

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.193 van 30 december 2010
in de zaak A. 198.448/XII-6433**

In zake: 1. De NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN ROBERT WYCKAERT
2. De NV PARKEERBEHEER
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jozef Timmermans en Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomende partij:

De NV INTERPARKING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leen De Vos
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 december 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “- de beslissing d.d. 27 september 2010 van het College van Burgemeester en Schepenen van Verwerende Partij (stuk I), luidend als volgt:

‘Enig artikel:

Het college machtigt de evaluatiecommissie om ook onderhandelingen te voeren met de in het verslag van 23 april 2010 tweede meest gunstig gerangschikte inschrijver, zijnde de nv Interparking’; en

- de beslissing d.d. 22 november 2010 van het College van Burgemeester en Schepenen van Verwerende Partij (stuk 2), luidend als volgt:

‘Artikel 1:

Het college neemt kennis van het verslag van de evaluatiecommissie van 17 november 2010 tot aanduiding van de inschrijver die rekening houdende met de in het bestek vermelde gunningscriteria, de meest voordelige BAFO-bis heeft ingediend (bijlage ter zitting).

Artikel 2:

Het college beslist op basis van het verslag van de evaluatiecommissie van 17 november 2010, waarvan ze de motieven volledig bijtreedt, tot de onregelmatigverklaring van de BAFO-bis van de TV De Nul - Vinci, met maatschappelijke zetel te 9308 Hofstade, Tragel 60 B. Minstens komt de BAFO-bis van deze inschrijver niet in nuttige volgorde om als opdrachtnemer gekozen te worden.

Artikel 3:

Het college beslist op basis van het verslag van de evaluatiecommissie van 23 april 2010, waarvan ze de motieven volledig bijtreedt, tot de onregelmatigverklaring van de BAFO van de TV Wyckaert - Parkeerbeheer, met maatschappelijke zetel te 9000 Gent, Ottergemsesteenweg 415. Minstens komt de BAFO van deze inschrijver niet in nuttige volgorde om als opdrachtnemer gekozen te worden.

Artikel 4:

Het college beslist op basis van het verslag van de evaluatiecommissie van 17 november 2010, waarvan ze de motieven volledig bijtreedt, tot aanduiding van Interparking, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Bisschopsstraat 1, als inschrijver die rekening houdende met de in het bestek vermelde gunningscriteria, de meest voordelige BAFO-bis heeft ingediend.

Het krediet van 2.200.000,- EUR wordt vastgelegd op naam van Interparking met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Bisschopsstraat I.

Het college beslist om deze inschrijver uit te nodigen om een overeenkomst te sluiten, conform de offerte.

Deze beslissingen worden genomen onder voorbehoud van goedkeuring van de akte houdende vestiging van het opstalrecht door de gemeenteraad.

Deze beslissing doet op heden nog geen contractuele verbintenis ten aanzien van Interparking ontstaan.

Artikel 5:

Overeenkomstig de wetgeving overheidsopdrachten wordt aan de inschrijvers, die bij beslissing van 29 oktober 2009 door college van burgemeester en schepenen tot deelname aan de onderhandelingen toegelaten werden, de volgende gemotiveerde beslissingen van het college van burgemeester en schepenen en bijhorende verslagen van de evaluatiecommissie overgemaakt, met name:

- de gemotiveerde beslissing dd. 10 mei 2010 van het college van burgemeester en schepenen waarbij de TV De Nul - Vinci als voorkeursbieder aangeduid werd, alsmede het verslag van de evaluatiecommissie van 23 april 2010 houdende voorstel tot aanduiding van een voorkeursbieder

