

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.371 van 30 december 2015
in de zaak A. 217.749/XII-7969**

In zake: de NV BESIX PARK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Eric Van Hooydonk
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Emiel Banningstraat 21-25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD VILVOORDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Michelle Decruy
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV APCOA PARKING BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Clonen
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Fruithoflaan 124 bus 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 december 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Vilvoorde van 30 november 2015 waarbij de overheidsopdracht ‘Exploitatie parkeren op de straat

en bouw en exploitatie Parking Grote Markt' werd gegund aan [de nv Apcoa Parking Belgium] en niet aan [de nv Besix Park].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 december 2015 heeft de nv Apcoa Parking Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 december 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Eric Van Hooydonk en Joris Van Raemdonck die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Sofie Logie, Michelle Decruy en adviseur Alain Lauweryns die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Koen Clonen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 Vilvoorde schrijft een opdracht uit met als voorwerp “Exploitatie parkeren op de straat en bouw en exploitatie parking Grote markt”. De opdracht kadert binnen het aangepaste parkeerbeleid van de stad Vilvoorde en heeft de realisatie van een ondergrondse parking en het exploiteren van parkeerplaatsen als voorwerp. De opdrachtnemer staat op eigen risico in voor het

exploiteren van de parkeerplaatsen “op de straat”, alsmede het ontwerpen, bouwen en exploiteren van een parking onder de Grote Markt, alsmede voor een aantal overkoepelende taken. Het betreft volgens het bestek een concessie van openbare dienst en openbare werken waarbij de verwerende partij in het bestek uitdrukkelijk de onderhandelingsprocedure met bekendmaking zoals bepaald in de wetgeving inzake overheidsopdrachten op van toepassing verklaart alsook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

De Raad van State zal gemakshalve hierna de terminologie van het bestek, namelijk ‘opdracht’, gebruiken.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 november 2014 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 3 december 2014.

3.4. Op grond van de aankondiging en de selectieleidraad, zoals goedgekeurd door de gemeenteraad van de stad Vilvoorde op 17 november 2014, kunnen geïnteresseerde partijen tot uiterlijk 20 januari 2015 een aanvraag tot deelneming voor de opdracht indienen.

3.5. Op 4 mei 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Vilvoorde vier kandidaten te selecteren.

Bij brief van 19 mei 2015 worden de geselecteerde kandidaten uitgenodigd om op grond van het bestek, goedgekeurd door de gemeenteraad van de stad Vilvoorde in de zitting van 23 maart 2015, uiterlijk op 7 augustus 2015 een offerte in te dienen.

3.6. Omtrent de gunningscriteria valt in het bestek het volgende te lezen:

“5.6 Gunningscriteria

De (Eind)Offertes zullen, met het oog op de aanduiding van de Voorkeursbieder of het maken van een tussentijdse selectie, beoordeeld worden aan de hand van onderstaande gunningscriteria :

1.	Vergoeding	60%
2.	Kwaliteit van het ontwerp, de uitvoeringsmethodiek en kostprijs van de Parking en sanctiemechanisme	15%
3.	Kwaliteit van de dienstverlening en sanctiemechanisme	15%
4.	Uitvoeringstermijn voor de realisatie van de Parking en sanctiemechanisme	10%
TOTAAL		100%

Als Voorkeursbieder wordt aangeduid de Inschrijver die vanuit het oogpunt van de Opdrachtgevende Overheid, rekening houdende met de gunningscriteria, de economisch voordeligste (Eind)Offerte heeft ingediend.”

Het eerste gunningscriterium “Vergoeding” in het bestek nader toegelicht als volgt:

“4.5. Vergoeding

4.5.1. Percentage van de bruto inkomsten inclusief btw dat aan de Opdrachtgevende Overheid toekomt

De Opdrachtnemer wordt voor de uitvoering van de Opdracht vergoed door het innen van de opbrengsten uit het Exploiteren van de Parkeerplaatsen ‘op de straat’ en de Parking.

De Opdrachtgevende Overheid is gerechtigd op een vergoeding van de Opdrachtnemer voor het verlenen van een recht van exploitatie van de Parkeerplaatsen ‘op de straat’ en van een recht op de Grote Markt voor het Ontwerpen, Bouwen en Exploiteren van de Parking.

Deze vergoeding neemt in principe de vorm aan van een percentage van de bruto inkomsten inclusief btw, d.w.z. vóór aftrek van de investeringen en de kosten, dat aan de Opdrachtgevende Overheid toekomt en waarbij de Opdrachtgevende Overheid uitgaat van een minimale jaarlijkse vergoeding van € 500.000, zijnde de vergoeding die de Opdrachtgevende Overheid momenteel jaarlijks van de huidige concessionaris m.b.t. de Parkeerplaatsen ‘op de straat’ ontvangt.

Dit percentage wordt berekend op basis van alle inkomsten behaald uit de exploitatie van de Parkeerplaatsen ‘op de straat’ en de Parking (o.m. Parkeergelden, Parkeerbonnen, abonnementen, Parkeertoelatingen, persoonlijke elektronische parkeermeters, ... (met uitzondering van de

inkomsten uit de publiciteit (...)), waarbij de Opdrachtgevende Overheid de zekerheid heeft op afrekening op het hoogste geregistreerde bedrag, hetzij bij de Opdrachtnemer (bijvoorbeeld op de inningtickets van het betaalsysteem), hetzij bij de financiële instelling waar de gelden door de Opdrachtnemer na inning worden gedeponneerd.”

Wat de quotering van de offertes voor het eerste gunningscriterium van de vergoeding betreft, bepaalt het bestek het volgende:

“Eerste gunningscriterium : Vergoeding (60 %)

Het gunningscriterium ‘Vergoeding’ heeft betrekking op de kostprijs voor de uitvoering van de Opdracht.

Wat dit gunningscriterium betreft, geeft de Inschrijver in deze fase van de procedure een % van de bruto inkomsten inclusief btw (d.w.z. vóór aftrek van de investeringen en kosten) op, dat zij jaarlijks aan de Opdrachtgevende Overheid zal betalen, desgevallend met opgave van een minimaal jaarlijks gegarandeerde vergoeding (forfaitair bedrag). Er kan geen maximumvergoeding opgegeven worden.

Onder ‘inkomsten’ wordt begrepen ‘alle opbrengsten’ zowel van de exploitatie van de Parkeerplaatsen ‘op de straat’ als in de Parking (d.w.z. o.m. Parkeergelden, Parkeerbonnen, abonnementen, bewonerskaarten, ... (uitzondering : inkomsten uit publiciteit)).

De Inschrijver houdt hierbij rekening met alle bepalingen van dit Bestek, en uiteraard ook met de bepalingen opgenomen onder 4.5. ‘Vergoeding’ in dit Bestek.

De Opdrachtgevende Overheid gaat ervan uit dat het vergoedingsvoorstel berekend is op basis van de door de Inschrijver gedane voorstellen en dat bijvoorbeeld de door de Inschrijver opgegeven ‘incentives’ in de prijs begrepen zijn.

Omwille van de vergelijkbaarheid van de (Eind)Offertes wordt van de Inschrijvers gevraagd voorlopig één enkel percentage op te geven. De Inschrijvers kunnen daarnaast suggesties doen voor andere vergoedingsmechanismen. De bedoeling is om de Opdracht te laten uitvoeren op een wijze die voor de Opdrachtgevende Overheid fiscaal optimaal is, waarbij rekening gehouden wordt met de btw-regels, onroerende voorheffing en fiscale voordelen, zoals notionele interest.

Om het prijsonderzoek mogelijk te maken, en meer bepaald de geboden vergoeding op haar realistisch karakter te beoordelen, wordt ook een gedetailleerde raming van alle kosten en opbrengsten gevraagd.

Indien de vergoeding in het onmogelijk geval negatief zou zijn, moet vermeld worden wat het bedrag is dat de Opdrachtgevende Overheid jaarlijks aan de Opdrachtnemer moet betalen. Ook hier zijn alternatieve voorstellen mogelijk.

Dit gunningscriterium kan naar aanleiding van de indiening van de Eindofferte aangepast worden.

Minimaal bij de Offerte te voegen documenten :

- 1) Opgave van % van bruto-omzet, jaarlijks te betalen aan de Opdrachtgevende Overheid, met desgevallend gegarandeerde jaarlijkse minimale vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid (zo niet : bedrag dat de Opdrachtgevende Overheid moet betalen aan de Opdrachtnemer).
- 2) Een gestructureerde, duidelijke en volledige nota waarin het vergoedingsmechanisme wordt omschreven, eventueel aangevuld met alternatieve voorstellen; De Inschrijver vermeldt ook in welke mate hij de zone, waarvan sprake in 4.5.4. 'Nieuwe parkeergelegenheid 'van de straat', als voorwaarde eist."

De opdrachtgevende overheid behoudt zich in het bestek ook het recht voor om in de loop van de procedure af te wijken van de bepalingen van dit bestek: "de geselecteerde Kandidaten zullen uitdrukkelijk gewezen worden op gebeurlijke afwijkingen, aanpassingen of aanvullingen."

Met betrekking tot onregelmatige offertes bepaalt het bestek nog het volgende:

"5.5.6. Onregelmatige Offertes

De Opdrachtgevende Overheid is niet verplicht om onregelmatige Offertes uit te nodigen voor de onderhandelingen of toelichting of voor verdere deelname aan de gunningsprocedure. In het geval van een onregelmatige Offerte kan de betrokken Inschrijver nooit een recht op verdere deelname eisen.

Anderzijds is de Opdrachtgevende Overheid ook geenszins verplicht onregelmatige Offertes onmiddellijk uit te sluiten en te weigeren voor verdere deelname. Dit zal in principe enkel aan de orde zijn bij Offertes die globaal niet beantwoorden aan de uitgangspunten van het Bestek.

De Opdrachtgevende Overheid beschikt hierbij over een discretionaire beoordelingsvrijheid en zal haar beslissing in de ene of de andere zin motiveren."

3.7. Volgende kandidaten dienen een offerte in: de thv OPC-Vinci Park Belgium nv, de verzoekende partij en de nv Apcoa Parking Belgium.

3.8. Er vinden gesprekken plaats met elk van de inschrijvers op respectievelijk 28 augustus en 2 oktober 2015.

Naar aanleiding van de bespreking van 28 augustus 2015 deelt de verwerende partij de inschrijvers op 15 september 2015 onder meer het volgende mee:

- “- Wat betreft de jaarlijkse minimumvergoeding, gegarandeerd aan de Stad, wordt opgemerkt dat de Inschrijver ook een voorstel kan doen, waarbij het bedrag niet elk jaar hetzelfde is. Graag ook vermelding of dit bedrag al dan niet geïndexeerd wordt.
- Wat betreft het vergoedingsmechanisme, wordt aan de Inschrijvers gevraagd om uit te gaan van niet-geïndexeerde tarieven.”

Naar aanleiding van het overlegmoment op 2 oktober 2015 volgt op 7 oktober 2015 nog een schrijven van de verwerende partij:

“In afwijking van het Bestek moet voor de opmaak van de BAFO uitgegaan worden van volgende uitgangspunten, zoals ook reeds toegelicht op het overlegmoment van 2 oktober 2015:

- Er mag in de BAFO gewerkt worden met een compensatie voor de reële indexering en dit op de totaliteit van de inkomsten, dus zowel de inkomsten uit het parkeren ‘op de straat’ als uit het parkeren in de parking. De Inschrijver kan hierbij kiezen tussen één van de volgende indexeringsmechanismen :

1) Het vergoedingspercentage voor de stad wordt jaarlijks verminderd met de reële index.

Totaal fictief voorbeeld met vergoedingspercentage voor de stad 20 % - index 2%:

Jaar 1	20 % voor de stad
Jaar 2	20 %x 0,98 voor de stad
Jaar 3	20 % x 0,98 x 0,98 voor de stad
Jaar 4	20 %x 0,98 x 0,98 x 0,98 voor de stad

- Er wordt een fictieve omzet berekend, waarbij deze fictieve omzet gelijk is aan de toepassing van de reële index op de reële omzet. Op de fictieve omzet wordt dan het percentage voor de Opdrachtnemer berekend. Het verschil tussen de berekende vergoeding voor de Opdrachtnemer en de reële omzet is dan het gedeelte voor de Stad.

Totaal fictief voorbeeld met vergoedingspercentage voor de stad 20% - index 2%

Jaar 1	Omzet 100 -> 80% voor de Opdrachtnemer
Jaar 2	Omzet $100 \times 1,02$ = fictieve omzet 102 -> (reële omzet = 100) 80% voor de Opdrachtnemer op fictieve omzet
Jaar 3	Omzet $100 \times 1,02 \times 1,02$ = fictieve omzet -> (reële omzet = 100) 80% voor de Opdrachtnemer op fictieve omzet
Jaar 4	Omzet $100 \times 1,02 \times 1,02 \times 1,02$ = fictieve omzet -> (reële omzet = 100) 80% voor de Opdrachtnemer op fictieve omzet

Deze mechanismen staan volledig los van de potentiële tariefverhogingen, die de stad Vilvoorde al dan niet lopende de duur van de overeenkomst goedkeurt (gevolgen, zie hierna).

Om de BAFO's te kunnen vergelijken, moeten de Inschrijvers wel een index van 2 % toepassen.

- Indien de stad Vilvoorde lopende de duur van de overeenkomst een tariefverhoging 'op de straat' goedkeurt, komt 80 % van deze meeropbrengsten 'op de straat' toe aan de stad en 20 % aan de opdrachtnemer. Indien ten gevolge van deze verhoging de Opdrachtnemer eveneens de tarieven in de parking verhoogt, geldt dezelfde regeling. De stad Vilvoorde garandeert evenwel geen daadwerkelijke tariefverhoging voor het parkeren 'op de straat'. Dit is een bevoegdheid die uitsluitend aan de gemeenteraad van de stad Vilvoorde toekomt."

3.9. Bij hetzelfde schrijven van 7 oktober 2015 worden de inschrijvers uitgenodigd tot het indienen van een eindofferte – best and final offer of BAFO – uiterlijk op 19 oktober 2015.

Alle inschrijvers dienen een eindofferte in.

3.10. Het verslag van 12 november 2015 bevat de volgende beoordeling van de financiële voorstellen:

"Na lezing van de financiële voorstellen, opgenomen in de Offertes van 7 augustus 2015, werd vastgesteld :

- Door een aantal van de Inschrijvers werd impliciet uitgegaan van een tariefverhoging tijdens de looptijd van de Opdracht door de indexering van de Inkomsten

- Er werden verschillende uitgangspunten gehanteerd voor de berekening van de aan de Opdrachtgevende Overheid te betalen vergoeding, de minimumvergoeding, ...
- Er werd uitgegaan van een verschillende interpretatie van de netto- en de bruto-inkomsten, de opening- en de betalende uren, ...
- Er werden bijkomende randvoorwaarden gesteld met een financiële impact.
- Maar de inschattingen van de Inschrijvers op het vlak van zowel de geraamde kosten als de geraamde inkomsten lagen allemaal in de lijn van de verwachtingen, d.w.z. in de lijn van de ramingen waarop de Opdrachtgevende Overheid was uitgegaan bij het uitschrijven van de Opdracht.

Tijdens de overlegmomenten van 28 augustus 2015 en 2 oktober 2015 werd met elk van deze Inschrijvers de verschillende punten besproken om te komen tot een objectieve en transparante vergelijking van de vergoedingen aan de Opdrachtgevende Overheid die door de Inschrijvers worden voorgesteld.

In afwijking van het Bestek werd in het schrijven van 7 oktober 2015 met de uitnodiging voor de indiening van de Eindofferte, uitgegaan van de volgende uitgangspunten, zoals ook toegelicht aan de Inschrijvers op het overlegmoment van 2 oktober 2015:

[...]

Dit belette evenwel niet dat de Opdrachtgevende Overheid na de ontvangst van de Eindoffertes diende vast te stellen dat de door de Inschrijvers opgegeven cijfers nog steeds hier en daar vatbaar waren voor interpretatie.

De door de Inschrijvers voorgestelde berekeningswijze werd herleid tot de essentie aansluitend met de gegevens uit de financiële simulatie van de respectievelijke Inschrijvers.

Om er zeker van te zijn dat de Opdrachtgevende Overheid alle bedragen correct heeft geïnterpreteerd, werd aan de Inschrijvers gevraagd om deze simulatie van het vergoedingsmechanisme na te zien, de vragen te beantwoorden en desgevallend waar nodig te verduidelijken.

Alle Inschrijvers stuurden de nodige verduidelijkingen, die werden gehanteerd voor de transparante vergelijking van de Eindoffertes.

Volgende werkwijze werd gehanteerd :

1. Er werd een gemiddelde gemaakt van de geraamde inkomsten ‘op de straat’, opgegeven in de Eindoffertes van de verschillende Inschrijvers.
2. Er werd een gemiddelde gemaakt van de geraamde inkomsten van de Parking, opgegeven in de Eindoffertes van de verschillende Inschrijvers.
3. Het voorgestelde vergoedingsmechanisme door de Inschrijvers werd toegepast op de totaliteit van deze geraamde gemiddelde inkomsten voor de looptijd van de Overeenkomst.

4. Indien de berekende geraamde variabele vergoeding (% bruto omzet) lager ligt dan de door de Inschrijver gegarandeerde minimumvergoeding, werd deze gegarandeerde minimumvergoeding aangewend in de berekening in plaats van de lagere variabele vergoeding (% bruto omzet).
5. Deze geraamde vergoeding per periode werd opgeteld voor de 17 periodes (die alle Inschrijvers hanteren) teneinde de totale vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid over de totale looptijd te berekenen.
6. Deze totale vergoedingen voor de Opdrachtgevende Overheid werden vergeleken volgens de regel van drie en toegepast rekening houdende met een totale maximale score van 60 punten voor dit gunningscriterium.

Deze werkwijze wordt hieronder per Inschrijver gedetailleerd toegelicht.

[...]

Besix Park nv

Kolom A = geraamde gemiddelde totale inkomsten per periode over de looptijd van de opdracht

Kolom B = bepaling van het percentage waarmee de geraamde totaal gemiddelde inkomsten vermenigvuldigd dienen te worden om de zogenaamde 'fictieve' omzet te berekenen

Te noteren valt dat deze Inschrijver opteert voor een vergoedingspercentage waarbij een fictieve omzet wordt berekend. Deze fictieve omzet is gelijk aan de toepassing van de reële index (hier 2%) op de reële omzet (hier op de geraamde gemiddelde totaalinkomsten).

Te noteren valt dat deze Inschrijver de berekening van de fictieve omzet toepast vanaf periode 2.

Kolom C = berekende fictieve omzet waarop gedeelte Inschrijver wordt bepaald (=kolom A x kolom B)

Kolom D = percentage van de gemiddelde geraamde 'fictieve' omzet dat toekomt aan de Inschrijver

Te noteren valt dat dit percentage vastligt voor de volledige looptijd.

Kolom E = berekende vergoeding voor de Inschrijver (kolom C x kolom D)

Kolom F = berekende 'variabele' vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid volgens het vergoedingsmechanisme van de Inschrijver (kolom A - kolom E)

Kolom G = de gegarandeerde vaste minimum vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid

Kolom H = de uiteindelijke berekende vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid over de looptijd (kolom F of kolom G naar gelang het hoogste bedrag)

Te noteren valt dat vanaf periode 11 de gegarandeerde vaste minimumvergoeding hoger ligt dan de berekende 'variabele' vergoeding en dat daardoor bij de berekening voor de uiteindelijke berekende vergoeding deze gegarandeerde vaste minimumvergoeding dient aangewend te worden.

	A	B	C	D	E	F	G	H
1	1.812.395	100,00%	1.812.395	63,76%	1.155.583	656.812	500.000	656.812
2	1.865.098	102,00%	1.902.400	63,76%	1.212.970	652.128	500.000	652.128
3	2.103.218	104,04%	2.188.188	63,76%	1.395.189	708.029	500.000	708.029
4	2.124.489	106,12%	2.254.524	63,76%	1.437.485	687.004	500.000	687.004
5	2.149.601	108,24%	2.326.798	63,76%	1.483.566	666.035	500.000	666.035
6	2.174.110	110,41%	2.400.393	63,76%	1.530.491	643.619	500.000	643.619
7	2.193.207	112,62%	2.469.907	63,76%	1.574.813	618.394	500.000	618.394
8	2.193.822	114,87%	2.520.012	63,76%	1.606.760	587.062	500.000	587.062
9	2.199.315	117,17%	2.576.849	63,76%	1.642.999	556.317	500.000	556.317
10	2.204.921	119,51%	2.635.085	63,76%	1.680.130	524.791	500.000	524.791
11	2.210.641	121,90%	2.694.759	63,76%	1.718.178	492.463	500.000	500.000
12	2.216.478	124,34%	2.755.912	63,76%	1.757.169	459.309	500.000	500.000
13	2.222.434	126,82%	2.818.584	63,76%	1.797.129	524.305	500.000	500.000
14	2.228.512	129,36%	2.882.818	63,76%	1.838.085	390.427	500.000	500.000
15	2.234.714	131,95%	2.948.657	63,76%	1.880.064	354.650	500.000	500.000
16	2.241.043	134,59%	3.016.148	63,76%	1.923.096	317.946	500.000	500.000
17	2.247.501	137,28%	3.085.337	63,76%	1.967.211	280.290	500.000	500.000
								9.800.192

Apcoa Parking Belgium nv

Kolom A = geraamde gemiddelde totale inkomsten per periode over de looptijd van de opdracht

Kolom B = inkomstengrens 1, waaronder geen percentage wordt opgegeven (maar waar indien de reële inkomsten lager zouden liggen dan deze grens toch de minimumvergoeding uit kolom E wordt aangeboden, die hoe dan ook telkens hoger ligt)

Kolom C = inkomstengrens 2

Kolom D = percentage van de gemiddelde geraamde inkomsten voor de Opdrachtgevende Overheid tussen grens 1 en grens 2

Te noteren valt dat deze Inschrijver opteert voor een vergoedingspercentage voor de Opdrachtgevende Overheid dat jaarlijks verminderd wordt met de reële index - hier transparantie door alle Inschrijvers berekend op 2 %.

Te noteren valt dat deze Inschrijver verschillende percentages opgeeft tussen de beginperiodes 1 en 2 en de daarop volgende.

Te noteren valt dat deze Inschrijver de vermindering van de percentages pas toepast vanaf periode 3, waardoor de impact over de looptijd lager ligt dan wanneer dit zou zijn toegepast vanaf periode 2.

Kolom E = percentage van de gemiddelde geraamde inkomsten voor de Opdrachtgevende Overheid boven grens 2

Kolom F = berekende 'variabele' vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid volgens het vergoedingsmechanisme van de Inschrijver

Kolom G = gegarandeerde vaste minimum vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid

Kolom H = uiteindelijke berekende vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid over de looptijd

Te noteren valt dat in dit voorstel de gegarandeerde vaste minimumvergoeding nooit hoger ligt dan de berekende 'variabele' vergoeding en dat daardoor bij de berekening van de uiteindelijke berekende vergoeding deze gegarandeerde vaste minimumvergoeding nooit dient aangewend te worden.

	A	B	C	D	E	F	G	H
1	1.812.395	150.000	1.500.000	67,00%	98,00%	1.210.648	701.000	1.210.648
2	1.865.098	250.000	1.500.000	67,00%	98,00%	1.195.296	701.000	1.915.296
3	2.103.218	350.000	1.850.000	37,00%	98,00%	803.154	501.000	803.154
4	2.124.489	350.000	1.850.000	36,26%	96,04%	807.519	501.000	807.519
5	2.149.601	350.000	1.850.000	35,53%	94,12%	815.005	501.000	815.005
6	2.174.110	350.000	1.850.000	34,82%	92,24%	821.310	501.000	821.310
7	2.193.207	350.000	1.850.000	34,13%	90,39%	822.146	501.000	822.146
8	2.193.822	350.000	1.850.000	33,45%	88,58%	806.248	501.000	806.248
9	2.199.315	350.000	1.850.000	32,78%	86,81%	794.892	501.000	794.892
10	2.204.921	350.000	1.850.000	32,12%	85,08%	783.764	501.000	783.764
11	2.210.641	350.000	1.850.000	31,48%	83,37%	772.857	501.000	772.857
12	2.216.478	350.000	1.850.000	30,85%	81,71%	762.169	501.000	762.169
13	2.222.434	350.000	1.850.000	30,23%	80,07%	751.695	501.000	751.695
14	2.228.512	350.000	1.850.000	29,63%	78,47%	741.431	501.000	741.431
15	2.234.714	350.000	1.850.000	29,03%	76,90%	731.371	501.000	731.371
16	2.241.043	350.000	1.850.000	28,45%	75,36%	721.514	501.000	721.514
17	2.247.501	350.000	1.850.000	27,88%	73,86%	711.853	501.000	711.853
								14.052.871

Voorstel van punten:

OPC-VINCI : 42,16 punten

BESIX PARK : 41,84 punten

APCOA : 60 punten

Indien de vergoedingen voor de Opdrachtgevende Overheid berekend worden op basis van de door elk van de Inschrijvers eigen geraamde inkomsten, dan is de voorsprong ten voordele van Apcoa zelfs nog groter.

De totale vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid bij OPC-Vinci op basis van de inkomsten geraamd door OPC-Vinci bedraagt over de volledige looptijd van de Opdracht: € 9.807.307

De totale vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid bij Besix Park op basis van de inkomsten geraamd door Besix Park bedraagt over de volledige looptijd van de Opdracht: € 9.286.241

De totale vergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid bij Apcoa op basis van de inkomsten geraamd door Apcoa bedraagt over de volledige looptijd van de Opdracht: € 18.170.529

Hierop de regel van drie toepassende zouden de scores als volgt zijn:

- OPC-Vinci: 32,38 punten
- Besix Park: 30,66 punten
- Apcoa: 60 punten
- [...]

6. Voorstel tot aanduiding Voorkeursbieder

Alle inschrijvers voldoen aan de in het Bestek gestelde voorwaarden en zijn dus regelmatig

Op basis van de gunningscriteria worden de Inschrijvers als volgt gerangschikt:

	OPC-Vinci	Besix Park	Apcoa
1)Kwaliteit van de dienstverlening en sanctiemechanisme (60 punten)	42,16	41,84	60
2)Kwaliteit van het ontwerp, de uitvoeringsmethodiek en de kostprijs van de Parking en sanctiemechanisme (15 punten)	10	13	10
3)Kwaliteit van de dienstverlening en sanctiemechanisme (15 punten)	11	15	10
4)Uitvoeringstermijn voor de realisatie van de Parking en sanctiemechanisme (10 punten)	8,5	5	10
TOTAAL	71,66	74,84	90

Worden bijgevolg voorgesteld als voorkeursbieder:

- Apcoa Parking Belgium nv.”

3.11. Op grond van dit verslag beslist het college van burgemeester en schepenen op 16 november 2015 de nv Apcoa Parking Belgium als voorkeursbieder aan te wijzen.

Op 24 november 2015 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de nv Apcoa Parking Belgium is aangewezen als voorkeursbieder en dat met deze inschrijver zal worden getracht om tot een overeenkomst te komen.

Nog op 24 november 2015 richt de raadsman van de verzoekende partij een schrijven aan de verwerende partij waarin hij erop wijst dat

aangaande het eerste gunningscriterium in verband met de vergoeding geen objectieve beoordeling is uitgevoerd. Bijgevolg wordt verzocht “deze fout recht te zetten, door de offerte van Apcoa Parking Belgium nv als onregelmatig te weren, of minstens door mijn cliënte de mogelijkheid te bieden een nieuwe offerte in te dienen”.

3.12. Met de nv Apcoa Parking Belgium zijn vervolgens besprekingen gevoerd over de totstandkoming van een overeenkomst. Zij heeft intussen de ontwerpovereenkomst aanvaard. De geplande aanvangsdatum van de overeenkomst is 1 januari 2016. De duur van de opdracht is bepaald op vijftien jaar, te rekenen vanaf de aanvang van de exploitatie, zijnde de opening, van de parking onder de Grote Markt, en dus te verlengen met de tijd die nodig is voor het ontwerpen en bouwen van de parking.

3.13. Het gunningsverslag van 30 november 2015 stelt voor om de opdracht te gunnen aan de nv Apcoa Parking Belgium.

3.14. Op 30 november 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Vilvoorde om goedkeuring te verlenen aan het verslag van 30 november 2015 en de “overheidsopdracht” “Exploitatie parkeren op de staat en bouw en exploitatie parking Grote Markt” te gunnen aan de nv Apcoa Parking Belgium.

3.15. Bij schrijven van 30 november 2015 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht is gegund aan de nv Apcoa Parking Belgium. De gunningsbeslissing en het gunningsverslag van 30 november 2015 zijn bijgevoegd.

3.16. Bij brief van 2 december 2015 beantwoordt de verwerende partij het schrijven van de raadsman van de verzoekende partij:

“Met toch wel enige verwondering nemen we kennis van uw schrijven van 24 november 2015 inzake de opdracht ‘Exploitatie parkeren op de straat en bouw en exploitatie Parking Grote Markt’.
U stelt in dit schrijven dat er geen objectieve beoordeling zou zijn gebeurd wat het eerste gunningscriterium in verband met de vergoeding betreft.

In het verslag is heel transparant de beoordelingswijze van het vergoedingsmechanisme weergegeven.

In het bestek wordt gesteld dat het gunningscriterium een % van de bruto inkomsten inclusief btw betreft. Ook wat de minimaal bij de offerte te voegen documenten betreft, wordt de opgave van % van bruto-omzet gevraagd.

De vergoeding voor elk van de uit te voeren taken wordt dus niet opgedeeld (o.m. de exploitatie van de parkeerplaatsen op de straat, het ontwerpen en bouwen van de parking, de exploitatie van de parking en de overkoepelende taken).

Uw cliënte heeft op geen enkel moment een vraag gesteld wat bedoeld werd met het op te geven %. Klaarblijkelijk vond uw cliënte het voor haar het beste voorstel om 1 percentage voor alle taken samen, ongeacht de omzethoogte op te geven. Dit geldt des te meer nu uw cliënte, indien zij de mening toegedaan was dat zij dit omwille van het bestek niet kon voorstellen, terwijl zij dat wel wenste, ook op geen enkel moment gevraagd heeft of het al dan niet binnen de omschrijving van het eerste gunningscriterium viel om te variëren in functie van de omzethoogte. Evenmin heeft zij aangegeven dat er betere alternatieve vergoedingsmechanismen waren, waarvoor zij m.a.w. een betere vergoeding zou kunnen geven. Ook deze mogelijkheid werd uitdrukkelijk in het bestek gegeven, hetgeen u ten andere ook in uw schrijven aangeeft. Dit alles is frappant, des te meer nu er twee onderhandelingsessies omtrent het vergoedingsmechanisme met uw cliënte plaats vonden.

Uit de beoordeling opgenomen in het verslag tot aanduiding van de voorkeursbieder, blijkt dat de vergoedingsvoorstellen wel degelijk objectief, én met inachtnaam van het gelijkheidsbeginsel, beoordeeld zijn geworden.”

IV. Tussenkomen

4. De verzoekende partij tot tussenkomen blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1.1. De verzoekende partij legt ter terechtzitting een pleitnota neer zonder deze vooraf mede te delen aan de verwerende partij, het auditoraat of de Raad.

5.1.2. De Raad van State houdt deze nota in beginsel buiten het debat; ze zal slechts eventueel in de beoordeling worden betrokken in zoverre ze niets

meer is dan de neerslag van mondelinge uiteenzettingen ter terechtzitting. In een dergelijke pleitnota heeft de procedureregeling immers niet voorzien noch heeft de Raad van State erom verzocht. De verwerende partij, het auditoraat en de Raad zijn voorts niet in staat gesteld bijtijds, dit is in het licht van de terechtzitting, de argumentatie ervan aan een gedegen onderzoek te onderwerpen.

5.2.1. Ter terechtzitting merkt de verzoekende partij op dat het feit dat de verwerende partij “een aanzienlijk aantal stukken” als vertrouwelijk heeft neergelegd haar belemmert in haar bewijsvoering en een eerlijke procesvoering onmogelijk maakt.

5.2.2. De verwerende partij heeft de offertes, de tussentijdse antwoorden en de BAFO's van de inschrijvers en haar raming vertrouwelijk neergelegd.

In de huidige stand van het geding en dus zonder diepgaand onderzoek acht de Raad het niet passend de vertrouwelijkheid te lichten wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet-omkeerbare gevolgen voor het zakenleven van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen. Dit belet niet dat de Raad deze stukken in zijn beoordeling betreft.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. In zoverre de vordering van de verzoekende partij mede als voorwerp heeft de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen – hetgeen zij ter terechtzitting uitdrukkelijk bevestigt – raakt ze de grond van de zaak.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende

noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

7.2. Te dezen is – zoals opgemerkt – evenwel ook de voormelde wet van 17 juni 2013 van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VIII. Onderzoek van het eerste en het tweede middel

Standpunt van de partijen

8.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de opdrachtdocumenten en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

In essentie klaagt de verzoekende partij aan dat de offerte van de tussenkomende partij strijdt met de wezenlijke voorschriften van het bestek over de bepaling van de door de concessionaris aan de stad Vilvoorde verschuldigde concessievergoeding.

Het bestek liet volgens de verzoekende partij aanvankelijk alleen toe dat de inschrijvers in hun offerte als vergoeding voor de stad Vilvoorde “een uniek en vast percentage van de totale gerealiseerde opbrengsten aanboden, met een forfaitair minimum van 500.000,00 EUR per jaar”. Weliswaar heeft de stad

Vilvoorde “tijdens de procedure [...] op limitatieve wijze een afwijking van het bestek toegestaan waardoor de inschrijvers het aangeboden forfaitaire jaarlijks minimumbedrag konden laten variëren doorheen de looptijd van de concessie”, doch “het vereiste van de uniciteit en onveranderlijkheid van de verplicht aan te bieden vergoedingspercentages, waarop de quoterings werd berekend, bleef echter onverkort gelden”.

Door in de eindofferte verschillende percentages aan te bieden per exploitatiejaar en binnen eenzelfde exploitatiejaar variërend naargelang de bereikte omzet, is de verzoekende partij tot tussenkomst afgeweken van het bestek, terwijl dergelijke afwijking noch expliciet, noch impliciet door de verwerende partij is toegelaten en meegedeeld aan de verzoekende partij.

Door een variëteit van percentages aan te bieden, heeft de tussenkomende partij zich, aldus de verzoekende partij, op artificiële wijze een hogere puntenquotering verschaft.

Door deze offerte niet als onregelmatig te weren, heeft de verwerende partij haar eigen besteksbepalingen niet gerespecteerd en de gelijkheid van de inschrijvers en de eerlijke mededinging verstoord.

De variabiliteit van de percentages heeft de tussenkomende partij toegelaten “een volledig ander financierings- en exploitatieplan te hanteren”: “door beneden een bepaalde omzetlimiet een beperktere vergoeding te betalen en zo meer voor zich zelf te behouden, kon Apcoa Parking Belgium N.V. voorts snel zijn eigen exploitatierisico afdekken. Boven een onrealistisch hoog geraamd omzetbedrag – getuige de aanzienlijke lagere en vrij vergelijkbare omzetramingen van beide andere inschrijvers – bood Apcoa Parking Belgium N.V. vervolgens een tweede vergoedingspercentage van liefst 98% aan en heeft deze inschrijver de stad Vilvoorde een onrealistische vergoeding voorgespiegeld en de puntenquotering drastisch vertekend”.

8.2. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de formele- en de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat de verwerende

partij zonder de minste motivering een manifest onregelmatige offerte heeft aanvaard en de gelijkheid van de inschrijvers heeft doorbroken.

9. De verwerende partij, die de beide middelen samen behandelt, betwist in hoofdorde dat de offerte van de tussenkomen de partij zou afwijken van het bestek. De betrokken besteksbepalingen houden geen verbod in om naargelang de inkomstengrenzen “een” percentage van de bruto inkomsten voor te stellen. Voorts menen zij dat de opgave van een percentage van de bruto inkomsten, dat varieert naargelang het niveau van de inkomsten, de offertes perfect vergelijkbaar houdt, wat zou blijken uit het gunningsverslag. De verwerende partij merkt tevens “volledigheidshalve” op dat “ook omwille van de combinatie met een minimumvergoeding [het] onmogelijk [was] om louter de percentages tegen elkaar af te zetten.

De verwerende partij wijst voorts op de openingen die het bestek laat naar alternatieve vergoedingsmechanismen toe middels de woorden “in deze fase”, “voorlopig” en de uitdrukkelijke mogelijkheid voorzien in het bestek “om suggesties te doen voor andere vergoedingsmechanismen” doch benadrukt – ook door haar expert ter terechtzitting – dat geen enkele inschrijver, ook niet de tussenkomen de partij, een “alternatief vergoedingsmechanisme”, dus anders dan een percentage van de bruto inkomsten, op enig moment heeft voorgesteld.

“Eveneens volledigshalve” licht de verwerende partij vervolgens de ratio toe van de vraag tot opgave van “één enkel” percentage. De opdracht betreft een ongebruikelijke combinatie van de exploitatie van het parkeren “op de straat” en het ontwerpen, bouwen en exploiteren van een ondergrondse parking. Laatstgenoemde deelopdracht zal in tegenstelling tot de eerstgenoemde eerder verlieslatend zijn, zeker in de beginjaren. Daarnaast zijn er nog verschillende overkoepelende taken die zowel betrekking hebben op het parkeren “op de straat” als “in de parking”. Omwille van de financiële complexiteit van een dergelijke “unieke opdracht” – de exploitatie van het parkeren “op straat” en het ontwerpen, bouwen en exploiteren van een parking “van de straat” in één hand middels dezelfde opdracht – heeft de overheid gekozen voor de toepassing van een vergoedingsmechanisme waarbij een percentage wordt opgegeven voor de gehele opdracht “zonder een onderscheid te maken in functie van de verschillende

‘onderdelen’ van de opdracht, waarbij totaal uiteenlopende vergoedingsmechanismen zouden worden voorgesteld (de ene keer misschien forfaitair, de andere keer misschien met een %), waardoor de offertes onvergelijkbaar zouden zijn”.

Ten slotte zet de verwerende partij de door de verzoekende partij beweerde onrealistisch hoge inschatting van het omzetcijfer door de gekozen inschrijver af tegen de oorspronkelijke raming en het feit dat voor de beoordeling de verwerende partij is uitgegaan van een gemiddelde omzetraming van de drie inschrijvers. De verwerende partij betwist ook dat de toepassing van het afzonderlijke hoge percentage van zodra een bepaalde (hoge) inkomensdrempel zou zijn overschreden, irrealistisch zou zijn. Zij betoogt dat “er [...] rekening [werd] gehouden met deze 98% voor de inkomsten tussen € 1.500.000 en € 1.812.395, zijnde het gemiddelde van de raming van de drie inschrijvers (parkeren ‘op de straat’ – op dat moment is de parking immers nog niet gebouwd – het is ook enkel de beginjaren – wanneer de parking nog niet is gebouwd dat Apcoa Parking Belgium nv 98% aanbiedt). € 1.812.395 is een correcte raming, zeker indien rekening wordt gehouden met het feit dat verzoekende partij deze inkomsten zélf reeds hoger raamt dan € 1.500.000 waarop het percentage van 98% van toepassing is, met name op € 1.705.000 (jaar 1), € 1.804.000 (jaar 2), € 1.840.000 (jaar 3), € 1.847.000 (jaar 4)”. Dit geldt, volgens de verwerende partij, des te meer nu de raming van de inkomsten door de verwerende partij, gemaakt voor het uitschrijven van de opdracht, zelfs hoger ligt dan de door de tussenkommende partij geraamde inkomsten.

Ondergeschikt voert de verwerende partij nog aan dat het bestek ruimte laat voor alternatieve vergoedingsvoorstellen en dat er geen enkele plicht was om dit mee te delen aan de andere inschrijvers. Een inschrijver die constructief nadenkt over een alternatief vergoedingsvoorstel kan niet worden afgestraft ten voordele van een inschrijver die inactief blijft, zoals de verzoekende partij.

Concluderend meent de verwerende partij aldus dat er geen enkele reden was om de offerte van de tussenkommende partij te weren. Voorts wijst zij op het feit dat er volgens het bestek hoe dan ook geen automatische wering is.

10.1. De tussenkomende partij betwist, wat het eerste middel betreft, op haar beurt dat het bestek uitdrukkelijk en ondubbelzinnig zou hebben vooropgesteld dat steeds hetzelfde percentage van de bruto inkomsten moest worden opgegeven. Zij betoogt dat in artikel 4.5.1. van het bestek wordt bepaald dat de vergoeding “in principe de vorm aan[neemt] van een percentage van de bruto inkomsten inclusief btw” en dat in de eerste alinea wordt gewag gemaakt van zowel “een recht op de exploitatie van de parkeerplaatsen op straat” als “een recht op de Grote Markt voor het ontwerpen, bouwen en exploiteren van de parking”. Voorts wordt er bij het gunningscriterium van de vergoeding in het bestek aan de inschrijvers gevraagd “voorlopig” een percentage op te geven, maar dat de inschrijvers suggesties kunnen doen voor andere vergoedingsmechanismen. Volgens haar “spreekt [het] voor zich dat de term ‘voorlopig’ inhoudt dat dit criterium in een latere fase kan worden aangepast en deze verplichting enkel geldt in het kader van de offertefase waarvan nadien in het kader van de onderhandelingsfase en de eindoffertefase kan worden afgeweken, zo niet zou het gebruik van de term voorlopig volstrekt zinledig zijn”, des te meer “in de daaropvolgende zin uitdrukkelijk wordt bepaald dat de inschrijvers [...] andere vergoedingsmechanismen mogen suggereren”.

De tussenkomende partij benadrukt voorts dat zij de in de brief van 7 oktober 2015 opgelegde verplichtingen op correcte wijze heeft toegepast. Het feit dat zij het door haar gekozen indexeringsmechanisme niet heeft toegepast voor de eerste twee periodes (voor betreft het percentage op het verschil tussen inkomstengrens 1 en 2) en voor de eerste drie periodes (betreffende het percentage boven inkomstengrens 2), doet daaraan geen afbreuk. Er was immers geen verplichting tot indexering. De verzoekende partij houdt bovendien onterecht voor dat door het gebruik van de term “het vergoedingspercentage” kan worden afgeleid dat er slechts één onveranderlijk vergoedingspercentage zou kunnen worden gehanteerd.

De tussenkomende partij wijst er nog op dat alle inschrijvers na de indiening van hun BAFO nog de kans hebben gekregen en deze ook hebben gebruikt om hun BAFO's op vlak van vergoedingsmechanisme na te zien en te verduidelijken.

Tevens betwist zij dat zij onrealistisch hoge omzetcijfers zou hebben gehanteerd. In het gunningsverslag werd gebruik gemaakt van een gemiddelde van de geraamde inkomsten door de drie inschrijvers. De stelling van de verzoekende partij dat “wanneer de door Apcoa Parking Belgium nv aangeboden percentages zouden worden doorgerekend aan de hand van realistische omzetcijfers vooropgesteld door verzoekster en derde inschrijver, zou van een gunstiger quotering op het vlak van de vergoeding allicht weinig overblijven” dient te worden afgedaan als loutere speculatie en is bovendien niet correct. In het gunningsverslag wordt duidelijk gesteld dat er geen abnormaliteiten werden vastgesteld, noch in de raming van de opbrengsten, noch in de raming van de kosten.

Ten slotte betwist de tussenkomende partij dat de verzoekende partij geen andere keuze zou hebben gehad dan één enkel vergoedingsmechanisme aan te bieden om de enkele reden dat het bestek zeer uitdrukkelijk de opgave van een vast en onveranderlijk percentage eiste. Zij herhaalt hieromtrent dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat de vergoeding “in principe” de vorm aanneemt van een percentage, doch dit is geen uitdrukkelijke en ondubbelzinnige verplichting. Nergens wordt er in het bestek uitdrukkelijk of ondubbelzinnig gesteld dat de bruto-inkomsten niet mogen worden opgesplitst. Zij verwijst hierbij opnieuw naar de eerste alinea van artikel 4.5.1. en naar de mogelijkheid om een alternatief vergoedingsmechanisme voor te stellen.

10.2. Wat het tweede middel betreft wijst de tussenkomende partij erop dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de ingeroepen schending van de formelemotiveringsplicht omdat zij de motieven van de bestreden beslissing kent. Voorts merkt zij op dat de bestreden beslissing afdoende materieel is gemotiveerd en dat het middel in de mate dat de schending van het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel wordt opgeworpen, onontvankelijk is bij gebrek aan duidelijkheid.

Beoordeling

11. De gevolgde gunningsprocedure is die van de onderhandelingsprocedure. Deze procedure is gekenmerkt door een zekere mate

van flexibiliteit. Deze flexibiliteit is evenwel niet onbeperkt. Ze wordt in elk geval begrensd door het gelijkheidsbeginsel en door de regels die de aanbestedende overheid in haar bestek heeft bepaald.

12. De Raad ontwaart op het eerste gezicht twee problematieken die de besluitvorming van de verwerende partij lijken te bezwaren en aanleiding geven tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de expliciete beslissing om de opdracht aan de tussenkomenende partij te gunnen doch niet van de impliciete weigering de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

13. Bij de eerste problematiek stelt zich de vraag hoe de inschrijvers zelf tijdens de procedure aankeken tegen de besteksbepaling dat de inschrijvers voorlopig één enkel percentage op de bruto inkomsten moesten voorstellen als vergoeding voor de aanbestedende overheid maar dat zij ook andere vergoedingsmechanismen konden suggereren.

De verzoekende partij en de derde inschrijver hebben steeds met toepassing van deze bepaling een vergoeding met één en hetzelfde percentage op het geheel van de bruto-inkomsten voor de 17 periodes voorgesteld. Daar waar de tussenkomenende partij zelf schrijft in haar verzoekschrift dat zij initieel “één percentage” voorstelde, heeft zij in haar BAFO een vergoedingsmechanisme voorgesteld waarbij wel verschillende percentages worden voorgesteld.

De verzoekende partij betoogt dat het door de tussenkomenende partij voorgestelde vergoedingsmechanisme een afwijking inhoudt van de bestekvoorschriften inzake de vergoeding, die slechts “één enkel percentage” toelaten. In haar verzoekschrift alsmede ter terechtzitting benadrukt zij dat deze afwijking “fundamenteel” is omdat daardoor de vergelijkbaarheid van de offertes, de objectiviteit van de beoordeling en de gelijke behandeling van de inschrijvers wordt aangetast. Zij wijst erop dat het bestek en de verwerende partij er zelf op hameren dat omwille van de “vergelijkbaarheid van de (eind)offertes” aanvankelijk “voorlopig” “één enkel percentage” werd gevraagd.

Feit lijkt nu dat de tussenkomenende partij zoals blijkt uit haar verzoekschrift maar ook uit haar door de verwerende partij als vertrouwelijk

neergelegde “tussentijds (financieel) antwoord” zelf lijkt aan te nemen dat het bij haar BAFO door haar voorgestelde vergoedingsmechanisme waarbij zij gebruik maakt “van verschillende percentages” in functie van de omzethoogte, een “alternatief vergoedingsmechanisme” is en dus volgens haar afwijkt van wat het bestek voorlopig voorschreef, namelijk een enig percentage op alle bruto-inkomsten.

De verwerende partij argumenteert weliswaar dat verschillende percentages zoals de tussenkomende partij voorstelt, besteksconform zijn doch het lijkt er op het eerste gezicht op dat zij, aangezien initieel alle inschrijvers er een andere opvatting op nahielden en uiteindelijk de tussenkomende partij een volgens haar “alternatief vergoedingsmechanisme” voorstelde, vanuit een zorgvuldigheidsplicht en gelijkheidsplicht ertoe was gehouden mededeling te doen aan de andere inschrijvers, weliswaar niet van het concrete alternatieve vergoedingsvoorstel van de tussenkomende partij, maar wel van het eventuele “andere vergoedingsmechanisme” dat erin besloten ligt, hetgeen zij niet heeft gedaan.

14. Een tweede problematiek betreft de mate waarin de verwerende partij mocht aannemen dat de offerte van de tussenkomende partij regelmatig was, minstens of zij dit zonder nadere of afdoende motivering vermocht aan te nemen.

De verwerende partij stelt dat de offerte van de tussenkomende partij besteksconform is. Zelfs een offerte die in verschillende percentages voorziet, beantwoordt volgens haar aan de besteksvereiste dat het een voorstel met percentage moet zijn.

De partijen zijn het er over eens dat de vergelijkbaarheid van de offertes de *ratio legis* is achter de bepaling in het bestek om “in deze fase van de procedure een % van de bruto inkomsten” of nog “voorlopig één enkel percentage op te geven”, waarbij onder inkomsten “alle opbrengsten” moeten worden begrepen, zowel van de exploitatie “on street” als “off street”. Het bestek benadrukt meermaals dat het om alle opbrengsten moet gaan; één percentage op alle opbrengsten, “vóór aftrek van de investeringen en de kosten” en dat ze zowel betrekking hebben op de opbrengsten “off street” als “on street”.

De verwerende partij stelt in haar nota “volledigheidshalve”, en benadrukt dit ook ter terechtzitting, dat de ratio van de vraag tot opgave van “een/één percentage van de bruto inkomsten”, te maken heeft met het feit dat de opdracht een gecombineerde opdracht betreft waarbij de opdracht niet werd uitgesplitst, via subgunningscriteria of loten, per deelopdracht, meer bepaald tussen parkeren op straat, enerzijds, waarbij het gebruikelijk is om als vergoeding de opgave van een percentage te vragen op de bruto-inkomsten en, anderzijds, het bouwen en exploiteren van een nieuwe parking, waarbij het gebruikelijk is te werken met een forfaitaire vergoeding. In haar nota licht zij toe dat het om diverse redenen voor haar bijzonder complex zou worden om binnen het gunningscriterium “vergoeding” met verschillende subgunningscriteria te werken en dat zij ook om te vermijden dat de offertes onvergelijkbaar zouden zijn, heeft gekozen voor een vergoedingsmechanisme met een percentage op alle opbrengsten “zonder onderscheid te maken in functie van de verschillende onderdelen van de opdracht”, waarvoor totaal uiteenlopende vergoedingsmechanismen zouden worden voorgesteld: “de ene keer misschien forfaitair, de andere keer misschien met een %”.

De bedoeling lijkt dus volgens de verwerende partij te zijn geweest te vermijden dat verschillende vergoedingswijzen zouden worden voorgesteld voor de verschillende deelopdrachten van de opdracht en dat teneinde de vergelijkbaarheid te bevorderen werd gekozen voor “één enkel[e]” vergoedingswijze die “in principe de vorm [aanneemt] van een percentage van [alle] bruto inkomsten”. Opsplitsing per deelopdracht zou dus niet toegelaten zijn, doch volgens de verwerende partij zou een opsplitsing “naargelang de inkomstengrenzen” of “per bepaalde inkomstendrempel” of “omzethoogte”, zoals de tussenkomende partij doet, in het bestek “noch expliciet, noch impliciet” verboden zijn.

Alzo rijst de fundamentele vraag of het toegepaste vergoedingsmechanisme van de tussenkomende partij de vergelijkbaarheid van de offertes al dan niet heeft aangetast. De verzoekende partij betoogt daartoe dat de tussenkomende partij “door beneden een bepaalde omzetlimiet een beperktere vergoeding te betalen en zo meer voor zich zelf te behouden”, deze haar eigen

exploitatie­risico kon afdekken. De tussenkomen­de partij benadrukt in haar verzoekschrift herhaaldelijk dat er in het bestek wordt gewag gemaakt van zowel “een recht op de exploitatie van de parkeer­plaatsen op straat” als “een recht op de Grote Markt voor het ontwer­pen, bouwen en exploiteren van de parking”, wat de indruk doet ontstaan dat haar keuze voor een opsplitsing van de inkomsten en de toepassing daarop van verschillende percentages daardoor mede zou kunnen zijn geïnspireerd. Ter terecht­zitting wijst de expert van de verwerende partij er op dat de werkwijze van de tussenkomen­de partij, namelijk het hanteren van inkomensdrempels, het risico voor de tussenkomen­de partij doet verlagen. Het verplaatsen van het risico lijkt op het eerste gezicht dichter aan te leunen bij een handelwijze waar bij de offerte rekening wordt gehouden met deelopdrachten.

Dit alles in achtnemende stelt zich de vraag of in het licht van de hiervoor geschetste *ratio legis* deze niet voor de hand liggende werkwijze van de tussenkomen­de partij, verdraagzaam is met de door de verwerende partij in het bestek opgelegde bepaling inzake een percentage over alle bruto inkomsten samen, bepaling waarvan de verwerende partij in haar nota zonder echte inhoudelijke terugkoppeling naar deze *ratio legis*, kortweg stelt dat de tussenkomen­de partij die heeft nageleefd. Het administratief dossier lijkt ook geen uitsluit­sel te geven, minstens heeft de verwerende partij dit onvoldoende aangegeven. Feit is echter dat deze problematiek in het gunningsverslag van 12 november 2015, noch in de bestreden beslissing zelf, afdoende lijkt aan bod te komen, zodat minstens de formelemotiveringsplicht hier geschonden lijkt.

IX. Besluit en kosten

15. Het eerste en tweede middel zijn in de aangegeven mate ernstig en verantwoor­den de schorsing van de tenuitvoer­legging van de gunningsbeslissing. De kosten waaronder de door de verzoeken­de partij gevraagde rechtsplegingsvergoeding, worden in beraad gehouden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Apcoa Parking Belgium tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Vilvoorde van 30 november 2015 waarbij de opdracht ‘Exploitatie parkeren op de straat en bouw en exploitatie Parking Grote Markt’ wordt gegund aan de nv Apcoa Parking Belgium.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

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

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra