunningscriterium vooropstond welke "engagementen naar maximumplafonds" de inschrijvers aangingen. Aangezien de verzoekende partijen terzake beweerdelijk geen enkel engagement nemen noch enige garantie bieden, moeten zij het stellen met 8 punten. De tussenkomen­de partij en de tijdelijke handelsvennootschap nv Depret-nv Roegiers worden even goed beoordeeld en krijgen elk (minstens) 14 punten - de tussenkomen­de partij krijgt nog twee punten bij omdat zij met betrekking tot het bouwteambudget voor de afwerking en de technische installaties aanbiedt om met een openboekstelsel te werken én om bepaalde "spelregels" te hanteren waarbij besparingen gerealiseerd kunnen worden, die gedeeltelijk naar de aanbestedende overheid zouden gaan.

Het mag dan wel zo zijn, zoals de tussenkomen­de partij benadrukt, dat deze zogenaamde "bouwteamformule" sterk verschilt van wat de verzoekende partijen aanbieden, het belet niet de vaststelling dat de tijdelijke handelsvennootschap nv Depret-nv Roegiers op het eerste gezicht evenmin een dergelijke "bouwteamformule" aanbiedt en toch 14 punten toegekend kreeg, hetzij liefst 6 meer dan de verzoekende partijen.

18. Op goede grond, zo lijkt, betogen de verzoekende partijen, met een verwijzing naar artikel 1, § 1, van de overheidsopdrachtenwet "dat de wetgeving inzake overheidsopdrachten als essentieel principe stelt dat de opdrachten voor aanneming van werken gegund worden op een forfaitaire grondslag". Ook het bestek zelf (p. 8) is duidelijk : "De opdracht is een opdracht tegen globale (forfaitaire) prijs". Luidens artikel 86 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, waaraan het bestek refereert, is de opdracht voor een globale prijs een opdracht waarvoor een forfaitaire prijs het geheel van de prestaties dekt of die uitsluitend forfaitaire posten omvat.

In dit licht is er op het eerste gezicht reden om de verzoekende partijen bij te vallen waar zij schrijven :

"Waar de offertes van de drie inschrijvers een wettelijk forfaitair karakter [hebben], hebben ze alle drie op een gelijkwaardige wijze het engagement aangenomen om het inschrijvingsbedrag als plafond te beschouwen. Wat uit de wet voortvloeit moet niet expliciet worden herhaald".

Niettemin werpt de bestreden beslissing de verzoekende partijen tegen dat door hen "geen engagement noch garantie genomen [wordt] terzake een maximumplafond". Dit laat zich zonder nadere toelichting niet begrijpen. Deze toelichting is er evenwel niet. Het heeft er alle schijn van dat de verwerende partij zich van het forfaitair karakter van de prijs van de verzoekende partijen geen rekenschap heeft gegeven.

De bestreden beslissing lijkt in die mate onvoldoende zorgvuldig tot stand gekomen, minstens niet deugdelijk gemotiveerd.

19. Dat is op het eerste gezicht ook het geval in zoverre de bestreden beslissing wel oog heeft voor het voorstel van de tussenkommende partij om de kostprijs te verminderen en daar tevens punten voor geeft, maar totaal voorbij lijkt te gaan aan de voorstellen terzake van de verzoekende partijen.

Hebben de verzoekende partijen weliswaar niet een "bouwteamformule" voorgesteld als de tussenkommende partij deed, zij lijken er zich in hun verzoekschrift terecht op te beroepen dat zij "concrete besparingen hebben voor gesteld en een sluitend systeem hebben ontwikkeld om lopende de uitvoering de kostprijs op te volgen, waarbij het effect van de besparingen integraal aan de Verwerende partij ten goede komt". Inzonderheid hebben zij in hun nota 8.1.2. bij hun offerte, "Methodiek kostenbeheersing, garanties en boetemechanisme", vermeld dat suggesties om de kostprijs te verminderen in item 13 bij de offerte worden gevoegd en dat bijkomende suggesties tijdens de uitvoering geformuleerd zullen worden.

Echter zijn de genoemde suggesties in item 13 op generlei wijze betrokken geworden bij de bespreking van het eerste gunningscriterium, tweede subgunningscriterium. Integendeel laat de samenvatting die de bestreden beslissing van de bewuste nota van de verzoekende partijen geeft, uitschijnen dat zij alleen hebben voorgesteld "tijdens de uitvoering" besparingssuggesties te doen.

Op het eerste gezicht is het derhalve niet zo dat, zoals de verwerende partij in de nota beweert, de tussenkommende partij "als enige" heeft voorgesteld om de opdrachtgever mee te laten profiteren van besparingen. Wel lijkt het dat de verwerende partij de voorstellen van de verzoekende partijen over het

hoofd gezien heeft, minstens onvoldoende zorgvuldig heeft onderzocht of onvoldoende gemotiveerd terzijde heeft geschoven.

20. Deze vaststellingen volstaan om het niet uitgesloten te achten dat de offerte van de door de verzoekende partijen gevormde tijdelijke handelsvennootschap, na een vernietiging of schorsing van de bestreden beslissing op die grond, bij een herbeoordeling meer dan 6 punten beter scoort en dus in totaal meer dan 178 punten zou verkrijgen, in welk geval de voorkeur van de verwerende partij naar die offerte zou dienen te gaan.

Het middel, dat -als reeds *sub* nr. 6 gezien- niet "onderliggend" is aan het eerste middel en dat evenmin is gebleken van die aard te zijn dat het zich niet leent tot een beoordeling in het kader van een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, komt in de huidige stand van de procedure voor ontvankelijk te zijn en in de aangegeven mate ernstig.

De grondvoorwaarden van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel en een uiterst dringende noodzakelijkheid

Standpunt van de partijen

21. De verzoekende partijen voeren aangaande het risico van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan dat zij dreigen de mogelijkheid te verliezen om de opdracht zelf uit te voeren, dat het om een zeer belangrijke opdracht en een belangrijke referentiewaarde gaat, "meer bepaald naar omvang toe van de opdracht als naar de sector toe waarover het gaat meer bepaald de ziekenhuissector", dat het verliezen van de opdracht een belangrijk financieel nadeel en verlies aan omzet zou meebrengen, en dat het uitvoeren van de opdracht van essentieel belang is met het oog op het opbouwen van een bestand aan actuele referenties.

Met betrekking tot de uiterst dringende noodzakelijkheid zetten de verzoekende partijen uiteen dat de opdracht het voorwerp heeft uitgemaakt van een Europese bekendmaking, zodat artikel 21bis, § 2, van de overheidsopdrachtenwet van toepassing is, en dat de verwerende partij zelf de toepassing van die bepaling heeft bevestigd door in haar schrijven van 30 juni 2009 te verwijzen naar een wachttermijn van 15 dagen om bij de Raad van State een verzoekschrift bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen.

22. De verwerende partij verklaart zich in verband met het moeilijk te herstellen ernstig nadeel naar de wijsheid van de Raad van State te gedragen. Wat de uiterst dringende noodzakelijkheid aangaat, rakelt zij nog eens de beslissing van 10 juni 2009 op om ook de tussenkomende partij uit te nodigen voor de onderhandelingsprocedure. Naar haar mening hebben de verzoekende partijen de uiterst dringende noodzakelijkheid aan zichzelf te wijten : "Het was perfect mogelijk en, in het licht van de uiterst dringende noodzakelijkheid, vereist, om onmiddellijk de beslissing van 10 juni 2009 aan te vechten, hetgeen perfect had gekund middels een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid".

De tussenkomende partij van haar kant gedraagt zich zowel wat de tweede als wat de derde schorsingsvoorwaarde betreft "naar de wijsheid".

Beoordeling

23. De uiteenzetting van de verzoekende partijen overtuigt. Daargelaten of het voormelde artikel 21bis, § 2, van toepassing is -nu immers de bestreden beslissing een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang ervan betreft-, mochten de verzoekende partijen alleszins in de concrete omstandigheden van de zaak, onder meer gelet op de kennisgevingsbrief van de verwerende partij van 30 juni 2009, ervan uitgaan dat het risico reëel was dat de bestreden beslissing door de verwerende partij aan de tussenkomende partij betekend zou worden indien werd nagelaten binnen een termijn van 15 dagen een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen. In voorkomend geval zou de overeenkomst tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij tot stand komen en het aangevoerde risico van een moeilijk te herstellen nadeel zich voltrekken.

De tweede en derde schorsingsvoorwaarden zijn derhalve vervuld. Het verweer van de verwerende partij kan niet tot een andere conclusie leiden : het gaat goeddeels terug op een redenering die al *sub* nr. 6 is verworpen en hoe dan ook houdt het ernstig bevonden middel op generlei wijze verband met de beslissing van 10 juni 2009.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Algemene Bouw Maes in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 29 juni 2009 van het beheerscomité van het Stedelijk Ziekenhuis van Roeselare om de opdracht voor het bouwen van een X-vleugel toe te wijzen aan de nv Algemene Bouw Maes.

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, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig juli tweeduizend en negen, door :

de HH. J. Lust,
 D. Decock,

wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

D. DECOCK.

J. LUST.