- de gemotiveerde beslissing d.d. 27 september 2010 waarbij de tweede meeste gunstige gerangschikte inschrijver Interparking terug wordt betrokken bij de onderhandelingen
- voorliggende gemotiveerde beslissing van het college van burgemeester en schepenen waarbij de BAFO-bis van de TV De Nul - Vinci en de BAFO van de TV Wyckaert - Parkeerbeheer als onregelmatig verklaard worden en Interparking als opdrachtnemer wordt aangeduid, alsmede het verslag van de evaluatiecommissie van 17 november 2010 houdende voorstel tot aanduiding van de gekozen inschrijver.
- Overeenkomstig de wetgeving overheidsopdrachten wordt aan de niet-gekozen inschrijvers een wachttermijn van 15 kalenderdagen toegestaan, alvorens de overeenkomst met de gekozen inschrijver te sluiten.

Artikel 6:

De betaling zal gebeuren met het krediet ingeschreven in het buitengewoon budget van 2010, artikel 4211731-60 - actieplan L106 KO8A1”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 december 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat David D’Hooghe, die verschijnt voor de tussenkomende partij, 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

3.1. De stad Aalst schrijft een opdracht uit voor een concessie van openbare werken voor het ontwerp, de bouw en de exploitatie van de ondergrondse parking “Hopmarkt” (lot 1) en desgevallend Esplanadeplein te Aalst (lot 2), met inbegrip van de heraanleg van het plein volgens het stadsontwerp en realisatie van bovengrondse paviljoenen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 maart 2009 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 30 maart 2009.

3.3. Er worden zes aanvragen tot deelneming ingediend.

3.4. Op 30 juni 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen om alle kandidaten te selecteren voor verdere deelname. Dezelfde dag beslist de gemeenteraad de opdracht toe te wijzen met een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en keurt hij het bestek goed.

3.5. Vervolgens worden zes offertes ingediend, waaronder de offerte van de verzoekende partijen.

3.6. Bij beslissing van 29 oktober 2009 kiest het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst drie inschrijvers voor verdere deelname aan de gunningsprocedure:

- de THV nv Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert - nv Parkeerbeheer, zijnde de verzoekende partijen;
- de THV nv Jan De Nul - nv Vinci Park Services Belgium en
- de nv Interparking, zijnde de verzoekende partij tot tussenkomst.

3.7. Op 13 januari 2010 dient elk van de inschrijvers een aangepaste offerte in, die op 19 januari 2010 wordt besproken.

3.8. Op 12 februari 2010 worden de inschrijvers uitgenodigd tot het indienen van een BAFO-offerte. Als bijlage bij dit schrijven wordt hun tevens een “nota n.a.v. de BAFO dd. 10 februari 2010. Precisering van het bestek” overgemaakt.

3.9. Op 5 maart 2010 dienen de drie overgebleven inschrijvers een BAFO-offerte in.

3.10. In het verslag van de evaluatiecommissie houdende voorstel tot aanduiding van een voorkeurbieder van 23 april 2010 wordt voorgesteld om THV De Nul- Vinci Park aan te duiden als voorkeurbieder.

3.11. Bij beslissing van 10 mei 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst tot aanwijzing van de THV De Nul - Vinci Park als voorkeurbieder, waarbij zij de motieven van het verslag van de evaluatiecommissie van 23 april 2010 bijvalt.

3.12. Bij brief van 12 mei 2010 wordt zulks meegedeeld aan de inschrijvers.

3.13. Bij beslissing van 27 september 2010 machtigt het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst de evaluatiecommissie om “ook met de in het verslag van 23 april 2010 tweede meest gunstig gerangschikte inschrijver, zijnde de nv Interparking”, onderhandelingen te voeren. Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.14. Na onderhandelingen, die met hen zijn gevoerd, worden met een brief van 8 november 2010 de THV De Nul - Vinci Park en de nv Interparking uitgenodigd om tegen uiterlijk 10 november 2010 een zogenoemde “BAFO-bis” in te dienen.

3.15. Op 10 november 2010 wordt door de nv Interparking haar BAFO-bis ingediend, terwijl de THV De Nul -Vinci Park -volgens inventaris

verwerende partij blijkbaar slechts op 17 november 2010- haar BAFO-bis indient, -16 november gedateerd-.

3.16. In het verslag van de evaluatiecommissie van 17 november 2010 houdende voorstel tot aanwijzing van de gekozen inschrijver wordt in verband met het verloop van de procedure onder meer het volgende opgemerkt:

“Gelet op de bestekbepalingen en de gevoerde onderhandelingen met de TV De Nul-Vinci en in het bijzonder de onderhandelingen met Interparking, overeenkomstig de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 10 mei 2010, was er geen noodzaak om ook de TV Wyckaert-Parkeerbeheer tot de onderhandelingen te roepen, voor zover dit gelet op het onregelmatig karakter van de BAFO dd. 5 maart 2010 van deze inschrijver overigens mogelijk zou zijn geweest”.

3.17. Vervolgens wordt vastgesteld dat de BAFO-bis van de THV De Nul - Vinci Park om diverse redenen onregelmatig is: ze is niet tijdig ingediend, bevat een herziening van de prijzen waardoor de gestanddoeningstermijn wordt miskend en ze bevat voor het eerst een afwijking van het bestek inzake het ten laste nemen van taksen die als substantieel wordt beschouwd. De BAFO-bis van de nv Interparking wordt wel regelmatig bevonden. Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan nv Interparking.

Tevens merkt de evaluatiecommissie op dat voor zover de BAFO-bis van de THV De Nul-Vinci Park en de BAFO van de THV Wyckaert-Parkeerbeheer “toch als regelmatig beschouwd zouden moeten worden, hetgeen niet het geval is”, vastgesteld moet worden dat de nv Interparking rekening houdende met de in het bestek vermelde gunningscriteria toch nog de meest voordelige offerte heeft ingediend.

3.18. Op 22 november 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst met de tweede te dezen bestreden beslissing om “op basis van het verslag van de evaluatiecommissie van 17 november 2010, waarvan ze de motieven volledig bijtreedt”, de BAFO-bis van 17 november 2010 van de THV De Nul - Vinci Park onregelmatig te verklaren, minstens dat de BAFO-bis

van deze inschrijver niet in nuttige volgorde komt om als opdrachtnemer gekozen te worden, om op basis van het verslag van de evaluatiecommissie van 23 april 2010, waarvan ze de motieven volledig bijtreedt, de BAFO van 5 maart 2010 van THV Wyckaert-Parkeerbeheer onregelmatig te verklaren, minstens dat de BAFO van deze inschrijver niet in nuttige volgorde komt om als opdrachtnemer gekozen te worden, en, ten slotte, om op grond van het verslag van de evaluatiecommissie van 17 november 2010 de nv Interparking aan te wijzen als inschrijver die de meest voordelige BAFO-bis heeft ingediend.

3.19. Bij brief van 22 november 2010 worden de niet gekozen inschrijvers, meer bepaald de THV Wyckaert-Parkeerbeheer en de THV De Nul-Vinci Park op de hoogte gebracht van de voormelde beslissingen van het college van burgemeester en schepenen van 10 mei 2010, 27 september 2010 en 22 november 2010.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 20 december 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Interparking om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Zowel verwerende partij als tussenkomende partij werpen excepties van gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partijen op.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing bij uiterst

dringende noodzakelijkheid vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens 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 uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

7. Het eerste en enig middel wordt door verzoekende partijen geformuleerd als volgt, gelibelleerd door hen als “samenvatting” :

“Schending van het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel

Doordat verwerende partij, met het oog op het indienen van een BAFO(-BIS), ‘nieuwe’ onderhandelingen voerde met enkel de THV De Nul-Vinci Park en Interparking, met andere woorden verzoekende partijen niet betrokken werden bij deze onderhandelingen;

Terwijl, eerste onderdeel, de besteksbepalingen inzake het verloop van de gunningsprocedure geenszins het voeren van onderhandelingen met meerdere inschrijvers na de aanduiding van de voorkeursbieder voorzagen; Terwijl de beslissing d.d. 27 september 2010 van het college van burgemeester en schepenen van verwerende partij als een impliciete beslissing tot intrekking van de beslissing d.d. 10 mei 2010 tot aanduiding van de THV De Nul - Vinci Park als voorkeursbieder, dient beschouwd te worden, waardoor de beslissing d.d. 29 oktober 2009 van het schepencollege om drie inschrijvers, waaronder verzoekende partijen, uit te nodigen voor deelname aan de onderhandelingen, opnieuw uitwerking verkreeg;

Terwijl verzoekende partijen zich, als tot de onderhandelingen uitgenodigde inschrijver, in eenzelfde situatie bevonden als de THV De Nul - Vinci Park en Interparking;

Terwijl, tweede onderdeel, op het ogenblik dat het schepencollege van verwerende partij bij beslissing d.d. 27 september 2010 besliste om

"nieuwe" onderhandelingen te voeren met enkel de THV De Nul-Vinci Park en Interparking, de BAFO van verzoekende partijen geenszins formeel onregelmatig was verklaard en deze BAFO op dat ogenblik bijgevolg de iure (nog steeds) als regelmatig diende aangemerkt te worden en er bijgevolg geen enkele objectieve reden was om verzoekende partijen niet bij de "nieuwe" onderhandelingen te betrekken;

Terwijl een aanbestedende overheid, indien er geen objectieve en gegronde reden is om inschrijvers onderscheidend te behandelen, inschrijvers gelijk dient te behandelen;

Terwijl, derde onderdeel, voorafgaand aan nog te voeren onderhandelingen, een offerte slechts als onregelmatig uit de gunningsprocedure kan gesloten worden, wanneer vaststaat dat de onregelmatigheid niet in de onderhandelingen en de BAFO kan weggewerkt worden, zonder schending van het gelijkheidsbeginsel;

Terwijl, bijgevolg, in rekening genomen de 'nieuwe' onderhandelingen met het oog op het indienen van een BAFO(-BIS), de onregelmatigverklaring van de BAFO van verzoekende partijen kennelijk onredelijk is en de gelijkheid onder de inschrijvers schendt, nu duidelijk blijkt dat:

- de THV De Nul - Vinci Park en Interparking de gelegenheid kregen om hun oorspronkelijke BAFO volledig te wijzigen en te optimaliseren;
- verwerende partij, door het opnieuw voeren van onderhandelingen, impliciet erkende dat op het ogenblik waarop de oorspronkelijke BAFO's dienden ingediend te worden, het gunningsdossier nog niet 'rijp' was, m.a.w. nog niet ver genoeg gevorderd was voor het indienen van 'definitieve' BAFO's; en
- uit het Beoordelingsverslag van de BAFO's-BIS blijkt dat de 'verwachtingen' die verzoekende partijen in hun BAFO als uitgangspunten formuleerden, ook voor de andere inschrijvers, minstens ten dele, knelpunten uitmaakten, waardoor dient aangenomen te worden dat deze knelpunten voorwerp uitmaakten van de 'nieuwe' onderhandelingen".

Beoordeling

Eerste onderdeel

8.1. Het op de voorliggende opdracht toepasselijke bestek bepaalt inzake het verloop van de gunningsprocedure het volgende:

"(b) Verloop van de gunningsprocedure vanaf heden

Beoordeling van de offertes

Na ontvangst van de offertes zal de opdrachtgevende overheid op basis van de in het bestek vermelde gunningscriteria overgaan tot de beoordeling van deze offertes en op die manier de meest voordelige offerte te selecteren.

Deze beoordeling heeft betrekking op de visie van de inschrijver op de opdracht en heeft tot doel te bepalen welke inschrijver(s) het best geplaatst is/zijn om de opdracht uit te voeren.

De beoordeling is op de eerste bedoeld om de ‘beste’ inschrijver(s) te selecteren met het oog op het voeren van onderhandelingen.

De overige inschrijvers worden ofwel definitief afgewezen omdat ze niet voldoen aan de voorwaarden van het bestek ofwel in de wachtkamer geplaatst, hetgeen betekent dat zij eventueel alsnog kunnen geroepen worden tot de onderhandelingen.

De opdrachtgevende overheid behoudt zich het recht voor om het aantal inschrijvers lopende de gunningsprocedure ‘stapsgewijs’ te beperken. Zij zal deze ‘beperking’ motiveren.

Onderhandelingen

De onderhandelingsfase heeft tot doel een definitieve overeenstemming te bereiken over de inhoud van de af te sluiten overeenkomst.

Op basis van de gevoerde onderhandelingen, die desgevallend kunnen leiden tot een besteksaanpassing, zal de opdrachtgevende overheid één of meerdere inschrijvers uitnodigen tot het indienen van een aangepaste offerte, die afhankelijk van de ‘rijpheid’ van het dossier, al dan niet de vorm van een definitieve offerte (Best and Final Offer (BAFO)) zal aannemen.

De opdrachtgevende overheid behoudt zich het recht voor om alvorens de toewijzing van de opdracht over te gaan, een voorkeursbieder aan te duiden, met wie zij desgevallend verder alleen onderhandelt.

Ondertekening van de overeenkomst

De opdracht komt in principe tot stand door de ondertekening van de overeenkomst, tenzij zou blijken dat het bestek en de offerte volstaan.

De opdrachtgevende overheid behoudt zich het recht voor om dit procedureverloop lopende de gunningsprocedure nog aan te passen, zonder dat hieruit een recht op schadevergoeding voor de kandidaten/inschrijvers zou voortvloeien”.

Voorts bevat het bestek onder punt 5.6. nog de volgende bepalingen inzake de toewijzing:

“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 offerte niet tot het op basis van dit bestek verwachte resultaat zou leiden tot onderhandelingen met één of meer inschrijvers over te gaan, alvorens tot de selectie van de meest 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 de 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’”.

8.2. Op 12 februari 2010 worden de drie overgebleven inschrijvers uitgenodigd tot het indienen van een BAFO-offerte. Als bijlage bij dit schrijven wordt hen tevens de “nota n.a.v. de BAFO dd. 10 februari 2010. Precisering van het bestek” bezorgd. Hierin worden de inschrijvers onder meer gevraagd om een BAFO in te dienen die inhoudelijk voldoet aan de voorwaarden van het bestek zoals aangevuld in later aan de inschrijvers overgemaakte documenten, waaronder de nota. Inzake de procedure bepaalt de nota onder meer het volgende:

“Het is de bedoeling dat op basis van de ontvangen BAFO’s hetzij de opdracht gegund wordt hetzij de voorkeursbieder aangeduid wordt met wie verder onderhandeld kan worden, dit in functie van de precisie en inhoud van de ontvangen offertes. Hoe dan ook is het niet de bedoeling dat na de BAFO nog met alle inschrijvers onderhandeld wordt”.

8.3. Op 5 maart 2010 dienen de drie overgebleven inschrijvers een BAFO-offerte in.

8.4. In het verslag van de evaluatiecommissie houdende voorstel tot aanduiding van een voorkeursbieder van 23 april 2010 oordeelt de evaluatiecommissie dat de inschrijver THV De Nul - Vinci Park en de nv Interparking een “inhoudelijk regelmatige offerte” hebben ingediend. Met betrekking tot de offerte van THV Wyckaert - Parkeerbeheer stelt zij daarentegen vast dat deze als “inhoudelijk substantieel onregelmatig (moet) beschouwd worden” aangezien de inschrijver in zijn offerte drie zogenaamde “verwachtingen” formuleert die elk op zich genomen strijdig zijn met het bestek, dan wel als een bijkomende voorwaarde moeten worden beschouwd die van aard is dat de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang wordt gebracht. Elk van deze “verwachtingen” op zich maakt deze offerte volgens de evaluatiecommissie substantieel onregelmatig. Hoewel dit volgens de evaluatiecommissie volstaat om deze inschrijver van verdere beoordeling uit te sluiten, worden voorts in het verslag de offertes van de drie inschrijvers getoetst aan de gunningscriteria. Bij deze

toetsing wordt in verband met deze offerte opgemerkt dat de inhoudelijke beoordeling ervan gebeurt “in ondergeschikte orde en bijgevolg zonder afbreuk te doen aan de onregelmatigheidsverklaring”. De offerte van THV De Nul- Vinci Park behaalt de hoogste score, gevolgd door Interparking en ten slotte thv Wyckaert- Parkeerbeheer. Voorgesteld wordt om THV De Nul - Vinci Park aan te duiden als voorkeursbieder.

8.5. Bij beslissing van 10 mei 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst tot aanduiding van de THV De Nul - Vinci Park als voorkeursbieder, waarbij zij de motieven van het verslag van de evaluatiecommissie van 23 april 2010 bijvalt. Daarnaast machtigt het college de evaluatiecommissie tot het voeren van onderhandelingen met deze voorkeursbieder met het oog op het bereiken van een overeenkomst. Indien deze onderhandelingen niet tot een overeenkomst met de voorkeurbieder lieden, kan volgens het college verder worden onderhandeld met de overige inschrijvers overeenkomstig de rangschikking in het verslag van 23 april 2010, en dus in eerste instantie met de nv Interparking.

8.6. Bij beslissing van 27 september 2010 machtigt het college van burgemeester en schepenen de evaluatiecommissie om ook met de in het verslag van 23 april 2010 tweede meest gunstig gerangschikte inschrijver, zijnde de n.v. Interparking, onderhandelingen te voeren.

8.7. Het eerste onderdeel van het eerste middel vertrekt vanuit de visie dat de beslissing van 27 september 2010 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst als een impliciete beslissing tot intrekking van de beslissing van 10 mei 2010 tot aanwijzing van de THV De Nul - Vinci Park als voorkeursbieder zou moeten worden beschouwd waardoor de beslissing van 29 oktober 2009 van het college om drie inschrijvers, waaronder verzoekende partijen, uit te nodigen voor deelname aan de onderhandelingen, opnieuw uitwerking zou hebben verkregen.

Dit standpunt lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd nu het college van burgemeester en schepenen met zijn beslissing van 27 september 2010 slechts uitvoering lijkt te hebben gegeven aan voormelde beslissing van 10 mei 2010 waarin het college niet alleen besliste tot aanduiding van de THV De Nul - Vinci Park als voorkeursbieder en de evaluatiecommissie machtigde tot het voeren van onderhandelingen met deze voorkeursbieder met het oog op het bereiken van een overeenkomst: daarnaast werd door het college ook beslist dat indien deze onderhandelingen niet tot een overeenkomst met de voorkeursbieder zouden leiden, verder kan worden onderhandeld met de overige inschrijvers overeenkomstig de rangschikking in het verslag van 23 april 2010, en dus in eerste instantie met de nv Interparking. Door de motieven van het evaluatieverslag te onderschrijven, lijkt het college definitief tot de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen te hebben beslist. Overigens wordt de beslissing van 10 mei 2010 door verzoekende partijen niet betwist.

8.8. In tegenstelling tot wat verzoekende partijen betogen, lijken zij zich niet in dezelfde situatie als de THV De Nul - Vinci Park en de nv Interparking te bevinden nu hun offerte in voormeld evaluatieverslag van 23 april 2010 substantieel onregelmatig werd bevonden en hoe dan ook als derde en laatste gerangschikt.

8.9. Op het eerste gezicht heeft verwerende partij, in het licht van de hiervoor aangehaalde besteksbepalingen en beslissingen, ook niet gehandeld in strijd met het beginsel *patere legem* door de verzoekende partijen niet uit te nodigen tot het indienen van een BAFO-bis.

In de nota van 10 februari 2010 met precisering van de besteksbepalingen werd de inschrijvers immers uitdrukkelijk gevraagd om een BAFO in te dienen die inhoudelijk voldeed aan de voorwaarden van het bestek zoals aangevuld in later aan de inschrijvers overgemaakte documenten, waaronder de nota. Tevens werd in die nota (blz. 4, in fine) uitdrukkelijk te kennen gegeven

dat het hoe dan ook niet de bedoeling was dat na de BAFO nog met alle inschrijvers zou worden onderhandeld.

8.10. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

9.1. Op het eerste gezicht lijkt het college van burgemeester en schepenen in zijn beslissing van 27 september 2010 niet te hebben beslist om “nieuwe onderhandelingen” te voeren, zoals verzoekende partijen laten uitschijnen, doch slechts uitvoering te hebben gegeven aan voormelde beslissing van 10 mei 2010.

9.2. In elk geval lijken er wel degelijk objectieve redenen voorhanden te zijn om verzoekende partijen geen BAFO-bis te hebben laten indienen, namelijk het feit dat de offerte van verzoekende partijen in voormeld evaluatieverslag van 23 april 2010 onregelmatig werd verklaard en hoe dan ook slechts als derde stond gerangschikt, verslag waarbij het college zich zoals reeds vastgesteld, aansloot.

9.3. Zoals reeds werd opgemerkt bij het eerste onderdeel oordeelde de evaluatiecommissie reeds in het verslag van de evaluatiecommissie houdende voorstel tot aanwijzing van een voorkeursbieder van 23 april 2010 dat de BAFO-offerte van verzoekende partijen onregelmatig was.

Bij beslissing van 10 mei 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst tot aanwijzing van de THV De Nul -Vinci Park als voorkeursbieder, waarbij zij de motieven van het verslag van de evaluatiecommissie van 23 april 2010 bijvalt.

Nu het college de motieven van het verslag van de evaluatiecommissie van 23 april 2010 reeds integraal is bijgetreden op 10 mei 2010, lijkt het standpunt van verzoekende partijen dat hun offerte op 27 september 2010 *de jure* nog steeds als regelmatig diende te worden aangemerkt, op het eerste

gezicht betwistbaar en zou de onregelmatigverklaring op 22 november 2010 ook als een louter bevestigende beslissing kunnen worden aangemerkt.

9.4. Zelfs indien zou worden aangenomen dat slechts op 22 november 2010 tot formele onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partijen werd beslist, blijft op het eerste gezicht minstens het feit dat de offerte van verzoekende partijen als derde gerangschikt stond, gelden als objectieve verantwoording, nu deze rangschikking bepalend was om uit te maken met wie in eerste instantie onderhandeld mocht worden in geval van uitblijven van een overeenkomst met de voorkeursbieder zoals vastgesteld bij beslissing van 10 mei 2010.

9.5. Het lijkt niet dat de verzoekende partijen zich aldus in “eenzelfde situatie” bevonden als de beide andere inschrijvers.

9.6. Voor het overige volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste onderdeel.

9.7. Ook het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

10.1. Zoals reeds eerder werd opgemerkt, werd in de nota van 10 februari 2010 met precisering van de besteksbepalingen aan de inschrijvers uitdrukkelijk gevraagd om een BAFO in te dienen die inhoudelijk voldoet aan de voorwaarden van het bestek zoals aangevuld met de later aan de inschrijvers overgemaakte documenten, waaronder de nota. De vaststelling door de evaluatiecommissie in het verslag van 23 april 2010 dat de BAFO-offerte van verzoekende partijen substantieel onregelmatig is, lijkt door verzoekende partijen niet wezenlijk te worden betwist .

Op het eerste gezicht tonen verzoekende partijen aldus niet aan waarom verwerende partij gelet op voormelde richtlijnen niet gerechtigd zou zijn

geweest om de BAFO-offerte van verzoekende partijen onregelmatig te verklaren en verplicht om verzoekende partijen de onregelmatigheden te laten herstellen.

10.2. Evenmin lijkt te kunnen worden aangenomen dat er sprake zou zijn van een ongelijke behandeling omdat verzoekende partijen niet een gelijke mogelijkheid werd geboden als inschrijvers THV De Nul – Vinci Park en de nv Interparking om hun BAFO te wijzigen en te optimaliseren.

Het is immers niet zo dat de THV De Nul - Vinci Park en de nv Interparking onregelmatigheden van hun BAFO-offerte nadien alsnog zouden hebben kunnen wegwerken in een BAFO-bis offerte, terwijl verzoekende partijen deze kans niet zouden gekregen hebben.

Verzoekende partijen lijken uit het oog te verliezen dat de BAFO-offerte van inschrijver THV De Nul - Vinci Park en de nv Interparking, in tegenstelling tot de offerte van verzoekende partijen, wel degelijk inhoudelijk regelmatig werd bevonden in het verslag van de evaluatiecommissie houdende voorstel tot aanwijzing van een voorkeursbieder van 23 april 2010, welke motieven het college van burgemeester en schepenen in zijn beslissing van 10 mei 2010 is bijgetreden.

10.3. Overigens lijkt, ook gelet op de zeer korte termijn waarover de inschrijvers beschikten om een BAFO-bis offerte in te dienen, bezwaarlijk te kunnen worden aangenomen dat THV De Nul-Vinci Park en de nv Interparking de gelegenheid zouden hebben gekregen om hun oorspronkelijke BAFO-offerte volledig te wijzigen en te optimaliseren in een BAFO-bis offerte. De inschrijvers werden immers pas bij brief van 8 november 2010 uitgenodigd om tegen uiterlijk 10 november 2010 een BAFO-bis in te dienen. In die brief werd ook uitdrukkelijk aangegeven dat de reeds ingediende BAFO van 5 maart 2010 niet opnieuw diende te worden ingediend, doch werd opgegeven welke documenten aanvullend dienden te worden verstrekt ten einde elk misverstand te vermijden over wat nu al dan niet als zogenaamde BAFO-bis moest worden beschouwd. Uit het verslag van de evaluatiecommissie van 17 november 2010 en de als vertrouwelijk neergelegde

zogenaamde BAFO-bis offertes blijkt dat de betrokken inschrijvers enkel deze gevraagde documenten hebben ingediend.

10.4. Op het eerste gezicht kan uit het loutere feit dat met de voorkeursbieder binnen een redelijke termijn geen overeenkomst kon worden gesloten, niet worden afgeleid dat het dossier nog niet “rijp” genoeg zou zijn geweest voor het indienen van BAFO-offertes.

10.5. Voorts lijkt verwerende partij de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet ongelijk te hebben behandeld nu, eens gebleken was dat in de BAFO-bis offerte van inschrijver THV De Nul -Vinci Park plots voor het eerst, en dus na indiening van de BAFO-offerte, een enigszins vergelijkbare onregelmatigheid opdook die de overheid eerder bij de BAFO-offerte van verzoekende partijen substantieel achtte, de BAFO-bis offerte van inschrijver THV De Nul-Vinci Park eveneens onregelmatig werd verklaard.

10.6. Ook het derde en laatste onderdeel van het enig middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

11. Nu het enige middel niet ernstig is bevonden is meteen 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 nv Interparking tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig december 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Frank Bontinck,	griffier.
-----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest