

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 197.653 van 6 november 2009
in de zaak A. 194.262/XII-5985.**

In zake: 1. de NV VINCI PARK BELGIUM
2. de NV INTERPARKING
3. de NV PARKEERBEHEER
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap VINCI-
INTERPARKING-PARKEERBEHEER,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Jeroen Gobbin
kantoor houdende te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ROESELARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Sofie Logie
kantoor houdende te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de BVBA OPTIMAL PARKING CONTROL
2. de NV ALGEMENE AANNEMINGEN VAN LAERE
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap OPTIMAL
PARKING CONTROL-ALGEMENE AANNEMINGEN VAN
LAERE,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdende te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

De vordering, ingesteld op 13 oktober 2009, strekt tot de
schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“(1) De beslissing van 18 mei 2009 van het college van burgemeester en
schepenen van de Stad Roeselare, met zetel te 8800 Roeselare, Botermarkt
2, meegedeeld in een brief van de heer burgemeester en de heer

stadssecretaris van dezelfde datum die door verzoekende partij op 19 mei 2009 werd ontvangen, waarin het college beslist: ‘de TV bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere te kiezen als voorkeurbieder en de TV nv Vinci - nv Interparking - nv Parkeerbeheer in de wachtkamer te plaatsen, en dit in afwachting dat met de voorkeurbieder tot een definitieve overeenkomst wordt gekomen.’

(2) de beslissing van 6 oktober 2009 van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Roeselare, met zetel te 8800 Roeselare, Botermarkt 2, meegedeeld in een brief van de heer burgemeester en de heer stadssecretaris van 6 oktober 2009 en ontvangen op 6 oktober 2009, om ‘op basis van het verslag van nazicht van de offertes met het oog op de keuze van een opdrachtnemer d.d. 6 oktober 2009, de TV bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere te kiezen als de opdrachtnemer voor de uitvoering van de opdracht ‘Exploitatie van de openbare parkeerinfrastructuur van de stad Roeselare’ en

(3) de daarin vervatte impliciete beslissingen om de offerte van de THV Vinci - Interparking - Parkeerbeheer niet als voorkeursbieder aan te duiden en, vervolgens, niet als economisch meest voordelige offerte te aanvaarden”.

II. Verloop van de rechtspleging

De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 oktober 2009, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaten Dirk Van Heuven en Sofie Logie, die verschijnen voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

1.1. Op 26 juni 2007 schrijft de gemeenteraad van de stad Roeselare een opdracht uit voor de “exploitatie van de openbare parkeerinfrastructuur van de stad Roeselare”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 3 juli 2007 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 juli 2007.

1.2. Er worden vijf aanvragen tot deelneming ingediend.

1.3. Op 5 november 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen om alle kandidaten te selecteren voor verdere deelname.

1.4. Op grond van het bestek kunnen de geselecteerde kandidaten tot uiterlijk 31 juli 2008 een offerte indienen.

1.5. Drie offertes worden ingediend, namelijk door:

- de thv bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere, te dezen verzoekende partijen tot tussenkomst
- de thv nv Vinci - nv Interparking - nv Parkeerbeheer, te dezen de verzoekende partijen
- de nv City-Parking - nv Q-Park.

1.6. Op 24 november 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen tot onregelmatigverklaring van de offerte van de nv City-Parking - nv Q-Park.

1.7. Vervolgens keurt de gemeenteraad op 19 januari 2009 een aangepast bestek goed, op grond waarvan de geselecteerde kandidaten uiterlijk 19 februari 2009 een aangepaste offerte kunnen indienen.

1.8. Uit het bestek blijkt dat de opdrachtgevende overheid heeft beslist om haar parkeerbeleid te structureren en te optimaliseren en dat zij in het kader daarvan de exploitatie van de openbare parkeerinfrastructuur, met eventueel de daaraan gekoppelde bouwwerken, wenst toe te vertrouwen aan één enkel parkeerbedrijf, gedurende een periode van in beginsel 32 jaar en dit zowel voor wat

betreft het parkeergebeuren “op de straat” als “van de straat” (in een parkeergebouw) en zowel wat betreft de reeds ingerichte als de nog in te richten openbare parkeerinfrastructuur.

In functie van de diverse parkeergelegenheden, wordt de opdracht in “loten” opgedeeld zijnde:

- lot 1: Parkeerplaatsen “op de straat”
- lot 2: Wallenparking
- lot 3: Nieuwe parking met minimaal 200 parkeerplaatsen binnen de vijf jaar
- lot 4: Toekomstige nieuwe parking(s) indien een bepaalde bezettingsgraad wordt bereikt.

Wat lot 3 betreft wordt opgemerkt dat in het oorspronkelijke bestek in de exploitatie van de Centruumparking voorzien was, doch dat de exploitatie van deze parking in het huidige bestek niet langer verplicht wordt gesteld en dit ingevolge het zich terugtrekken van de opdrachtgevende overheid uit de onderhandelingen met de eigenaar van de site, namelijk CBS Invest, gelet op wat door de opdrachtgevende overheid werd beschouwd als te hoog ingeschatte bouwkosten. Aan de inschrijvers wordt nu opgelegd om een bovengrondse/ondergrondse parking met minimum 200 parkeerplaatsen te bouwen en te exploiteren binnen vijf jaar na ondertekening van de raamovereenkomst. Indien de inschrijver dit wenst, kan hij nog steeds opteren voor de Centruumparking, in welk geval hij zelf de onderhandelingen met CBS Invest zal moeten voeren.

1.9. Omwille van de combinatie van het parkeergebeuren “op de straat” en “van de straat”, is de stad Roeselare van oordeel dat de overheids-opdrachtenreglementering te dezen niet van toepassing is en dat het een opdracht “sui generis” betreft, die zal worden gegund door middel van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Zij wijst er op dat het exploitatierisico in belangrijke mate bij de opdrachtnemer ligt en dat het recht en de verplichting tot exploitatie, zeker voor wat het parkeergebeuren “van de straat” betreft, is gesteund op de vestiging van een al dan niet zakelijk recht (bijvoorbeeld erfpacht) op de parkeergelegenheid zelf.

1.10. Luidens het bestek zal de opdracht worden gegund aan de inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch

voordeligste is vanuit het oogpunt van de opdrachtgever, rekening houdende met de gunningscriteria die in het bestek als volgt worden bepaald:

1. Vergoedingsmechanisme	300 punten,
2. Kwaliteit van de dienstverlening	250 punten,
3. Overleg en flexibiliteit	100 punten,
4. Visie in verband met het mobiliteits- en parkeergebeuren te Roeselare	50 punten,
5. Voorstel van overeenkomst houdende vestiging van een zakelijk recht (bijvoorbeeld erfpacht) en raamovereenkomst	50 punten.

1.11. In verband met de toewijzing van de opdracht en de totstandkoming van de overeenkomst bevat het bestek bovendien de volgende bepalingen:

“5.6. Toewijzing op basis van de offerte

De opdracht wordt toegewezen aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte.

De opdrachtgevende overheid behoudt zich het recht voor om indien zou blijken dat de offertes niet tot het op basis van dit bestek verhoopte resultaat zouden leiden alsnog tot onderhandelingen met één of meerdere inschrijvers over te gaan, alvorens tot de selectie van de meeste voordelige inschrijving over te gaan.

Hoe dan ook behoudt de opdrachtgevende overheid zich het recht voor om de inschrijvers van wie de offerte niet als meest voordelige inschrijving geselecteerd wordt, in de wachtkamer te plaatsen, hetgeen betekent dat zij eventueel alsnog kunnen geroepen worden tot de onderhandelingen, alvorens definitief uit te sluiten en dit in afwachting van het bekomen van een definitieve overeenkomst met de geselecteerde inschrijver, met inbegrip van de “financial close”.

5.7 Ondertekening van de raamovereenkomst en deellovereenkomsten

De verbintenis met de opdrachtnemer komt tot stand door de ondertekening van de raamovereenkomst, met in bijlage de overeenkomst inzake het kwaliteitsniveau.

De opdrachtnemer verbindt zich ertoe, behoudens andersluidend akkoord van de opdrachtgevende overheid, om tot de ondertekening van de raamovereenkomst met bijlagen over te gaan binnen de veertien dagen nadat hij ertoe door de opdrachtgevende overheid verzocht is”.

1.12. De thv bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere en de thv nv Vinci - nv Interparking - nv Parkeerbeheer dienen beide op 19 februari 2009 een aangepaste offerte in.

1.13. Op 12 maart 2009 wordt aan beide inschrijvers nog een vragenlijst bezorgd die op 16 maart 2009 door beide inschrijvers wordt beantwoord.

Vervolgens volgt op 17 maart 2009 nog een individueel onderhoud met beide inschrijvers, waarvan ook een verslag wordt opgemaakt.

Eveneens op 17 maart 2009 passen de inschrijvers hun antwoordenlijst van 16 maart 2009 aan.

Op 30 maart 2009 wordt nog een vraag tot verduidelijking gesteld aan de thv bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere, die op 31 maart 2009 wordt beantwoord.

1.14. In het verslag van nazicht van de offertes van 15 mei 2009 worden beide offertes beoordeeld en getoetst aan de gunningscriteria en wordt voorgesteld om de thv bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere als voorkeursbieder te kiezen.

1.15. Op 18 mei 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen om de thv bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere te kiezen als voorkeurbieder en om overeenkomstig artikel 5.2.1 (c) van het aangepaste bestek, de thv nv Vinci - nv Interparking - nv Parkeerbeheer in de wachtkamer te plaatsen en dit in afwachting dat met de voorkeurbieder tot een definitieve overeenkomst wordt gekomen, met inbegrip van de “financial close”.

Dit is de eerste bestreden beslissing, die bij brief van 18 mei 2009 aan de verzoekende partijen wordt meegedeeld.

Eveneens op 18 mei 2009 wordt aan de bvba Optimal Parking Control meegedeeld dat de thv bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere als voorkeurbieder werd aangewezen en dat zij hieromtrent eerstdaags zal worden gecontacteerd .

1.16. In een brief van 25 mei 2009, gericht aan de stad Roeselare, wordt namens de verzoekende partijen gewezen op een aantal feitelijke en juridische fouten in het verslag van nazicht die tot gevolg zouden hebben dat het puntenverschil tussen beide inschrijvers meer dan teniet wordt gedaan. Aan het college van burgemeester en schepenen wordt gevraagd om de beslissing van 25 mei 2009 in te trekken en te heroverwegen, minstens te bevestigen dat de beslissing wordt heroverwogen en dat zolang geen onderhandelingen met de voorkeurbieder worden gevoerd.

1.17. Op 2 juni 2009 wordt nog een hoorzitting gehouden door het college van burgemeester en schepenen waarop de verzoekende partijen hun grieven blijken te hebben uiteengezet.

Diezelfde dag stellen de verzoekende partijen bij de Raad van State een vordering in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen de beslissing om een voorkeurbieder aan te stellen en de verzoekende partijen in de wachtkamer te plaatsen. Deze vordering wordt door de Raad van State afgewezen bij arrest nr. 194.903 van 30 juni 2009. De Raad oordeelt dat niet is voldaan aan het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

1.18. Omdat de verzoekende partijen de mogelijkheid wensen te verzekeren dat zij de eigenlijke en definitieve toewijzingsbeslissing bij de Raad van State zouden kunnen aanvechten, hebben zij zich gericht tot de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk op eenzijdig verzoekschrift. Bij beschikking van 2 juli 2009 wordt hun verzoek ingewilligd. Na derdenverzet vanwege de Stad Roeselare volgt een nieuwe beschikking van de voorzitter op 17 september 2009 met het volgende dispositief:

“Leggen Stad Roeselare inzake de toewijzing van de opdracht houdende de exploitatie van openbare parkeerinfrastructuur van de stad Roeselare vanaf de betekening van huidige beschikking, de verplichting op om, wanneer zij de onderhandelingen heeft afgesloten en beslist heeft om die overeenkomst met THV Optimal Parking Control - Van Laere te sluiten, die beslissing aan THV Vinci Park Belgium - Interparking - Parkeerbeheer zo spoedig mogelijk en uiterlijk binnen de 30 dagen kenbaar te maken en dit vooraleer THV Optimal Parking Control - Van Laere van deze beslissing in kennis te stellen.

Leggen de Stad Roeselare op om een wachtermijn van 8 dagen in acht te nemen, termijn waarbinnen de THV Vinci Park Belgium - Interparking - Parkeerbeheer een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State kan indienen en leggen Stad Roeselare verbod op om de raamovereenkomst met THV Optimal Parking

Control - Van Laere of enige andere overeenkomst die uitvoering aan die raamovereenkomst geeft te sluiten tot deze termijn van 8 dagen is vertreken of, bij een vordering tot uiterst dringende noodzakelijkheid, tot er een arrest is tussengekomen van de Raad van State over deze vordering”.

1.19. Vervolgens wordt in het kader van de onderhandelingen door de thv Optimal Parking Control - Van Laere nog een definitieve offerte ingediend.

1.20. In het verslag van nazicht met het oog op de keuze van een inschrijver van 6 oktober 2009 wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de thv Optimal Parking Control - Van Laere.

1.21. Op 6 oktober 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen, om “op basis van het verslag van nazicht van de offertes met het oog op de keuze van een opdrachtnemer d.d. 6 oktober 2009, de TV bvba Optimal Parking Control - nv Algemene Aannemingen Van Laere te kiezen als de opdrachtnemer voor de uitvoering van de opdracht ‘Exploitatie van de openbare parkeerinfrastructuur van de stad Roeselare’”. Dit is de tweede bestreden beslissing.

Deze beslissing wordt diezelfde dag meegedeeld aan de verzoekende partijen.

IV. Tussenkomen

2. Met een op 22 oktober 2009 ter post aangetekend verzoekschrift vragen de bvba Optimal Parking Control en de nv Algemene Aannemingen Van Laere, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

3. De verwerende partij en de tussenkomende partijen werpen een aantal excepties op die betrekking hebben op de ontvankelijkheid van de vordering.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van, en een uitspraak daarover, zou alleen nodig zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

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

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

5. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voeren de verzoekende partijen twee middelen aan tegen de bestreden beslissingen. Deze middelen zijn uitgewerkt over 26 dichtbeschreven bladzijden waarbij de extensieve toelichtingen bij die middelen de mogelijkheid van de Raad van State beperken om snel van de essentie van de grieven kennis te nemen. Hierna worden dienvolgens enkel die grieven besproken die zich meteen op hun ernstig karakter laten toetsen. Ook daarbij kan de beoordeling door de Raad van State oppervlakkig overkomen, omdat tal van stukken door de partijen als vertrouwelijk zijn aangemerkt en de Raad die vertrouwelijkheid wil eerbiedigen; het past immers niet in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid anders tewerk te gaan, nu daarin geen ruimte is om eerst een onderzoek te doen naar het al dan niet rechtmatig invoeren van die vertrouwelijkheid.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In het eerste middel werpen de verzoekende partijen de schending op van “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het daarin vervatte beginsel van de gelijke behandeling van de kandidaten, het beginsel ‘patere legem quem ipse fecisti’ en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Volgens de verzoekende partijen schendt de stad Roeselare met de bestreden beslissingen de in het middel vervatte regels en beginselen doordat zij de aangepaste en vervolgens ook definitieve offerte van de thv Optimal Parking Control - Van Laere als regelmatig heeft beschouwd, terwijl die offertes van essentiële bepalingen van het bestek afwijken, namelijk voor wat betreft de afmetingen van de centumparking ten aanzien van de door het bestek vooropgestelde afmetingen. Hoewel het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, volgens verzoekende partijen niet van toepassing is op de “concessie voor het beheer van diensten”, diende de aanbestedende overheid volgens de verzoekende partijen toch de regelmatigheid van de offertes te beoordelen op grond van de besteksbepalingen, de regel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

6.1. In een eerste onderdeel, dat zij in hoofddorde aanvoeren, stellen de verzoekende partijen dat de aangepaste en definitieve offerte van de thv Optimal Parking Control - Van Laere substantieel onregelmatig zijn omdat deze offertes afwijken van de in het bestek opgelegde minimumeisen met betrekking tot de breedte van de parkeerplaatsen, de minimale hoogte van de parkeerlagen en de breedte van de overspanning in de parking. Deze bepalingen zijn volgens de verzoekende partijen essentieel aangezien zij een belangrijke prijsimpact hebben, evenals een belangrijk effect op het comfort en de gebruiksvriendelijkheid van de parking en dus op de meerwaarde voor de stad Roeselare. Bovendien blijkt volgens hen uit de feiten dat die besteksbepalingen voor de verzoekende partijen doorslaggevend waren om niet met de Centumparking maar met een andere parking in te schrijven.

6.2. In een tweede onderdeel, dat zij in ondergeschikte orde aanvoeren, merken de verzoekende partijen op dat de stad Roeselare de thv Optimal Parking Control - Van Laere niet mocht toelaten haar offerte na het indienen van de

aangepaste offerte te wijzigen om de gegevens in overeenstemming te brengen met de technische gegevens van het bestek. De verzoekende partijen verwijzen daartoe naar een “document [...]waarin het engagement van de projectontwikkelaar is te lezen dat zij een besteksconforme parking zal bouwen”, dat dateert van na de indiening van de aangepaste offertes.

Beoordeling

7.1. Het eerste middel lijkt zich zowel te richten tegen de toewijzingsbeslissing als tegen de eerdere beslissing om de thv Optimal Parking Control - Van Laere als voorkeurbieder te kiezen. De vordering tegen deze laatstgenoemde beslissing zelf komt prima facie laattijdig over. Wel kunnen eventuele onwettigheden van een dergelijke voorbeslissing nog op ontvankelijke wijze worden opgeworpen in het kader van de aanvechting van de toewijzingsbeslissing. Het is onder dat voorbehoud dat hieronder het middel wordt besproken.

7.2. Het bestek formuleert een aantal “eisen” en “wensen” met betrekking tot de uitvoering van de opdracht. Dit onderscheid wordt in het bestek als volgt toegelicht:

“De opdrachtgevende overheid verwacht dat aan de ‘eisen’ voldaan wordt (het gaat in die zin om ‘verwachtingen’). Evenwel staat het de inschrijvers vrij omtrent deze eisen hun opmerkingen te laten geworden. Het betreffen hoe dan ook minimumeisen, hetgeen betekent dat de dienstverlening van de opdrachtnemer steeds verder kan reiken.

Aan de wensen kan voldaan worden. Het zijn suggesties die verder reiken dan de ‘minimumeisen’ en die de opdrachtgevende overheid bij voorkeur vervuld zou willen zien”.

Voor wat betreft het parkeergebeuren “van de straat” bevat het bestek onder meer de volgende eisen:

“(vi) Afmetingen van de parkeerplaatsen en rijwegen

Parkeerplaatsen en rijwegen moeten minimaal aan volgende eisen voldoen:
- De parkeerplaatsen moeten minimaal 2,50 meter breed zijn en 5 meter diep.
[...]

(viii) Bouwtechnische eisen

De parkeergelegenheden moeten, in het geval zij door de opdrachtnemer of zijn onderaannemer gebouwd worden, minimum aan volgende eisen voldoen:

[...]

- inzake de minimale hoogte van een parkeerlaag:
/ elke parkeerlaag dient een minimale hoogte van 2,3 meter onder de balken te hebben;
[...]
- er moet een overspanning zijn van 15,5 meter met minimaal aantal kolommen”.

7.3. Het flexibele karakter van de te dezen gebruikte onderhandelingsprocedure, en het feit dat de overheidsopdrachtenreglementering *prima facie* niet van toepassing is op de in het geding zijnde opdracht nemen niet weg dat deze flexibiliteit wordt beperkt door de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, die door de verzoekende partijen te dezen geschonden worden geacht.

7.4. In het aangepaste bestek van 19 januari 2009 wordt voor wat betreft lot 3 de centumparking niet langer verplicht gesteld. De inschrijvers kunnen nog steeds opteren voor deze parking, doch zullen in dat geval zelf de onderhandelingen met CBS Invest moeten voeren.

Uit de stukken blijkt dat beide inschrijvers vervolgens zelf onderhandelingen hebben gevoerd met CBS Invest en een eerste ontwerp van verkoopovereenkomst hebben gekregen inzake de Centumparking waarin de breedte van de parkeerplaatsen en de minimale hoogte van de parkeerlagen afweek van de besteksvereisten.

Beide inschrijvers blijken hierover opmerkingen te hebben gemaakt. Vervolgens blijken beide inschrijvers op 17 februari 2009 vanwege CBS Invest een aangepaste ontwerpovereenkomst te hebben ontvangen. In de begeleidende e-mail wordt door CBS Invest aangegeven dat de opmerkingen die door de inschrijvers werden gemaakt in de tekst werden verwerkt.

Beide inschrijvers dienen vervolgens een aangepaste offerte in op 19 februari 2009.

7.5. De verzoekende partijen blijken, na onderhandelingen met CBS Invest, voor wat betreft lot 3, in hun aangepaste offerte een parking onder het De

Coninckplein te hebben aangeboden en de piste van de Centruumparking te hebben verlaten, onder meer omdat de afmetingen van de parking niet in overeenstemming zouden zijn met het bestek. Zij verwijzen hiervoor naar het eerste voorstel van verkoopovereenkomst dat CBS Invest in het kader van de onderhandelingen aan hen heeft overgemaakt op 15 januari 2009 en waarin de breedte van de parkeerplaatsen en de minimale hoogte van de parkeerlagen afweek van de besteksvereisten, evenals naar het aangepast voorstel van 17 februari 2009 vanwege CBS Invest dat werd overgemaakt twee dagen voordat de verzoekende partijen hun aangepaste offerte moesten indienen en waarin de parkeerplaatsen volgens hen nog steeds afweken van de besteksvereisten.

Dit wordt in hun aangepaste offerte van 19 februari 2009 uitvoerig toegelicht als volgt:

“Allereerst konden wij niet op het aanbod ingaan omdat de parking niet voldoet aan de voorwaarden zoals omschreven in het lastenboek, met name:

/ de breedte van de parkeerplaatsen is geen 250 cm maar slechts 240 cm; na verdere onderhandelingen bleek dat slechts een beperkt aantal plaatsen verbreed kan worden tot 245 cm. Uit een laatste schrijven dat wij hebben ontvangen vanuit CBS op 17 februari (waarvan een copij in bijlage), wordt er melding gemaakt dat de parkeerplaatsen bij benadering 250 cm op 500 cm zullen zijn. Nochtans is het aantal plaatsen niet verminderd, zie eveneens een copij van de plannen in bijlage ! Nadere toelichting heeft ons geleerd dat zij de breedte van hun plaatsen beschouwen van as tot as, zonder rekening te houden met de kolommen (zie bijgevoegd schema). Dit is uiteraard niet de gewoonte wanneer men spreekt over de afmetingen van een parking en is zelfs bedenkelijk qua transparantie !!!

/ de minimale vrije hoogte onder de balken is slechts 210 cm i.p.v. 230 cm. Ook hier is de omschrijving bijzonder dubieus. De vrije hoogte van de ondergrondse parking (op niveau -1 en niveau -2) zal overwegend 2,3m bedragen en plaatselijk minimum 2,1 m. Indien deze plaatselijk 2,1 m zich onder de balken bevindt, dan is de vrije hoogte van de parking maximaal 2,1 m. Hiermee geven wij aan dat elke wagen die hoger is dan 2,1 m aan de inrit de toegang van de parking moet geweigerd worden, om te voorkomen dat een onachtzame chauffeur brokken maakt.

/ de overspanning tussen de balken is maximaal 760 cm waardoor het minimum aantal kolommen quasi verdubbelt en deze bovendien op een zeer onhandige plaats staan m.n. aan de rand van de parkeerplaats hetgeen het inrijden aanzienlijk bemoeilijkt [...]. Hierdoor stijgt de prijs per bruikbare parkeerplaats van € 28.000 naar € 33.500 (excl. kosten)”.

7.6. De tussenkomende partijen blijken daarentegen voor wat betreft lot 3 wel te hebben ingeschreven met de Centruumparking. Zij voegen bij hun aangepaste offerte van 19 februari 2009 een kopie van de e-mail vanwege CBS

Invest van 17 februari 2009, evenals van de overeenkomst (die uitsluitend door de koper ondertekend is) en waarin inzake de afmetingen van de parking en de parkeerplaatsen dezelfde specificaties zijn vermeld als diegene die worden aangegeven in de voormelde ontwerpovereenkomst van 17 februari 2009 die de verzoekende partijen neerleggen.

De overeenkomst gevoegd bij de aangepaste offerte van de tussenkomende partijen bevat de volgende vermeldingen:

“Volgende specificaties van de parkeerplaatsen in de ondergrondse parking zijn al bekend:

- een parkeerplaats met volgende afmetingen: 2,50 m op 5,00 m
- de driveways zullen een breedte hebben van 6 m
- de vrije hoogte van de ondergrondse parking (op het niveau -1 en - 2) zal overwegend 2,30 m bedragen en plaatselijk minimaal 2,10 m.
- er een ontdubbelde in- en uitrit bestaat met telkens 2 slagbomen om het in - en uitrijden van de parking vlot te laten verlopen.

Voormelde afmetingen zijn opgegeven bij benadering en kunnen nog gewijzigd worden in onderling overleg tussen Koper en Verkoper.”

Bij schrijven van 17 maart 2009 verklaart CBS Invest aan de tussenkomende partijen dat de parking, die werd omschreven in de verkoopsovereenkomst van 17 februari 2009 tussen CBS Invest enerzijds en Optimal Parking Control en Algemene Aannemingen Van Laere anderzijds, kan worden uitgevoerd conform het bestek. Uit het verslag van de voormelde vergadering van de verwerende partij met de tussenkomende partijen van 17 maart 2009 blijkt dat dit document tijdens deze vergadering werd overhandigd aan de verwerende partij.

7.7. In de beslissing van 18 mei 2009 betreffende de aanwijzing van de tussenkomende partijen als voorkeurbieder en het bijbehorend verslag van nazicht wordt de aangepaste offerte vanwege die partijen regelmatig bevonden.

7.8. Op het eerste gezicht beschikten de verzoekende partijen over dezelfde mogelijkheid als de tussenkomende partijen om in te schrijven met de Centruumparking. Zij beschikten beiden op hetzelfde ogenblik over een (ontwerp)overeenkomst met CBS Invest waarin dezelfde specificaties waren vermeld.

De verzoekende partijen lijken niet aan te tonen dat zij ten aanzien van de tussenkomende partijen op ongelijke wijze zouden zijn behandeld door de aanbestedende overheid.

In de eerste plaats hebben zij zelf gekozen om met een andere parking in te schrijven om redenen die overigens niet uitsluitend blijken te maken te hebben met de vermeende niet-conformiteit met het bestek.

Voorts lijkt het op het eerste gezicht en in het licht van voormelde besteksbepalingen niet onzorgvuldig dat de aanbestedende overheid, in de gegeven omstandigheden, het enkele feit dat de vrije hoogte van de ondergrondse parking (op het niveau -1 en -2) plaatselijk 2,10 m zou kunnen bedragen, niet gesanctioneerd heeft met de onregelmatigheid van de offerte van de tussenkomende partijen. De verzoekende partijen gaan in hun offerte uit van de veronderstelling dat deze 2,10 m zich onder de balken bevindt, waardoor dan de vrije hoogte van de parking maximaal 2,10 m zou zijn, doch dit wordt nergens aangetoond. In de definitieve offerte van de tussenkomende partijen wordt bovendien expliciet vermeld dat de hoogte van de parkeerlaag 2,30 m is onder de balken.

Wat de opmerking van de verzoekende partijen betreft dat het vergroten van de oppervlakte van de parkeerplaatsen ongeloofwaardig zou zijn omdat het aantal parkeerplaatsen niet zou zijn verminderd, valt *prima facie* op te merken dat de “driveways” in het aangepaste voorstel slechts een breedte hebben van 6 m, tegenover 7 m in het oorspronkelijke voorstel, wat op het eerste gezicht de wijziging van de afmetingen van de parkeerplaatsen zou kunnen verklaren. In elk geval worden in de aangepaste offerte van de tussenkomende partijen de afmetingen 2,50 m op 5,00 m vermeld die overeenstemmen met de besteksvereisten. In de definitieve offerte wordt verder ook expliciet vermeld dat de netto breedte tussen de kolommen per parkeerplaats 2,50 m bedraagt.

Ook tonen de verzoekende partijen *prima facie* niet aan dat de overspanning tussen de balken in de aangepaste overeenkomst maximaal 7,6 m zou zijn in afwijking van de door het bestek vereiste 15,5 meter. Dit blijkt op het eerste gezicht niet uit de overeenkomst gevoegd bij de aangepaste offerte. In de definitieve offerte staat alleszins 15,5 meter vermeld.

Dat de stedenbouwkundige vergunning vooralsnog niet zou zijn gewijzigd, toont evenmin de onregelmatigheid van de offerte van de tussenkomende partijen aan, nu het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat het volstaat dat de opdrachtnemer over de vergunning beschikt op het ogenblik van de uitvoering van de werkzaamheid.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

7.9. Gelet op het voorgaande lijkt evenmin aangetoond dat de stad Roeselare de thv Optimal Parking Control - Van Laere zou hebben toegelaten om de aangepaste offerte nog te wijzigen na het indienen ervan op 19 februari 2009, teneinde de gegevens in overeenstemming te brengen met de technische gegevens van het bestek aangaande de parkeerplaatsen. Op het eerste gezicht kan het door de verzoekende partijen wellicht bedoelde schrijven van 17 maart 2009 van CBS Invest aan de tussenkomende partijen dat de parking, die werd omschreven in de verkoopsovereenkomst van 17 februari 2009 tussen CBS Invest enerzijds en Optimal Parking Controle en Algemene Aannemingen Van Laere anderzijds, kan worden uitgevoerd conform het bestek louter als een bevestiging van die besteksconformiteit worden beschouwd, reeds vervat in de offerte ingediend op 19 februari 2009. Uit de aangepaste offerte van de verzoekende partijen blijkt overigens dat zij niet alleen omwille van de vermeende afwijkingen van het bestek, doch ook om andere redenen hebben verkozen om niet in te schrijven met de Centrumparking, hetgeen hun grief doet relativeren.

Ook het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

7.10. De in het middel aangevoerde rechtsschendingen lijken niet aangetoond en het middel is aldus in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. In het tweede middel, uitgewerkt in zeven onderdelen, voeren de verzoekende partijen de schending aan van “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het daarin vervatte beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, de

materiële motiveringsplicht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partijen wijzen erop dat twee aspecten, met name het gunstiger financieel voorstel vanwege de thv Optimal Parking Control - Van Laere voor het parkeren op de straat en het feit dat deze inschrijver de door de stad Roeselare gewenste Centrumparking aanbiedt, de stad Roeselare ertoe gebracht hebben om de offertes van de twee bidders op een onjuiste, kennelijk bevooroordeelde en met het bestek strijdige wijze te beoordelen. Zij wijzen in hun verzoekschrift op zeven volgens hen kennelijke beoordelingsfouten - elk aangebracht in een middelonderdeel - die, afzonderlijk genomen of minstens gezamenlijk, een grote impact hadden op de rangschikking, en de kritieken daarop zijn van aard om de rangschikking tussen de twee bidders te wijzigen. Aldus zou de stad Roeselare manifest verkeerd hebben beoordeeld:

- het subgunningscriterium “percentage van alle opbrengsten op de straat dat aan de aanbestedende overheid wordt betaald voor de aftrek van investeringen en kosten” (weging 80 punten),
- het subgunningscriterium “vergoeding die de inschrijver zal betalen voor de parkeergelegenheden van respectievelijk lot 2 en 3 aan de opdrachtgevende overheid voor het verkrijgen van het recht op exploitatie en de vestiging van een zakelijk recht” (100 punten),
- het subsubgunningscriterium “percentage van de opbrengsten van de parkeergelegenheden van de straat” (20 punten),
- het subsubgunningscriterium “voorstellen inzake fiscale optimalisatie” (10 punten),
- het tweede gunningscriterium “kwaliteit van de dienstverlening” (250 punten),
- het derde gunningscriterium “overleg en flexibiliteit” (100 punten),
- het vijfde gunningscriterium “voorstel van overeenkomst houdende vestiging van een zakelijk recht (bijvoorbeeld erfpacht), voorstel van raamovereenkomst en voorstel van overeenkomst inzake het kwaliteitsniveau” (50 punten).

De aldus volgens de verzoekende partijen aangetoonde onrechtmatigheid van de aanwijzing van de thv Optimal Parking Control - Van Laere als voorkeursbieder, brengt volgens de verzoekende partijen noodgedwongen met zich mee dat ook de definitieve aanwijzing van die thv als begunstigde van de opdracht met diezelfde onrechtmatigheid is behept.

Beoordeling

9.1. Zoals reeds gesteld bij de beoordeling van het eerste middel mag de onwettigheid van de beslissing om een voorkeurbieder aan te wijzen worden opgeworpen in het kader van de aanvechting van de toewijzingsbeslissing.

9.2. De verwerende partij en de tussenkommende partijen betwisten het belang van de verzoekende partijen bij dit middel.

Opdat de verzoekende partijen belang zouden hebben bij het middel dienen zij - anders dan de verwerende partij laat uitschijnen - niet aan te tonen dat de opdracht aan hen had moeten worden toegewezen. Het volstaat dat het middel van aard is om de rangschikking van de offertes te kunnen beïnvloeden, eventueel na een nieuwe beoordeling.

Het lijkt te dezen voldoende vast te stellen dat, eensdeels, het verschil tussen de twee offertes 41,5 punten bedraagt op 750 punten (de verzoekende partijen krijgen 466,5 punten, tegenover 508 voor de thv Optimal Parking Control - Van Laere) en, anderdeels, dat in de zeven middelonderdelen de beoordeling door de verwerende partij van een aantal (sub)subgunningscriteria van het eerste gunningscriterium, het tweede, derde en vijfde gunningscriterium en bijgevolg, gelet op de puntenweging die ze daaraan heeft gegeven, respectievelijk 210, 250, 100 en 50, meer dan 41,5 punten ter discussie worden gesteld. Het middel lijkt aldus, in zijn geheel genomen, de rangschikking van de offertes op de helling te kunnen zetten.

9.3. Voorts mag de Raad van State zich wat betreft de appreciatie van de offertes aan de hand van de gunningscriteria niet in de plaats van het bestuur stellen, doch enkel nagaan of de verwerende partij te dezen de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan.

9.4. Inzake het eerste onderdeel valt *prima facie* op te merken dat de aanbestedende overheid besteksconform lijkt te hebben gehandeld door enkel rekening te houden met het door de inschrijvers voorgestelde percentage voor wat betreft het vergoedingsmechanisme inzake het parkeergebeuren “op de straat”. Het bestek schrijft nergens voor dat ook de tarieven “van de straat” zouden moeten

worden betrokken bij de beoordeling aan de hand van dit subgunningscriterium. Voorts lijkt de aanbestedende overheid gebruik te hebben gemaakt van de in overheidsopdrachten vrij courant toegepaste beoordelingsmethode van “de regel van drie”.

Bovendien lijkt het dat de verwerende partij wel degelijk rekening heeft gehouden met de hogere tarieven vanwege de tussenkomende partijen bij de beoordeling van het andere subgunningscriterium “kwaliteit van de dienstverlening inzake het parkeergebeuren ‘van de straat’”. Zulks lijkt te zijn vervat in het verslag van nazicht op de bladzijden 18/27: beoordeling (- - -) voor de tussenkomende partijen tegenover (+ + +) voor de verzoekende partijen.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

9.5. Inzake het subsubgunningscriterium “vergoeding die de inschrijver aan de opdrachtgevende overheid zal betalen [...] voor het verkrijgen van het recht op exploitatie en de vestiging van een zakelijk recht” krijgen de verzoekende partijen 75/100 punten tegenover 100/100 punten voor de tussenkomende partijen.

Op het eerste gezicht gaat deze puntentoekenning de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten nu de tussenkomende partijen voorstellen om de parking bedoeld in lot 3 te realiseren op grond die eigendom is van een derde en die verworven wordt, terwijl de verzoekende partijen voorstellen om de parking te bouwen onder het De Coninckplein, waarvan de stad reeds eigenaar is. Uit het bestek lijkt niet te kunnen worden afgeleid dat met een indirecte vergoeding, bestaande in een bijkomende grondverwerving, geen rekening zou mogen worden gehouden. Dat in het verslag van nazicht niet expliciet rekening wordt gehouden met het budget waarin de verzoekende partijen hebben voorzien voor de heraanleg van het De Coninckplein, komt op het eerste gezicht niet onzorgvuldig voor aangezien de verzoekende partijen ertoe zouden zijn gehouden om het plein na de bouwwerken in de vorige toestand te herstellen. In elk geval krijgen de verzoekende partijen op dit subsubcriterium niettemin ook nog 75/100 punten toebedeeld ondanks het feit dat hun voorstel aanzienlijk minder goed werd beoordeeld.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

9.6. Inzake het subsubcriterium “percentage van de opbrengsten van de parkeergelegenheden ‘van de straat’ [...] en, desgevallend een afzonderlijk percentage voor de opbrengsten uit publiciteit”, krijgen de verzoekende partijen 5/20 punten tegenover 10/20 voor de tussenkomende partijen.

Het blijkt dat de aanbestedende overheid de voorstellen van beide inschrijvers eerder als niet realistisch heeft beschouwd en aan beide inschrijvers weinig punten heeft toegekend. Uit het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij zich terdege bewust was van het feit dat de voorstellen moeilijk vergelijkbaar waren, niet alleen gelet op de verschillende ramingen op het vlak van inkomsten, welk punt de verzoekende partijen benadrukken, doch ook gelet op de verschillende tariefzettingen. Daarbij lijkt de aanbestedende overheid de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te zijn gegaan door aan het voorstel van de verzoekende partijen vijf punten minder toe te kennen aangezien daarvoor zwaardere randvoorwaarden lijken te gelden. Het is niet aan de Raad van State om in de huidige stand van de procedure daarbij in te gaan op de wiskundige extrapolaties die de verzoekende partijen aanbrengen betreffende omzetprognoses. De puntentoekenning voor wat betreft dit subsubcriterium lijkt overigens op zich genomen niet van aard om de rangschikking van de offertes te beïnvloeden.

Het derde onderdeel is niet ernstig.

9.7. Inzake het subsubgunningscriterium “voorstellen inzake fiscale optimalisatie” (10 punten) krijgen beide inschrijvers geen punten. De verzoekende partijen hebben in hun aangepaste offerte betreffende de parking De Coninck een specifieke constructie voorgesteld met btw-implicaties. Uit het verslag van nazicht blijkt dat de aanbestedende overheid met het oog op een rechtmatige puntentoekenning heeft beslist om hierover het advies in te winnen van een gespecialiseerd fiscaal kantoor en vervolgens in het verslag van nazicht op grond daarvan heeft geoordeeld dat aan dit voorstel geen punten kunnen worden toegekend.

In die omstandigheden valt niet in te zien hoe de Raad van State in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waarin een middel in beginsel pas tot schorsing kan leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en prima facie onderzoek, zou kunnen vaststellen dat deze beoordeling van een complex btw-vraagstuk dat de verwerende partij noopt tot het

vragen van fiscaalrechtelijke adviezen, de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten gaat.

Voorts merkt de verwerende partij terecht op dat de aanbestedende overheid bij haar beoordeling geen rekening kon houden met elementen uit het voorstel die pas werden verduidelijkt in het verzoekschrift zoals neergelegd in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Daarnaast legt de verwerende partij nog een nieuw advies voor van 22 oktober 2009 van haar juridisch raadgever waarin wordt opgemerkt dat er zelfs na de uiteenzetting in het verzoekschrift nog onduidelijkheden blijven waardoor er niet zou kunnen worden uitgemaakt of er werkelijk sprake is van een fiscale optimalisatie.

In elk geval lijkt de eventuele impact op de rangschikking van de inschrijvers onduidelijk aangezien het criterium slechts op 20 punten staat en beide inschrijvers geen punten hebben gekregen.

Ook het vierde onderdeel is niet ernstig.

9.8. Met betrekking tot het tweede gunningscriterium “kwaliteit van de dienstverlening” (250 punten) krijgen de verzoekende partijen 195 punten tegenover 170 punten voor de tussenkomende partijen. De verzoekende partijen wijzen in hun verzoekschrift in essentie op twee negatieve beoordelingen van de offerte van de tussenkomende partijen in het verslag van nazicht, namelijk het feit dat deze het “state to the art” principe minder streng zou toepassen en niet zouden voorzien in een centralisatiesysteem. Zij menen dat deze “grote verschillen in benadering” helemaal niet verhoudingsgewijs worden weergegeven in de score nu zij op dit criterium slechts 25 punten meer behalen dan de tussenkomende partijen.

De uiteenzetting van de verzoekende partijen volstaat niet om - in de huidige stand van het geding en dus op het eerste gezicht - te kunnen besluiten dat de beoordeling van de verwerende partij voor wat betreft dit criterium de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten gaat. Uit het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij voor elk van de drie subcriteria van het tweede gunningscriterium eerst een uitgebreide vergelijkende analyse heeft gemaakt, waarna zij voor beide offertes afzonderlijk een oplijsting heeft gemaakt van de positieve en de negatieve punten. De loutere verwijzing door de verzoekende partijen naar een aantal negatieve elementen uit de offerte van de tussenkomende

partijen volstaat niet om de ernst van dit onderdeel aan te tonen, nu zij voorbijgaan aan het feit dat aan de offerte van de tussenkommende partijen ook heel wat positieve beoordelingen zijn verbonden, aan het feit dat ook hun eigen offerte negatieve beoordelingen kreeg op een aantal punten en aan het feit dat de offertes ook op heel wat punten gelijkwaardig werden beoordeeld. Bovendien blijken de verzoekende partijen uiteindelijk toch 25 punten meer te hebben behaald dan de tussenkommende partijen.

Het vijfde onderdeel is niet ernstig.

9.9. Inzake het derde gunningscriterium “overleg en flexibiliteit” (100 punten) wijzen de verzoekende partijen erop dat zij op vijf punten een positieve beoordeling kregen en slechts op één punt een dubbel negatieve, terwijl de tussenkommende partijen geen enkele positieve beoordeling kregen en wel zes negatieve waaronder één dubbel negatieve. De quotering van 65 punten voor de verzoekende partijen tegenover 50 punten voor de tussenkommende partijen, met een minimaal verschil van 15 punten is volgens de verzoekende partijen “kennelijk onredelijk”.

Dienaangaande valt op te merken dat het verslag van nazicht, naast een opsomming van de positieve en negatieve aspecten van beide offertes tevens een beoordeling van de offertes in het algemeen bevat waarin vooral een aantal gelijkenissen en aspecten die de aanbestedende overheid als gelijkwaardig heeft beschouwd aan bod komen. Voorts blijkt uit de bewoordingen van het verslag van nazicht dat minstens voor drie van de eigenlijke verschilpunten tussen de offertes volgens de aanbestedende overheid het verschil eerder beperkt is (“iets uitgebreider”; “iets krachtiger”, “iets concreter en vollediger”). Ook blijkt uit het besluit in het verslag van nazicht bij dit gunningscriterium dat volgens de aanbestedende overheid beide inschrijvers een uitgewerkt voorstel formuleren, doch op diverse punten niet de verwachtingen van de opdrachtgevende overheid inlossen, onder meer wat betreft de formule voor de bouw van een nieuwe parking, wat gelet op het feit dat dit een volledig afzonderlijk lot uitmaakt, volgens de aanbestedende overheid niet onbelangrijk is.

Op het eerste gezicht kan uit de motivering in het verslag van nazicht worden afgeleid dat beide inschrijvers voor wat betreft dit laatste aspect weinig of geen punten hebben behaald. Daarnaast lijkt de verwerende partij de

grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te gaan door, gelet op de overige beoordelingselementen die worden opgesomd in het bestek en de motivering in het verslag van nazicht, daarbij uit te monden in een verschil van 15 punten in het voordeel van de offerte van de verzoekende partijen.

Het zesde onderdeel is niet ernstig.

9.10. In een zevende en laatste onderdeel van het tweede middel bekritiseren de verzoekende partijen de beoordeling aan de hand van het vijfde gunningscriterium “voorstel van overeenkomst houdende vestiging van een zakelijk recht (bijvoorbeeld erfpacht), voorstel van raamovereenkomst en voorstel van overeenkomst inzake het kwaliteitsniveau”, waarvoor hun offerte 20/50 heeft behaald, tegenover 15/50 voor de tussenkomenende partijen.

Na de beoordeling van de offertes in het algemeen en de beoordeling van een aantal positieve en negatieve aspecten verbonden aan beide offertes bevat het verslag van nazicht het volgende besluit:

“De offertes voldoen op dit vlak nog niet aan de verwachtingen van de opdrachtgevende overheid. Om deze reden kan aan geen van de inschrijvers een hoge puntenscore toegekend worden. Het ontwerp van raamovereenkomst van de TV Vinci - Interparking - Parkeerbeheer is weliswaar ruimer in omvang, doch herneemt in grote mate besteksbepalingen en bovendien ontbreekt een voorstel van ontwerp van zakelijk recht. Doordat het ontwerp van raamovereenkomst van de TV Vinci - Interparking - Parkeerbeheer vollediger is, moet deze toch als beter beschouwd worden”.

In de eerste beoordeling van de eerste offertes werd bij het ontwerp van raamovereenkomst van de verzoekende partijen weliswaar opgemerkt dat het een meer uitgewerkt ontwerp betrof dan bij de andere inschrijver, doch werd tevens toegevoegd dat er ook veel overname was uit het bestek, dat er tegenstrijdigheden waren met de offerte en dat geen ontwerp van overeenkomst inzake het verstrijken van zakelijk recht voorlag. Tevens werd de vraag gesteld in welke mate de inschrijver bereid is om alle afspraken en voorstellen uit de offerte ook contractueel vast te leggen. De aangehaalde motivering dienaangaande in het laatste verslag van nazicht lijkt niet ondeugdelijk nu de verzoekende partijen in hun verzoekschrift zelf aangeven dat in hun aangepaste offerte aan het ontwerp van raamovereenkomst nagenoeg niets is veranderd.

Anderzijds lijkt uit het administratief dossier wel te mogen worden afgeleid dat, in tegenstelling tot wat in het verslag van nazicht wordt opgemerkt, bij de aangepaste offerte van de verzoekende partijen wel degelijk ook een ontwerp van erfpachtovereenkomst was toegevoegd. Aldus kan worden aangenomen dat aan de offerte van de verzoekende partijen voor wat betreft dit criterium nog iets meer punten had moeten worden toegekend. Nu de tussenkommende partijen voor een minder uitgewerkte raamovereenkomst en een degelijk uitgewerkt voorstel van erfpachtovereenkomst (quotatie +++) slechts 15 punten behalen, lijkt echter in elk geval de voormelde fout in de motivering op het eerste gezicht niet van die aard te zijn om de rangschikking van de offertes te beïnvloeden gezien het verschil tussen de twee offertes 41,5 punten bedraagt.

Ook het zevende onderdeel is niet ernstig.

10. Nu beide middelen in hun geheel niet ernstig zijn bevonden is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Optimal Parking Control en de nv Algemene Aannemingen Van Laere, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 525 euro, elk voor een derde.

De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes november tweeduizend en negen, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier,	De voorzitter,
--------------	----------------

Bart Tettelin	Dierk Verbiest
---------------	----------------