

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.888 van 30 mei 2016
in de zaak A. 219.100/XII-8136**

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

Tussenkomende partij:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 april 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“1° het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Vilvoorde van 30 maart 2016 waarbij de overheidsopdracht ‘Exploitatie parkeren op de straat en bouw en exploitatie Parking Grote Markt’ werd gegund aan Apcoa Parking Belgium nv [...] en niet aan [de nv Besix Park];

- 2° de in voormeld besluit impliciet besloten beslissing om voormelde opdracht niet te gunnen aan [de nv Besix Park], hoewel zij na de indiening van de (eerste) BAFO's de best gerangschikte regelmatige inschrijver was gebleken, en hoewel zij zelfs in de onrechtmatige tweede BAFO-ronde de meest voordelige inschrijver was.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 10 mei 2016 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 20 mei 2016, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Eric Van Hooydonk, Joris Van Raemdonck en general manager Frank Vaes, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Koen Clonen en Flora Wauters, die verschijnen 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 waarop de verwerende partij in het bestek uitdrukkelijk de onderhandelingsprocedure met bekendmaking zoals bepaald in de wetgeving inzake overheidsopdrachten 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 Supplement van 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 ondernemingen 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” wordt 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 quoterings 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.

Omwillen 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 x 1,02 = fictieve omzet 102 -> (reële omzet = 100) 80% voor de Opdrachtnemer op fictieve omzet
Jaar 3	Omzet 100 x 1,02 x 1,02 = fictieve omzet-> (reële omzet = 100) 80% voor de Opdrachtnemer op fictieve omzet
Jaar 4	Omzet 100 x 1,02 x 1,02 x 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 aanvaardt de ontwerpovereenkomst. 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 straat 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 als volgt:

“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 onderhandelings sessies 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.”

3.17. Bij arrest nr. 233.371 van 30 december 2015 schorst de Raad van State op vraag van de verzoekende partij de beslissing van 30 november 2015 om volgende redenen:

“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 tussenkomende 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 tussenkomende 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 tussenkomende 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 tussenkomende 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 inkomstendrempels, 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

tussenkomen de 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 tussenkomen de partij die heeft nageleefd. Het administratief dossier lijkt ook geen uitsluitel 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.”

3.18. Op 11 januari 2016 beslist de verwerende partij de gunningsbeslissing van 30 november 2015, evenals de voorgaande beslissing van 16 november 2015 tot aanduiding van de voorkeursbieder, in te trekken.

3.19. Op 18 januari 2016 beslist de verwerende partij “[d]e BAFO’s van 19 oktober 2015 buiten beschouwing te laten; het bestek wat het vergoedingsmechanisme betreft te verduidelijken in de zin dat ook het voorstellen van een percentage, dat varieert in de tijd en in functie van de inkomsten, is toegelaten en nogmaals het begrenzend kader van het vergoedingsmechanisme op te lijsten, zodat alle inschrijvers op gelijke voet een BAFO kunnen indienen; aan alle inschrijvers de kans te geven om een nieuwe BAFO in te dienen, en dit voor wat alle gunningscriteria betreft”.

Het besluit van 18 januari 2016 overweegt wat volgt:

“Gelet op het arrest van 30 december 2015 met nr. 233.371 van de Raad van State, waarbij 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, bevolen wordt;

Overwegende dat de Raad in dit arrest ‘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 tussenkomen de partij te gunnen doch niet van de impliciete weigering de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen’;

Overwegende dat de Raad wat het eerste bezwaar betreft, met name de vraag naar de schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers wat betreft het bieden van de mogelijkheid om in te schrijven met een percentage dat verschilt doorheen de looptijd van de overeenkomst en in functie van de inkomsten, op het eerste zicht vaststelt dat de andere inschrijvers het vergoedingsmechanisme

niet zo begrepen hebben als zouden zij een percentage dat verschilt doorheen de looptijd en in functie van het niveau van de inkomsten mochten voorstellen en dat ook Apcoa Parking Belgium nv dit beschouwt als een alternatief vergoedingsmechanisme; dat om deze reden dit verduidelijkt had moeten worden aan alle inschrijvers (randnummer 13, laatste alinea);

Overwegende dat de Raad wat het tweede bezwaar betreft, zich de vraag stelt of de handelswijze van Apcoa Parking Belgium nv verenigbaar is met de ratio legis van het bestek inzake een percentage over alle bruto inkomsten samen, en vaststelt dat dit niet gemotiveerd wordt in het administratief dossier;

Overwegende dat de Raad van State uitdrukkelijk de schorsing beperkt heeft tot de tenuitvoerlegging van de expliciete beslissing om de opdracht aan Apcoa Parking Belgium nv te gunnen, doch niet van de impliciete weigering de opdracht aan Besix Park nv te gunnen; m.a.w. oordeelt de Raad van State dat er in de huidige fase van het geding geen verplichting bestaat om de opdracht te gunnen aan Besix Park nv;

Overwegende dat de Raad van State op geen enkel moment oordeelt dat de BAFO van Apcoa Parking Belgium nv onregelmatig is of verklaard moet worden;

Overwegende dat hier ook geen rechtsgrond toe is;

Overwegende dat de stad Vilvoorde op geen enkel moment het vergoedingsmechanisme, waarbij een verschillend percentage wordt voorgesteld in functie van de tijd en de inkomsten, heeft willen verbieden; dat zij enkel wilde vermijden dat de inschrijvers een afzonderlijk vergoedingsmechanisme voorstelden voor de verschillende onderdelen van de opdracht; dat zij enkel betrachtte 'één' percentage voor de totaliteit van de opdracht te bekomen, doch dit niet belette dat dit percentage varieerde doorheen de tijd en in functie van de inkomsten, op voorwaarde dat het uiteraard nog altijd 'één' percentage voor de totaliteit van de opdracht betreft; dat dit blijkbaar niet door alle inschrijvers op dezelfde manier begrepen werd; dat de Raad hieromtrent vaststelt dat dit aan alle inschrijvers verduidelijkt had moeten worden; dat de enige manier om dit recht te zetten, erin bestaat om de voorgaande BAFO's buiten beschouwing te laten en aan alle inschrijvers de kans te geven om een nieuwe BAFO in te dienen op basis van deze verduidelijking aan elk van de inschrijvers;

Overwegende dat in de mate dit een alternatief vergoedingsmechanisme betreft, ten zeerste quod non, het bestek niet verbiedt om dit toe te laten en er ook geen andere reden is om dit niet toe te laten, te meer daar de vergelijkbaarheid van de offertes gewaarborgd blijft en blijkbaar dit ook in het voordeel van de stad is, hetgeen ook bevestigd wordt door Besix Park nv;

Overwegende dat deze interpretatie van het vergoedingsmechanisme ook geheel in overeenstemming is met de ratio legis van de besteksbepalingen desbetreffend; dat deze bepalingen enkel voorschrijven dat de Opdrachtgevende Overheid gerechtigd is 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 en dat deze vergoeding in principe de vorm aanneemt 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; dat in een dergelijke constellatie zowel de Opdrachtgevende Overheid als de Opdrachtnemer in zekere zin een risico dragen, vermits de respectievelijke vergoedingen gekoppeld zijn een % en geen forfaitair bedrag; dat de Opdrachtnemer toch het risico draagt, in die zin dat indien de parking meer kost of indien de parking en/of het parkeren op de straat niet zoveel opbrengt dan verwacht, er bijvoorbeeld meer communicatie gevoerd moeten worden dan gebudgetteerd, de personeelskost hoger ligt dan gebudgetteerd, het risico volledig bij de opdrachtnemer ligt; behalve de opdeling in % ligt het risico bij de opdrachtnemer;

Overwegende dat een interpre[tal]tie in de zin van een percentage, dat varieert in de tijd en in functie van de inkomsten, hier niet onverenigbaar mee is, vermits het nog steeds om een percentage gaat en geen forfaitair bedrag; dat de vergelijking gebeurt op basis van de gemiddelde raming van de inkomsten van de inschrijvers;

Overwegende dat gelet op deze interpretatie van het bestek, de BAFO van Apcoa Parking Belgium nv niet onregelmatig verklaard kan worden, minstens niet in deze fase;

Overwegende dat teneinde het gelijkheidsbeginsel niet te schenden door de inschrijvers op een welbepaald gunningscriterium toe te laten een nieuwe BAFO in te dienen, hetgeen de inschrijvers die minder scoorden voor dit gunningscriterium ‘vergoedingsmechanisme’, zou toelaten om een hogere score te behalen, terwijl dit niet het geval is voor de inschrijvers die lager scoorden op de andere gunningscriteria; dat daarom de BAFO gevraagd wordt voor alle gunningscriteria;

Overwegende dat deze piste tot hetzelfde resultaat leidt als zou de gunningsprocedure stopgezet worden en een nieuwe opdracht uitgeschreven worden met voormelde verduidelijking betreffende het vergoedingsmechanisme in het bestek; dat de stopzetting en de heropstart van een volledige nieuwe opdracht, met dus opnieuw voorafgaandelijke selectiefase, tijdsmatig niet haalbaar is; dat de opdracht met de huidige concessionaris reeds verstreken is en dat er dringende nood is aan bijkomende parkeergelegenheid, minstens ter compensatie van het verdwijnen van parkeerplaatsen ‘op de straat’; dat er geen enkele reden is waarom andere parkeerbedrijven nu op de opdracht zouden inschrijven, vermits immers het vergoedingsmechanisme evenmin bekend was bij de indiening van de aanvragen tot deelneming; dat alle kandidaten die voldeden aan de selectiecriteria ook effectief geselecteerd werden voor het indienen van een offerte; dat de stad geen enkele inschrijver geweigerd heeft voor deelname aan de onderhandelingen, noch het indienen van een BAFO;

Overwegende dat daarom beslist wordt tot het verduidelijken van het bestek wat het vergoedingsmechanisme betreft en aan alle inschrijvers de kans te bieden om een nieuwe BAFO in te dienen; dat hierdoor terug gekomen wordt naar de laatst nuttige fase in de gunningsprocedure, m.a.w. de gunningsfase waar de fout gebeurd zou zijn; dat naar deze fase teruggekomen moet worden om de fout te kunnen rechtzetten.”

3.20. Per aangetekend schrijven van 19 januari 2016 worden de drie oorspronkelijke inschrijvers uitgenodigd een nieuwe eindofferte in te dienen.

In deze brief wordt het volgende vermeld:

“Naar aanleiding van het arrest van 30 december 2015 van de Raad van State werd door het college van burgemeester en schepenen, in zitting van 11 januari 2016, de gunningsbeslissing ingetrokken. In de zitting van 18 januari 2016 besliste het college van burgemeester en schepenen om het bestek te verduidelijken en om nieuwe BAFO's aan alle inschrijvers te vragen.

Teneinde het gelijkheidsbeginsel te respecteren, wordt aan de inschrijvers toegelaten om hun BAFO in te dienen op basis van alle gunningscriteria en dus niet enkel op basis van het gunningscriteria ‘vergoedingsmechanisme’. Dit betekent bijvoorbeeld dat de inschrijvers vrij zijn, om indien zij zulks nodig achten, bijsturingen aan te brengen aan het door hen voorgestelde ontwerp van parking met desgevallend eventuele impact op de kostprijs en/of de planning.

Het ‘vergoedingsmechanisme’ en de vraag naar ‘een (één) percentage’ moet begrepen worden in functie van hetgeen ook is toegelicht binnen het kader van het vergoedingsmechanisme, met name dat het een percentage/vergoeding voor de totaliteit van de opdracht betreft en niet voor elk onderdeel van de opdracht afzonderlijk. Bijgevolg is het toegelaten om een percentage voor te stellen voor de totaliteit van de opdracht, dat verschilt in functie van de tijd en/of in functie van de inkomsten. Ook de minimumvergoeding mag variëren in tijd. De vergoeding, zowel % als minimum-vergoeding, worden beoordeeld in functie van het gemiddelde van de door de drie inschrijvers geraamde omvang van inkomsten.

Aan de inschrijvers wordt verzocht, naast hun eigen financiële simulatie, eveneens de berekening van de vergoeding voor de Stad toe te voegen volgens hun voorstel en gebaseerd op onderstaande inkomsten.

Indien in de opgegeven vergoedingformule elementen (zoals vergoedingspercentage, vaste vergoeding, edm) onderhevig zijn aan het indexmechanisme, dient dit duidelijk in de berekening vermeld te worden.

Er dient hypothetisch te worden vanuit gegaan dat er eerst 2 jaar zal geëxploiteerd worden op de openbare weg en vanaf het derde jaar op de openbare weg en de parking.

De opgegeven hypothetische inkomsten omvatten alle inkomstenbronnen zoals de inkomsten uit parkeerautomaten, retributiebonnen, bewonerskaarten, uurtickets in de parking, parkingabonnementen. Deze opsomming is niet limitatief.

De opgegeven inkomsten op de openbare weg zijn de geïnde inkomsten (bruto inkomsten zijn gelijk aan netto-inkomsten) en de opgegeven inkomsten van de parking zijn de geïnde inkomsten min de toepasselijke BTW (21%). Bruto inkomsten zijn inclusief BTW; netto inkomsten, die hier werden opgegeven, dus exclusief BTW.

	Openbare Weg	Parking	Totaalinkomsten
Jaar 1	1.860.000		1.860.000
Jaar 2	1.860.000		1.860.000
Jaar 3	1.860.000	233.000	2.093.000
Jaar 4	1.860.000	264.000	2.124.000
Jaar 5	1.860.000	296.000	2.156.000
Jaar 6	1.860.000	313.000	2.173.000
Jaar 7	1.860.000	326.000	2.186.000
Jaar 8	1.860.000	330.000	2.190.000
Jaar 9	1.860.000	333.000	2.193.000
Jaar 10	1.860.000	337.000	2.197.000
Jaar 11	1.860.000	341.000	2.201.000
Jaar 12	1.860.000	344.000	2.204.000
Jaar 13	1.860.000	348.000	2.208.000
Jaar 14	1.860.000	352.000	2.212.000
Jaar 15	1.860.000	356.000	2.216.000
Jaar 16	1.860.000	360.000	2.220.000
Jaar 17	1.860.000	364.000	2.224.000

Ook het schrijven van 7 oktober 2015 aan de inschrijvers blijft gelden: [...].”

3.21. Naar aanleiding van vragen van inschrijvers wordt per e-mail van 12 februari 2016, bevestigd per aangetekend schrijven van 15 februari 2016, het volgende aan alle inschrijvers toegelicht:

“- In deze brief van 19 januari 2016 werden de door de stad geraamde inkomsten opgenomen. Het is inderdaad de bedoeling om de financiële voorstellen op basis van deze door de stad geraamde inkomsten te beoordelen. Ten onrechte wordt in het schrijven nog vermeld dat de vergelijking zal gebeuren op basis van het gemiddelde van de raming van de inschrijvers (de vermelding van de raming van de stad in deze brief heeft anders weinig zin). Op die manier wordt de discussie omtrent de raming van elk van de inschrijvers vermeden en ligt de vergelijkingsbasis onbetwistbaar vast.

- Wat betreft de raming van de inkomsten voor de parking – netto of bruto. Voor de parking zijn de bruto inkomsten inclusief btw, doch het is niet meer dan logisch om de netto-inkomsten (excl. btw) te gebruiken voor een verdeling aangezien de btw afgedragen moet worden. Voor het parkeren ‘op de straat’ stelt dit probleem zich niet aangezien deze inkomsten niet zijn onderworpen aan btw door de aard van de inkomsten. In de BAFO is het toegestaan voor de parkinginkomsten (off street) de inkomsten exclusief btw te gebruiken. Voor het overige houdt de stad enkel rekening met een vergoedingsvoorstel op basis van de bruto inkomsten.

- Wat betreft de aan de stad te betalen jaarlijkse minimumvergoeding, werd reeds eerder meegedeeld dat deze minimumvergoeding niet elk jaar hetzelfde moet zijn en dus mag variëren in de tijd. Desalniettemin moet de vergoeding die de opdrachtnemer jaarlijks effectief aan de stad betaalt minimum 500 000,00 euro bedragen, en dit voor elk jaar. Graag ook vermelding of dit bedrag al dan niet geïndexeerd wordt.”

Op 17 februari 2016 volgt de volgende e-mail aan alle inschrijvers:

“Beste

We ontvingen nog volgende vraagstelling :

‘Voor het overige houdt de stad enkel rekening met een vergoedingsvoorstel op basis van de bruto inkomsten. Mogen wij ervan uitgaan dat hier alle inkomsten betreffende on-street worden bedoeld ?

Het is toegestaan voor de parkinginkomsten de inkomsten excl. btw te gebruiken. Bedoelt u dat u bij de beoordeling zal uitgaan van inkomsten excl btw en dat wij dit zo in het model moeten toepassen ?’

Antwoord : voor het vergoedingsvoorstel wordt rekening gehouden met de totaliteit aan inkomsten ‘on street’ en de totaliteit aan inkomsten ‘parking’. Voor de inkomsten van de parking is het toegestaan uit te gaan van de inkomsten EXCL. btw.

Dit is ook hetgeen uitdrukkelijk in de brief van 12 februari 2016 is opgenomen.”

3.22. Alle inschrijvers – de “thv OPC-Vinci Park Belgium” is intussen de “thv OPC-Indigo” – dienen een eindofferte in en doen een vergoedingsvoorstel met een percentage van de bruto-omzet, variërend in functie van tijd en inkomsten.

3.23. Op 29 maart 2016 wordt het gunningsverslag opgemaakt. Alle offertes worden regelmatig bevonden. Met betrekking tot het eerste gunningscriterium “Vergoeding (60%)” bepaalt het gunningsverslag het volgende:

“Na lezing van de financiële voorstellen in de Eindoffertes werd vastgesteld :

- Alle Inschrijvers voegden bij hun Eindofferte de voor de beoordeling nodige financiële gegevens.
- Alle Inschrijvers geven een % van bruto-omzet op, die zij jaarlijks aan de Opdrachtgevende Overheid voorstellen om te betalen en dat bij alle Inschrijvers per jaar verschilt.
- Alle Inschrijvers geven ook een jaarlijkse minimumvergoeding op, die zij aan de Opdrachtgevende Overheid garanderen.
- Wat betreft de toepassing van de voorwaarde, vermeld in 4.5.4. van het Bestek, met name dat de Opdrachtgevende Overheid zich ertoe verbindt om zelf geen initiatief te nemen tot het Exploiteren van een openbare parkeergelegenheid ‘van de straat’, noch dit aan een derde

toe te vertrouwen binnen een straal van maximaal 300 m rond de Parking.

Alle Inschrijvers nemen hierover een bepaling op in hun Eindofferte, waaruit blijkt dat de Opdrachtgevende Overheid toch niet zonder meer tot de bouw en exploitatie van een bijkomende parking in een straal van 300 m kan overgaan. Alle bepalingen, hoewel bij alle Inschrijvers niet woordelijk identiek geformuleerd, komen erop neer dat de exploitatie van een bijkomende Parking binnen een straal van 300 m aan hen toekomt en/of dat hierover moet onderhandeld worden met de Inschrijver, in functie van bijvoorbeeld een aanpassing van deze Overeenkomst.

Het Bestek voorziet in de mogelijkheid tot het positief of negatief evalueren van het al dan niet stellen van deze voorwaarde.

Rekening houdend met het totale puntenaantal voor dit gunningscriterium is een aftrek van 3 punten bij alle Inschrijvers gerechtvaardigd.

Bij BESIX PARK nv is voormelde voorwaarde opgenomen, maar zonder dat er sprake is van (een beperking tot) een straal van 300 m. De Opdrachtgevende Overheid past hiervoor een bijkomende puntenaftrek van 3 punten toe.

- OPC-INDIGO legt nog bijkomende randvoorwaarden voor onderhandelingen op (bijvoorbeeld indien onroerende voorheffing meer dan € 15.000 zou kosten, Uplace). Ook hiervoor past de Opdrachtgevende Overheid een bijkomende puntenaftrek van 3 punten toe.
- Alle Inschrijvers leggen ook een uitgebreid financieel model voor, met gedetailleerde opgave van de bedragen voor de verschillende posten voor de volledige geplande looptijd van de Overeenkomst, met name de investeringskosten, exploitatiekosten en de opbrengsten, de financieringsstructuur en financiële kosten en de verwachte rendementsvoet.
- Geen van de Inschrijvers heeft in zijn Eindofferte ratio's (zoals bijvoorbeeld de kostprijs van één uur controle, administratieve kost opvolging invordering Parkeerbonnen / per Parkeerbon, kostprijs per automatisch curatief en preventief onderhoud, ...) opgegeven.
- Vastgesteld wordt dat OPC-INDIGO een voorstel doet waarbij de eerste 11 jaren een lagere vergoeding (de eerste 8 jaren zelfs zeer lage vergoeding) wordt gegarandeerd aan de Opdrachtgevende Overheid en pas de daaropvolgende jaren een hogere vergoeding. Om aan de Opdrachtgevende Overheid ook in de eerste jaren een vergoeding te kunnen geven, stelt deze Inschrijver voor dat de Opdrachtgevende Overheid een bulletkrediet zou afsluiten, waarbij de Inschrijver de interesten op zich zou nemen. De Opdrachtgevende Overheid zou

aldus jaarlijks een bedrag kunnen opnemen, dat dan met de ontvangst van de hogere bedragen in de latere jaren terug zou kunnen betaald worden. Op die manier ontvangt de Opdrachtgevende Overheid ook van in het begin een hogere minimumvergoeding, maar vermits de lening wordt afgesloten door de Opdrachtgevende Overheid, is er in hoofde van de Opdrachtgevende Overheid toch een risico bij faillissement, ... van de Inschrijver lopende de duurtijd van de overeenkomst. Dit risico wordt verwerkt in de financiële analyse van de vergoedingen over de looptijd van de Opdracht door deze toekomstige opbrengsten te verdisconteren, zodat er hier geen afzonderlijke puntenaftrek meer moet toegepast worden.

Om er zeker van te zijn dat de Opdrachtgevende Overheid alle bedragen, die in de Eindofferte van de Inschrijvers werden vermeld, correct heeft geïnterpreteerd, werd aan alle Inschrijvers gevraagd om de door de Opdrachtgevende Overheid opgemaakte simulatie van het vergoedingsmechanisme na te zien, de eventuele 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.

Bij de beoordeling van de financiële voorstellen werd de volgende werkwijze gehanteerd:

1. Er werd uitgegaan van de door de Opdrachtgevende Overheid geraamde inkomsten 'op de straat' en in de Parking, zoals ook voorafgaandelijk meegedeeld aan de Inschrijvers.
2. Het voorgestelde vergoedingsmechanisme door de Inschrijvers werd toegepast op de totaliteit van deze geraamde inkomsten voor de looptijd van het contract.
3. Indien de berekende geraamde variabele vergoeding lager lag dan de gegarandeerde minimumvergoeding, werd deze gegarandeerde minimumvergoeding aangewend in de berekening in plaats van de lagere variabele vergoeding.
4. Deze geraamde vergoeding per periode werd berekend voor de 17 periodes, die alle Inschrijvers, conform de vraag van de opdrachtgevende Overheid hanteren.
5. Deze berekende absolute vergoedingen werden verdisconteerd aan 2% om de huidige geldwaarde van deze berekende toekomstige betalingen te bepalen.
6. Deze geraamde verdisconteerde vergoedingen per periode werden opgeteld voor de 17 periodes teneinde de geraamde totaalvergoeding aan huidige koopkracht over de totale looptijd te berekenen.
7. Deze berekende totaalvergoedingen werden per Inschrijver vergeleken volgens de regel van drie en toegepast op 60 punten.

Op basis van deze werkwijze komt de Opdrachtgevende Overheid tot de volgende respectievelijke totaalvergoedingen en corresponderende puntenverdeling :

Inschrijver	Verdisconteerde totaalvergoeding voor de Opdrachtgevende Overheid over theoretische looptijd	Punten	Puntenaftrek	Totaal
OPC-Indigo	€ 10.794.299	50,20	6	44,20
Besix Park nv	€ 11.017.787	51,24	6	45,24
Apcoa	€ 12.902.123	60	3	57

[Het detail van de berekening is opgenomen in BIJLAGE 1 bij dit gunningsverslag (vertrouwelijk te behandelen t.a.v. de Inschrijvers – bedrijfsgevoelige informatie).]

Met betrekking tot het tweede gunningscriterium “Kwaliteit van het ontwerp, de uitvoeringsmethodiek en de kostprijs van de Parking en sanctiemechanisme (15%)” bepaalt het gunningsverslag onder meer het volgende:

“Beoordeling

De voorstellen van alle Inschrijvers voldoen aan BIJLAGE 7 – Basisinstructies – Basisdiscipline ‘Ontwerpen en Bouwen van de Parking’, zodat er geen enkele Eindofferte op dit vlak onregelmatig is, minstens niet substantieel.

Alle voorstellen zijn bijgevolg uit hun aard reeds kwalitatief. Toch wordt het ene voorstel beter bevonden dan het andere. Een lagere score duidt daarom niet per definitie op een ‘slechte’ parking, maar geeft het verschil op het vlak van voor- en nadelen, kwaliteit, ... met de voorstellen van de andere Inschrijvers weer.

Alle Inschrijvers hebben ook de gevraagde documenten in hun Eindofferte opgenomen.

Alle Eindoffertes voorzien het gewenste aantal parkeerplaatsen, met in het Bestek vooropgestelde afmetingen. Alle voorstellen plannen de Parking in op twee niveaus.

Bij alle voorstellen heeft de Parking een rechte inrit, een conforme hellingshoek en correcte afvlakkingen boven en onderaan.

De kolommen zijn comfortabel achteruit geplaatst tegenover parkeervakken. Dit vergemakkelijkt het in- en uitrijden.

De inplanting van de Parking blijft bij alle voorstellen binnen de opgelegde maximumgrens aan de Noordzijde.

Alle Inschrijvers voorzien een uitvoering met CSM beschoeiing, hetgeen naar hinder toe quasi trillingvrij is, minder lawaaihinder, geen betonafvoer, veel minder grondafvoer (dus minder transporten), ... waardoor de hinder voor de bewoners ook beperkt is.

De hierna vermelde + en – zijn niet evenredig te verdisconteren, maar geven in grote lijnen het belang aan dat de Opdrachtgevende Overheid hecht.

[...]

BESIX PARK

De voorgestelde Parking beschikt over 199 effectief probleemloze volwaardige bruikbare parkeerplaatsen, waarvan slechts vier parkeerplaatsen voor personen met een handicap. +

Deze Parking biedt parkeren in overzichtelijk orthogonaal stelsel aan. +

De Parking is afwisselend links- en rechtsdraaiend en heeft geen eenvoudige conflictloze circulatie. Hierdoor ontstaan effectieve conflictsituaties, naast de verwarring bij de 'logische flow' op het moment van het binnenrijden. Deze conflictsituaties doen zich voor ter hoogte van -1 aan de helicoïdale helling om naar -2 te rijden en ter hoogte van het intern circulerend verkeer op -1 en het uitrijdend verkeer. Van de drie huidige ontwerpen die voorliggen, is dit kennelijk de meest conflictvolle en bijgevolg meest verwarrende situatie. Een goede duidelijke circulatie is van fundamenteel belang voor de gebruikers. - - - Rekening houdend met de kostprijs van de Parking en de aangeboden kwaliteit, zijn dit eerder duurdere parkeerplaatsen. De kostprijs per parkeerplaats is ongeveer gelijk met deze van de parkeerplaatsen van OPC-INDIGO. -

De Parking biedt haaks parkeren, maar in de geboden configuratie wordt dit niet echt als een voordeel beschouwd. Dit zou wel het geval zijn indien de Parking een lange rechte parkeerbak zou zijn, hetgeen hier niet het geval is. Het komen bij de parkeerplaatsen voor personen met een handicap vereist dat het niveau - 1 volledig wordt rondgereden. De parkeerplaatsen zijn wel dicht bij de lift geplaatst. -

Daglicht doorgetrokken tot op -2 ter hoogte van centrale koker, dicht bij centrale lichtschacht. ++

Positie van het centrale trappenhuis belemmert de mogelijke pleininrichting en is dominant in het plein aanwezig; het ontwerp is weinig flexibel om dit aan te passen. Dit is een zeer belangrijk nadeel en is één van de belangrijkste minpunten die op dit moment aan alle ontwerpen op te merken is. Weinig flexibel ontwerp in functie van eventuele organisatorische aanpassingen. De Inschrijver heeft op dit vlak geen verbeteringen aangebracht. - - -

Het onthaal en het parkeerwachterslokaal liggen centraal in de Parking. +

Meest noordelijke ingeplante van de Parking en dus het dichtst tegen de maximale grens. -

De minderhinder maatregelen beperken zich hoofdzakelijk tot de hinder met betrekking tot effectieve uitvoering van de bouwwerken, terwijl het zwaartepunt van de minder-hindermaatregelen zou moeten liggen op mobiliteit, circulatie en belemmeringen, niet alleen voor de omwonenden maar eveneens voor de grotere omgeving.. Maatregelen worden eerder gezien in functie van de werfororganisatie, waarover tijdens de uitvoering overleg tussen de betrokken Partijen moet zijn. Enkele specifieke maatregelen (verlichting, geluid, compacte werfinstallatie) worden voorgesteld. Zonder in detail te gaan, wordt voor activiteiten die een 'specifieke hinder met zich meebrengen' voorzien in een communicatie. De minder-hinder is dus bij deze Inschrijver het minst uitgewerkt. -

De werfuitvoering gebeurt middels één enkele torenkraan[.] In praktijk leidt dit tot een eenvoudigere uitvoering, vermits maar éénmaal vloerplaten dienen dichtgelegd bij demontage.

[...]

Voorstel van punten :
OPC-INDIGO : 12 punten
BESIX PARK : 9 punten
APCOA : 15 punten

APCOA nv heeft zijn ontwerp van Parking in zijn nieuwe Eindofferte aanzienlijk verbeterd en diverse minpunten weggewerkt, waardoor er nog weinig opmerkingen resten. Hierdoor is de Parking van APCOA nv aanzienlijk beter dan deze van BESIX PARK nv, wiens ontwerp initieel als het beste ontwerp beschouwd werd. Het ontwerp van APCOA nv is ook beter dan dit van OPC-INDIGO.

Ook de andere twee Inschrijvers, voornamelijk OPC-INDIGO, hebben hun ontwerp aangepast.

Het grote pluspunt van het ontwerp van APCOA nv is de flexibiliteit van het ontwerp, ook naar de pleininrichting toe, en dit naar de toekomst toe. Het is ook de meest eenvoudige parking, met heel mooie parkeerplaatsen en de meest vlotte circulatie. De Parking heeft ook een dubbele, overzichtelijke uitrit met mooie haakse aansluiting die effectief capaciteit verhogend uitrijden toelaat.

Het verschil in kostprijs per parkeerplaats met de andere bidders leidt niet tot een mindere afwerking of kwaliteit, in tegendeel, de hogere kostprijs bij OPC-INDIGO en BESIX PARK nv, vinden hun oorsprong eerder in de complexe configuratie van [...] het te bouwen volume.

Op het vlak van uitvoeringswijze en werfinrichting zijn de verschillen beperkter.”

Met betrekking tot het vierde gunningscriterium “Uitvoeringstermijn voor de realisatie van de Parking en sanctiemechanisme (10%)” bepaalt het gunningsverslag onder meer het volgende:

“Alle Inschrijvers hebben de gevraagde documenten bij hun Eindofferte gevoegd en ook de nodige toelichtingen verstrekt.

Bij de beoordeling werd rekening gehouden met de duurtijd voor de opmaak van de plannen en de aanvraag voor het bekomen van de stedenbouwkundige vergunning, de duurtijd voor de werfvoorbereiding en de effectieve bouwtijd. Er werd geen rekening gehouden met het bouwaanvraagtraject, alsook de stand-still periode vermits dit voor alle Inschrijvers hetzelfde is. Ook de duurtijd van eventuele archeologische onderzoeken is volledig onafhankelijk van de Inschrijvers.

Geen enkele duurtijd wordt als irrealistisch beschouwd.

	Voortraject	Werfinrichting	Bouw	Totaal
OPC-Indigo	64	20	450	534
Besix Park	76	39	293	408
Apcoa	58	27	364	449

Het detail van de berekening is opgenomen in BIJLAGE 2 bij dit gunningsverslag (vertrouwelijk te behandelen t.a.v. de Inschrijvers).

Alle Inschrijvers doen ook een voorstel van verdragingsboete. APCOA heeft duidelijk een zeer voordelige verdragingsboete, in die zin dat reeds bij dag 1 vertraging een zeer hoge verdragingsboete betaald wordt. Ook bij OPC-INDIGO wordt een hoge verdragingsboete vanaf dag 1 betaald (maar slechts iets meer dan 1/3 van de verdragingsboete van APCOA). Bij BESIX PARK nv, die overigens ook een bouwtermijn voorstelt, die toch een stuk korter is dan de andere Inschrijvers, ligt deze verdragingsboete een heel stuk lager, maar bouwt deze op (startend met ongeveer € 18 per dag). Bij de andere twee Inschrijvers wordt de verdragingsboete lineair in functie van het aantal kalenderdagen toegepast.

Voorstel van punten :

OPC-INDIGO : 6 punten

BESIX PARK : 8 punten

APCOA : 9 punten

Besix Park heeft duidelijk de kortste uitvoeringstermijn, en dit zelfs een vrij aanzienlijk stuk korter dan OPC-INDIGO, die de langste uitvoeringstermijn heeft. De uitvoeringstermijn van APCOA scheelt niet zo veel van BESIX PARK. Het sanctiemechanisme van APCOA is voor de Opdrachtgevende Overheid wel een heel stuk beter dan dat [van] BESIX PARK, en overigens ook een stuk voordeliger dan dat van OPC-INDIGO.

Kortom APCOA doet wat dit gunningscriterium betreft, globaal duidelijk het beste voorstel. BESIX PARK heeft de kortste uitvoeringstermijn (voordeel beperkt ten aanzien van BESIX PARK), maar doet haar voordeel hier voor een stuk teniet met een minder goede verdragingsboete.”

Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de nv APCOA PARKING BELGIUM:

“Voorstel tot gunning

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-Indigo	Besix Park	Apcoa
1) Vergoeding (60 punten)	44,20	45,24	57
2) Kwaliteit van het ontwerp, de uitvoeringsmethodiek en de kostprijs van de Parking en sanctiemechanisme	12	9	15

(15 punten)			
3) Kwaliteit van de dienstverlening en sanctiemechanisme (15 punten)	15	15	13
4) Uitvoeringstermijn voor de realisatie van de Parking en sanctiemechanisme (10 punten)	6	8	9
TOTAAL	77,2	77,24	94

”

3.24. In zitting van 30 maart 2016 keurt het college van burgemeester en schepenen het gunningsverslag goed:

“Overwegende dat uit de in dit verslag opgenomen rangschikking blijkt dat Apcoa Parking Belgium nv het hoogste scoort voor alle gunningscriteria te samen genomen, zodat deze inschrijver op basis van de gunningscriteria als meest voordelige economische inschrijver beschouwd moet worden en de opdracht overeenkomstig het bestek aan deze inschrijver gegund moet worden.”

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.25. Per aangetekend schrijven van 11 april 2016 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht is gegund aan de nv Apcoa Parking Belgium en niet aan haar.

De gunningsbeslissing en het gunningsverslag zijn in bijlage gevoegd.

IV. Tussenkost

4. De nv Apcoa Parking Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een pleitnota ingediend.

De Raad van State zal deze niet in het procedurereglement voorziene stukken slechts in zijn beoordeling betrekken in zoverre ze niets meer zijn dan de neerslag van de mondelinge uiteenzettingen ter terechtzitting.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ 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.

VII. Onderzoek van de middelen

7. Het standpunt van de verzoekende partij wordt in vijf middelen ontwikkeld. Ze worden hierna eerst uiteengezet en vervolgens samen beoordeeld.

Uiteenzetting van de middelen

A. Eerste middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van de opdrachtdocumenten, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en het gelijkheidsbeginsel.

In het eerste middelonderdeel betoogt zij dat deze bepalingen en beginselen zijn geschonden bij de beoordeling van de gunningscriteria en in het tweede middelonderdeel bij het verloop van de gunningsprocedure.

Bij het eerste middelonderdeel stelt zij dat de uitnodiging van de verwerende partij om een nieuwe eindofferte in te dienen, desgewenst met opgave van een vergoedingspercentage, variërend in functie van tijd en inkomsten, volgens haar een ongeoorloofde wijziging van het bestek is. Volgens haar is de besteksbepaling inzake het aan te bieden vergoedingspercentage duidelijk en niet voor interpretatie vatbaar; bijgevolg kan ze dan ook niet worden verduidelijkt met de beslissing van 18 januari 2016. Deze beslissing is daarom onwettig en daaruit vloeit ook de onwettigheid voort van de bestreden gunningsbeslissing.

Daarenboven, zo vervolgt de verzoekende partij, heeft de verwerende partij haar ten onrechte een “verworven voordeel” ontnomen door aan alle inschrijvers de mogelijkheid te bieden om volledig nieuwe eindoffertes in te dienen, met nieuwe voorstellen voor al de gunningscriteria, en niet alleen het eerste financiële gunningscriterium.

Een bestekswijziging zou niet tot gevolg mogen hebben dat de resultaten van de eerdere besluitvorming niet langer geldig blijven.

Bovendien is, zo vervolgt de verzoekende partij, de beoordeling van twee van de vier gunningscriteria met betrekking tot de tweede ronde van de eindoffertes op een significant andere wijze toegepast, en dit in haar nadeel.

Met betrekking tot het eerste gunningscriterium “de vergoeding” levert de zogenaamde “verdiscontering” van de door de inschrijvers aangeboden vergoedingen, een vertekend beeld op, die volgens de verzoekende partij, tot haar lagere puntenscore heeft geleid. Tevens zou de puntenaftrek van zes punten inzake de exploitatie van nieuwe parkings binnen een straal van 300 m onterecht zijn. De verwerende partij zou de eindofferte van de verzoekende partij op dit vlak verkeerd hebben begrepen.

Met betrekking tot het vierde gunningscriterium “uitvoeringstermijn realisatie parking en sanctiemechanisme” heeft de verwerende partij, zo betoogt de verzoekende partij, rekening gehouden met de boetebedragen, terwijl zij bij de beoordeling van de eerste eindoffertes enkel de uitvoeringstermijn in rekening heeft gebracht. De puntentoekenning is voorts disproportioneel, zeker in vergelijking met de verschillen in punten wat betreft de eerste eindoffertes. De beoordeling is in het nadeel van de verzoekende partij.

In een tweede onderdeel meent de verzoekende partij dat de aan de inschrijvers gerichte uitnodiging tot het indienen van een tweede eindofferte indruist tegen het bestek doordat dit een fundamentele afwijking uitmaakt van de daarin bepaalde gunningsprocedure.

De verzoekende partij stelt dat deze beslissing tot uitnodiging indruist tegen de besteksbepalingen en basisdefinities, in het bijzonder de bepalingen betreffende de eindoffertefase, de eindofferte en de voorkeursbieder. Zij meent dat er op grond van deze bepalingen slechts één eindofferte mogelijk is en dat er bijgevolg geen tweede eindofferte mocht worden gevraagd. Daarenboven zou deze tweede eindofferte impliceren dat de mededinging verstoord werd, in het bijzonder ten nadele van de verzoekende partij.

B. Tweede middel

9. De verzoekende partij voert hier de schending aan “van de bepalingen van het Vlaams Gemeentedecreet over de bevoegdheden van de gemeenteraad en het college van burgemeester en schepenen”.

Zij is van oordeel dat het besluit van 18 januari 2016 van het college van burgemeester en schepenen onwettig is nu het op “fundamentele wijze afwijkt van het bestek” en daardoor niet door het college van burgemeester en schepenen, doch door de gemeenteraad diende te worden genomen. Uitspraken van de gemeenteraadsoppositie zouden dit standpunt volgens de verzoekende partij ondersteunen.

C. Derde middel

10. Met het derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheids-, het vertrouwens-, het transparantie-, het redelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Door de bijkomende mededingingsronde is volgens haar de gunningsprocedure verstoord, is het vertrouwen van de inschrijvers verschalkt en heeft het stadsbestuur zich op onredelijke en onzorgvuldige wijze een onwettig voordeel verschaft. De schendingen gaan gepaard met een bijzondere en specifieke benadeling van de verzoekende partij, hetgeen een schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaakt. Tevens ontbreekt het de verwerende overheid bij de besluitvorming aan transparantie en zorgvuldigheid; een decretaal vereiste tussenkomst van de gemeenteraad werd ontweken en de verzoekende partij moest zich over de intenties van de verwerende partij informeren in de media; herhaaldelijk door haar geformuleerde bezwaren over de gevolgde procedure bleven onbeantwoord vanwege de verwerende partij.

D. Vierde middel

11. De verzoekende partij voert de schending aan van de formele- en de materiële motiveringsplicht.

Volgens haar zijn de bestreden beslissingen en de aan de grondslag liggende beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 18 januari 2016 aangetast door een volledig gebrek aan formele en materiële motivering. Er wordt niet in aangegeven om welke pertinente feitelijke en juridische redenen de besteksvoorwaarden worden gewijzigd, waarom de initiële offerte van de nv Apcoa Parking Belgium niet als onregelmatig wordt geweerd, waarom de overeenkomst niet aan de best gerangschikte regelmatige bieder in de (eerste) BAFO-ronde wordt gegund, waarom in strijd met het bestek een tweede BAFO-ronde wordt georganiseerd, waarom deze BAFO-ronde betrekking heeft op alle gunningscriteria, terwijl de in de eerste procedure voor de Raad van State ingeroepen onregelmatigheid slechts betrekking had op één gunningscriterium, en waarom een geheel andere invulling wordt gegeven aan de gunningscriteria.

E. Vijfde middel

12. Ten slotte voert de verzoekende partij in een vijfde middel de schending aan van de opdrachtdocumenten, van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 4, 8°, en 5, 9°, van de voormelde wet van 17 juni 2013, van het *patere legem qua ipse fecisti*-beginsel, van het transparantiebeginsel, van het vertrouwensbeginsel, van het gelijkheidsbeginsel, van het redelijkheidsbeginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van de materiële- en formelemotiveringsplicht.

De gunningsbeslissing is volgens haar gebaseerd op grove fouten begaan bij de beoordeling van de tweede eindoffertes. Zij herneemt hierbij een aantal kritieken die reeds in het eerste middel aan bod kwamen.

Met betrekking tot het eerste gunningscriterium, de vergoeding, zou een “verdiscontering” van de vergoedingen zijn opgenomen, terwijl dit niet

voorzien zou zijn in het bestek. De verzoekende partij gaat ervan uit dat zij hierdoor een lagere score gekregen heeft. Ook de aftrek van zes punten inzake de bepalingen in haar offerte inzake de mogelijkheid van een nieuwe parking zou onterecht zijn. De verwerende partij zou deze bepalingen verkeerd hebben geïnterpreteerd.

Met betrekking tot het tweede gunningscriterium, de kwaliteit van het ontwerp, zou in het gunningsverslag ten onrechte zijn vermeld dat de parking geen conflictloze circulatie zou bieden. De verzoekende partij begrijpt ook niet waarom haar ontwerp nu minder punten scoort dan bij haar eerste eindofferte, terwijl zij nochtans in haar tweede eindofferte haar voorstel zou hebben verbeterd.

Met betrekking tot het vierde gunningscriterium, de uitvoeringstermijn en het sanctiemechanisme, zou de verwerende partij “plotseling” rekening hebben gehouden met de grootte van de boetebedragen, terwijl zij zich voordien bij de beoordeling van de eerste eindoffertes enkel op de uitvoeringstermijn heeft geconcentreerd. De verwerende partij zou ook disproportioneel de lagere verdragingsboete van de verzoekende partij in rekening brengen en zou deze verdragingsboete ook verkeerd hebben berekend.

Beoordeling

13. In de eerste plaats wordt opgemerkt dat de verzoekende partij haar hoofdkritiek richt op de beslissing van 18 januari 2016 waarbij het college beslist de BAFO's van 19 oktober 2015 buiten beschouwing te laten, het bestek te verduidelijken wat het vergoedingsmechanisme betreft en alle inschrijvers de kans te geven een nieuwe BAFO in te dienen en dit voor wat alle gunningscriteria betreft. De verzoekende partij heeft na de brief van 19 januari 2016 de verwerende partij duidelijk gemaakt dat zij bezwaren had tegen de gevolgde handelwijze en heeft voorts een nieuwe, gewijzigde BAFO ingediend. Zij heeft niet rechtstreeks een vordering tot schorsing of een beroep ingesteld tegen de beslissing van 18 januari 2016.

Alhoewel conform de Labonorm-doctrine de verzoekende partij gerechtigd is onwettigheden begaan tijdens de gunningsprocedure pas tegen de

eindbeslissing aan te voeren, merkt de Raad hier toch op dat het minstens passend lijkt, zekerlijk in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid waarvan de absolute finaliteit is dat de opdracht nog effectief kan worden gegund aan een verzoekende partij, onder meer in het licht van de Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’, gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat een verzoekende partij op een vlugge en doortastende wijze zich in rechte voorziet bij onwettigheden die haar, zo lijkt, definitief benadelen. Dat de verzoekende partij dit hier niet heeft gedaan, valt in het kader van een efficiënte rechtsbedeling te betreuren.

14.1. Kernvraag die zich hier opdringt, is te weten of de verwerende partij gerechtigd was om te doen wat zij heeft gedaan, namelijk na intrekking van de vorige gunningsbeslissing, het bestek “verduidelijken”, de eerste BAFO’s buiten beschouwing laten en nieuwe BAFO’s vragen waarbij de inschrijvers hun offerte mochten veranderen, en dit niet alleen ten aanzien van het eerste gunningscriterium dat centraal stond bij de eerste procedure voor de Raad. De verzoekende partij meent dat het schorsingsarrest met nummer 233.371 hier geen ruimte voor laat.

De schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste gunningsbeslissing door voormeld arrest steunt op twee beoordelingselementen.

Een eerste element is dat, zonder uitspraak te doen over het feit of het vergoedingsmechanisme dat de nv Apcoa Parking Belgium voorstelde, inpasbaar was binnen het bestek waar gevraagd werd voorlopig een enkel percentage te hanteren of een zogenaamd “ander vergoedingsmechanisme” voor te stellen, de inschrijvers er een verschillende mening op nahielden wat de betekenis was van wat in het bestek beschreven werd over het zogenaamde “enkel” percentage en het ander vergoedingsmechanisme; hieruit leidde de Raad af dat vanuit een zorgvuldigheidsplicht en een gelijkheidsplicht de verwerende partij de

inschrijvers had moeten inlichten over de verschillende mogelijkheden om een vergoedingsvoorstel te formuleren.

Een tweede element betrof het feit dat onvoldoende werd verduidelijkt waarom de verwerende partij de invulling die de nv Apcoa Parking Belgium gaf aan haar voorstel inzake vergoedingsmechanisme, verenigbaar achtte met de *ratio legis* van de besteksbepaling, namelijk de vergelijkbaarheid van de offertes, wat hier uiteindelijk een motiveringsproblematiek leek.

Uit het schorsingsarrest lijkt alvast niet te kunnen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid aan de genoemde wettigheidsbezwaren niet vermocht tegemoet te komen door, na intrekking van de gunningsbeslissing en de voorgaande beslissing tot aanduiding van de voorkeursbieder op 11 januari 2016, de procedure te hernemen, niet van meet af aan, maar vanaf de volgens haar laatst nuttige fase alvorens de vastgestelde fouten werden begaan en dit alles met respect voor het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en de besteksbepalingen.

14.2. Wat de besteksbepalingen betreft, lijkt te moeten worden vastgesteld dat de relevante besteksbepalingen zich niet lijken te verzetten tegen de gevolgde werkwijze. Voor wat het financieel gunningscriterium betreft, lijkt, zelfs in de optiek van de verzoekende partij dat de toelating om verschillende vergoedingspercentages op te geven die mogen variëren naar gelang de inkomsten en in de tijd, een echte afwijking van het bestek is, de mededeling ervan aan de inschrijvers te volstaan. De opdrachtgevende overheid behoudt zich in het bestek immers het recht voor om in de loop van de procedure af te wijken van de bepalingen van dit bestek onder de voorwaarde dat “[d]e geselecteerde Kandidaten [...] uitdrukkelijk [zullen] gewezen worden op gebeurlijke afwijkingen, aanpassingen of aanvullingen”. Door na de intrekkingbeslissing van 11 januari 2016, alle inschrijvers er op te wijzen, middels de uitnodiging van 19 januari 2016, dat “het toegelaten [is] om een percentage voor te stellen voor de totaliteit van de opdracht, dat verschilt in functie van de tijd en/of in functie van de inkomsten”, lijkt de aanbestedende overheid het bezwaar ontwaard in het schorsingsarrest van 30 december 2015 dat zij er vanuit een zorgvuldigheidsplicht en gelijkheidsplicht toe was gehouden mededeling te doen aan de andere inschrijvers van eventuele

“andere vergoedingsmechanismes”, te hebben rechtgezet, zelfs al formuleert zij zulks onder de noemer van een “verduidelijking” van de betrokken besteksbepaling.

De omstandigheid dat zij bij die gelegenheid alle inschrijvers heeft gevraagd een nieuwe BAFO in te dienen, lijkt evenmin onverenigbaar met het bestek en de daarin bepaalde gunningsprocedure. In haar verwijzing naar de besteksbepalingen inzake het verloop van de procedure lijkt de verzoekende partij immers voorbij te gaan aan de passage luidens welke “[d]e Opdrachtgevende Overheid [...] zich het recht voor[behoudt] om dit procedureverloop alsnog aan te passen, zonder dat hieruit een recht op schadevergoeding voor de Inschrijvers voortvloeit”. De door de verzoekende partij als geschonden ingeroepen besteksbepalingen en basisdefinities, in het bijzonder de bepalingen betreffende de eindoffertefase, de eindofferte en de voorkeursbieder, lijken het opvragen van een tweede eindofferte bijgevolg niet uit te sluiten.

14.3. Over de verschillende middelen heen formuleert de verzoekende partij tal van kritieken gelieerd aan een beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel, vaak in combinatie met een beweerde schending van het vertrouwensbeginsel.

In het algemeen is de verzoekende partij van mening dat de organisatie van een tweede eindofferteronde de mededinging heeft verstoord waarbij zij in het bijzonder is benadeeld. Die bijzondere benadeling ontwaart de verzoekende partij op twee manieren. In de eerste plaats zou de aanbestedende overheid, door aan alle inschrijvers de mogelijkheid te bieden om volledig nieuwe BAFO's in te dienen met mogelijks nieuwe voorstellen voor alle gunningscriteria, haar rechtmatig vertrouwen hebben gefnuikt aangezien enkel het financieel gunningscriterium voorwerp had uitgemaakt van de eerste procedure voor de Raad en zij tijdens die eerste procedure voor de andere gunningscriteria in totaliteit de beste score behaalde. Ingevolge de mededeling van het eerste gunningsverslag kenden de inschrijvers de inhoud van elkaars eerste BAFO's. Het voordeel dat zij minstens had moeten kunnen ontleen aan haar eerste plaats in de rangschikking voor drie van de vier gunningscriteria, is haar aldus ontnomen, terwijl de andere inschrijvers het voordeel kregen hun zwakkere scores op drie gunningscriteria te

mogen verbeteren. Ten tweede zou de aanbestedende overheid twee van de vier gunningscriteria bij de beoordeling van de tweede BAFO's op een significant andere wijze hebben toegepast dan bij de beoordeling van de eerste BAFO's, telkenmale ten nadele van de verzoekende partij.

Deze grieven worden niet aangenomen en dit om de volgende redenen.

Zoals gesteld lijkt het bestek zich niet te verzetten tegen de intrekking van de eerste gunningsbeslissing en de daaraan voorafgaande beslissing tot aanduiding van de voorkeursbieder en de organisatie van een tweede BAFO-ronde. Een schending van het vertrouwensbeginsel lijkt niet te kunnen worden ingeroepen tegen de opdrachtdocumenten in.

Alle inschrijvers hebben voorts de kans gekregen een volledig nieuwe BAFO in te dienen, met mogelijks nieuwe voorstellen voor alle gunningscriteria. Ingevolge de mededeling van de eerste beslissing tot aanduiding van de voorkeursbieder hadden evenwel alle inschrijvers, met inbegrip van de verzoekende partij, enige kennis van de inhoud van elkaars eerst ingediende BAFO's. De mogelijkheid om vanuit die kennis een verbeterde offerte in te dienen, lijkt de verzoekende partij dus evengoed tot voordeel te hebben kunnen strekken. De stukken bevestigen overigens dat zij zulks heeft gedaan. De omstandigheid dat na de beoordeling van de tweede BAFO's, de verzoekende partij niet langer in totaliteit de hoogste score behaalde voor de andere gunningscriteria dan het financiële, wijst op zich niet op een schending van het gelijkheidsbeginsel. Hier mag overigens bij worden opgemerkt dat het indienen van een nieuwe BAFO beperken tot het eerste gunningscriterium, op zich hoogst problematisch lijkt aangezien de gunningscriteria onlosmakelijk met elkaar verbonden lijken.

Ook lijkt een aanbestedende overheid er voorts op geen enkele wijze toe gehouden om de mogelijks onvolkomen beoordelingswijze van de eerdere eindoffertes aan te houden. De beslissing tot aanduiding als voorkeursbieder is immers ingetrokken en moet bijgevolg worden geacht nooit te hebben bestaan. De verzoekende partij moet aantonen dat de thans voorliggende beoordeling niet spoort met het bestek, dat de beoordeling niet wordt gedragen

door in feite correcte motieven of dat de aanbestedende overheid de grenzen van de redelijkheid zou hebben overschreden. Dit laatste heeft de verzoekende partij ook aangeklaagd in haar vijfde middel waarvan de grieven hierna worden beoordeeld. Op dit ogenblik en voor wat de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, volstaat dus de vaststelling dat een verzoekende partij geen rechten lijkt te mogen putten uit een ingetrokken beslissing tot aanduiding van de voorkeursbieder.

14.4. In de mate dat de verzoekende partij een schending van het transparantiebeginsel aanvoert, opmerkt dat een decretaal vereiste tussenkomst van de gemeenteraad zou zijn ontweken en aanvoert dat zij zich over de intenties van de verwerende partij zou hebben moeten informeren in de media waarbij herhaaldelijk geformuleerde bezwaren over de gevolgde procedure onbeantwoord bleven, wordt het volgende opgemerkt.

Overeenkomstig artikel 43, § 2, 11°, van het Gemeentedecreet kan “het vaststellen van de wijze van gunning en het vaststellen van de voorwaarden van overheidsopdrachten” in beginsel niet worden toevertrouwd aan het college van burgemeester en schepenen. De gemeenteraad is aldus het bevoegde orgaan voor het vaststellen van de wijze van gunning en het vaststellen van de voorwaarden van overheidsopdrachten. Overeenkomstig artikel 57, § 3, 4°, van hetzelfde decreet is het college van burgemeester en schepenen bevoegd voor “het voeren van de gunningsprocedure, de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten”.

De door de verzoekende partij geïmplementeerde beslissing van 18 januari 2016 “tot het verduidelijken van het bestek wat het vergoedingsmechanisme betreft” en om “aan alle inschrijvers de kans te bieden om een nieuwe BAFO in te dienen” lijkt in de eerste plaats de gunningswijze, dit is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, niet te hebben gewijzigd. Zulks wordt ook niet beweerd door de verzoekende partij.

In de tweede plaats lijken, zoals hiervoor opgemerkt, een – volgens de zienswijze van de verzoekende partij – wijziging of aanpassing van het vergoedingsmechanisme en van het verloop van de onderhandelingsprocedure

door het bestek zelf toegelaten, mits de mededeling ervan aan de inschrijvers, wat hier is gebeurd.

In die zin lijkt de collegebeslissing van 18 januari 2016, uitgevoerd door het schrijven van 19 januari 2016 en waarbij conform het bestek de wezenlijke inhoud van de beslissing van 18 januari 2016 is medegedeeld aan de inschrijvers, inpasbaar in voormeld artikel 57, § 3, 4°, te weten de bevoegdheid van het schepencollege om de gunningsprocedure te voeren.

Het schrijven van 19 januari 2016 lijkt bovendien de grief te ontkrachten dat de verzoekende partij zich over de intenties van de verwerende partij heeft moeten informeren via de media. Meergenoemd schrijven van 19 januari 2016 geeft dan misschien niet *in extenso* de inhoud van de beslissing van 18 januari 2016 weer maar lijkt de inschrijvers alleszins te informeren over de essentie ervan en bijgevolg over de wijze waarop de verwerende partij aan rechtsherstel heeft willen doen.

15. Aansluitend dient het vierde middel, volgens de aanhef ervan ontleend aan een schending van de formele- en de materiële motiveringsplicht, maar naar de inhoud ervan, zo lijkt, in wezen beperkt tot een vermeende schending van de formelemotiveringsplicht, te worden verworpen.

Zoals overwogen *sub* 14.4 heeft het schrijven van 19 januari 2016 de inhoud van de beslissing van 18 januari 2016 weliswaar niet *in extenso* overgenomen, doch wel de essentie ervan. Voorts maakt de verzoekende partij hoe dan ook niet aannemelijk waarom de inhoud van het schrijven van 19 januari 2016 en van de bestreden gunningsbeslissing haar niet in staat zouden hebben gesteld terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen deze laatste beslissing en de impliciete weigeringsbeslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Het feit dat zij, verspreid over de diverse middelen, de motieven aan een inhoudelijke kritiek onderwerpt, lijkt er overigens van te getuigen dat aan de doelstelling van de formelemotiveringsverplichting is voldaan.

16.1. Wat ten slotte de grieven van de verzoekende partij betreft ten aanzien van de deugdelijkheid van de inhoudelijke toetsing door de aanbestedende

overheid van de offerte van de verzoekende partij aan de diverse gunningscriteria – kritiek die zo lijkt vooral aan bod komt in het vijfde middel – worden ze niet bijgevalen om de volgende redenen.

16.2. Een aanbestedende overheid heeft bij de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria een ruime beoordelingsmarge waarbij de Raad zich niet vermag in de plaats te stellen van het bestuur. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bedoelde beslissing in aanmerking mogen worden genomen wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciaties van het bestuur de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten zijn gegaan.

Voorts mag ook hier worden herhaald dat de verzoekende partij geen rechten vermag te putten uit de eerste – ingetrokken – beslissing tot aanduiding van de voorkeursbieder met hieraan gekoppeld het gunningsverslag van de eerste BAFO's. Deze beslissing moet worden geacht nooit te hebben bestaan, zodat door de verzoekende partij gebruikte termen in de zin van een “herevaluatie” van de offertes, of een “gewijzigde puntengeving” hier niet op hun plaats lijken.

16.3.1. Met betrekking tot het eerste gunningscriterium, de vergoeding, merkt de verzoekende partij op de eerste plaats op dat bij de evaluatie van de tweede BAFO's een “verdiscontering” van de vergoedingen heeft plaatsgegrepen terwijl daarin niet voorzien zou zijn in het bestek; de verzoekende partij gaat ervan uit dat zij hierdoor een lagere score gekregen heeft. Voorts stelt de verzoekende partij ook de aftrek van zes punten inzake de bepalingen in haar offerte met betrekking tot de mogelijkheid van een nieuwe parking ter discussie; dit zou onterecht zijn; de verwerende partij zou deze bepalingen verkeerd hebben geïnterpreteerd.

16.3.2. De verdiscontering van de vergoedingen is een onderdeel van de beoordelingsmethodiek, zoals omschreven in het gunningsverslag. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de uiteindelijke puntenverdeling na toepassing van de regel van drie op de aldus berekende verdisconteerde totaalvergoedingen niet in verhouding zou staan tot de verschillen

tussen de offertes. Evenmin blijkt dat de verdiscontering van de absolute vergoedingen tot een ongelijke behandeling in haar nadeel zou hebben geleid. Integendeel blijkt uit het vertrouwelijk gedeelte van het gunningsverslag waarop de Raad vermag acht te slaan en in zijn beoordeling te betrekken, dat de offerte van de verzoekende partij na de kwestieuze verdiscontering een hogere score op dit gunningscriterium heeft behaald. Het valt hierdoor niet in te zien welk belang de verzoekende partij heeft bij het in vraag stellen van de verdiscontering als onderdeel van de beoordelingswijze.

16.3.3. Wat de puntenaftrek betreft voor de problematiek van een eventuele nieuwe parking rond de parking Grote Markt, wordt in het bestek het volgende bepaald:

“Nieuwe parkeergelegenheid ‘van de straat’

De opdrachtgevende Overheid is bereid zich ertoe te verbinden om zelf geen initiatief tot het Exploiteren van een openbare parkeergelegenheid ‘van de straat’ te nemen, noch dit aan een derde toe te vertrouwen binnen een straal van maximaal 300 m rond de Parking. Het wel of niet nodig vinden van deze voorwaarde door de Inschrijver, kan positief of negatief beoordeeld worden door de Opdrachtgevende Overheid bij de beoordeling van de (Eind)Offertes.”

In verband met eventuele andere parkingprojecten stelt de verzoekende partij in de verklarende nota bij haar BAFO het volgende:

“Tijdens de contractduur van 17 jaar kan er heel wat veranderen. Het parkeervrij maken van de Grote Markt zal een belangrijke impact hebben op de aantrekkingskracht van het handelscentrum waardoor zou kunnen blijken dat de ondergrondse capaciteit van de nu te bouwen parkeergarage onvoldoende is. Indien de bouw van een 2e ondergrondse parkeergarage door de Opdrachtgevende Overheid hiervoor een uitkomst biedt zijn wij bereid hierover constructief te onderhandelen.”

In het gunningsverslag wordt hierover het volgende vermeld:

“Wat betreft de toepassing van de voorwaarde, vermeld in 4.5.4. van het Bestek, met name dat de Opdrachtgevende Overheid zich ertoe verbindt om zelf geen initiatief te nemen tot het Exploiteren van een openbare parkeergelegenheid ‘van de straat’, noch dit aan een derde toe te vertrouwen binnen een straal van maximaal 300 m rond de Parking.

Alle Inschrijvers nemen hierover een bepaling op in hun Eindofferte, waaruit blijkt dat de Opdrachtgevende Overheid toch niet zonder meer tot de bouw en exploitatie van een bijkomende parking in een straal van 300 m kan overgaan. Alle bepalingen, hoewel bij alle Inschrijvers niet woordelijk identiek geformuleerd, komen erop neer dat de exploitatie van een bijkomende Parking binnen een straal van 300 m aan hen toekomt en/of dat hierover moet onderhandeld worden met de Inschrijver, in functie van bijvoorbeeld een aanpassing van deze Overeenkomst.

Het Bestek voorziet in de mogelijkheid tot het positief of negatief evalueren van het al dan niet stellen van deze voorwaarde.

Rekening houdend met het totale puntenaantal voor dit gunningscriterium is een aftrek van 3 punten bij alle Inschrijvers gerechtvaardigd.

Bij BESIX PARK nv is voormelde voorwaarde opgenomen, maar zonder dat er sprake is van (een beperking tot) een straal van 300 m. De Opdrachtgevende Overheid past hiervoor een bijkomende puntenaftrek van 3 punten toe.”

Het bestek voorziet dus uitdrukkelijk in de mogelijkheid het standpunt van de inschrijvers aangaande het exploiteren door de aanbestedende overheid van een bijkomende parking binnen een straal van 300 meter rond de Parking Grote Markt, positief of negatief te evalueren.

De vermelding in de BAFO van de verzoekende partij lijkt niet vrijblijvend ten overstaan van mogelijke initiatieven van de aanbestedende overheid. De bereidheid van de inschrijver om daarover constructief te onderhandelen, lijkt op het eerste gezicht niet gelijklopend met de afwezigheid van “deze voorwaarde” volgens het bestek. De aanbestedende overheid lijkt de grenzen van een zorgvuldige beoordeling bijgevolg niet te hebben overschreden door net als bij de andere inschrijvers, ook bij de verzoekende partij drie punten af te trekken.

Daar staat tegenover dat de verzoekende partij zich niet zonder reden lijkt af te vragen waarom de niet-vermelding in de BAFO van de straal van 300 m een bijkomende puntenaftrek van nog eens 3 minpunten rechtvaardigt. Haar argumentatie dat de aangehaalde besteksbepaling de “‘straal van maximaal 300 meter rond de parking’ zelf verplicht stelde, zodat er niet de allermiste aanleiding was om te veronderstellen dat verzoekster deze betrokken voorwaarde wilde verstrengen door de afstandsbeperking uit te schakelen”, lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden gedeeld.

16.4. Met betrekking tot het tweede gunningscriterium, de kwaliteit van het ontwerp, klaagt de verzoekende partij aan dat het gunningsverslag een foutieve evaluatie bevat van verschillende aspecten van haar voorstel van parking, te weten de circulatie, de bereikbaarheid van de parkeerplaatsen voor mindervaliden en de inplanting van het centrale trappenhuis op het plein.

In het gunningsverslag worden deze om volgende redenen negatief beoordeeld:

“De Parking is afwisselend links- en rechtsdraaiend en heeft geen eenvoudige conflictloze circulatie. Hierdoor ontstaan effectieve conflictsituaties, naast de verwarring bij de ‘logische flow’ op het moment van het binnenrijden. Deze conflictsituaties doen zich voor ter hoogte van -1 aan de helicoïdale helling om naar -2 te rijden en ter hoogte van het intern circulerend verkeer op -1 en het uitrijdend verkeer. Van de drie huidige ontwerpen die voorliggen, is dit kennelijk de meest conflictvolle en bijgevolg meest verwarrende situatie. Een goede duidelijke circulatie is van fundamenteel belang voor de gebruikers. - - -

[...]

Het komen bij de parkeerplaatsen voor personen met een handicap vereist dat het niveau -1 volledig wordt rondgereden. De parkeerplaatsen zijn wel dicht bij de lift geplaatst. -

[...]

Positie van het centrale trappenhuis belemmert de mogelijke pleininrichting en is dominant in het plein aanwezig; het ontwerp is weinig flexibel om dit aan te passen. Dit is een zeer belangrijk nadeel en is één van de belangrijkste minpunten die op dit moment aan alle ontwerpen op te merken is. Weinig flexibel ontwerp in functie van eventuele organisatorische aanpassingen. De Inschrijver heeft op dit vlak geen verbeteringen aangebracht. - - - -.”

De verzoekende partij slaagt er op het eerste gezicht niet in de feitelijke uitgangspunten van deze beoordelingen, ook niet ter terechtzitting, fundamenteel te ontkrachten.

Zo lijkt het gunningsverslag te vrezen voor conflictsituaties, omwille van het feit dat de parking afwisselend links- en rechtsdraaiend is opgevat, wat niet lijkt te kunnen worden opgevangen door de breedte van de rijwegen en het voorzien in eenrichtingsverkeer over heel de parking, waarnaar de verzoekende partij in haar verzoekschrift verwijst. Wat betreft de bereikbaarheid van de

parkeerplaatsen voor mindervaliden, lijkt het gunningsverslag de inplanting van die parkeerplaatsen direct bij de inrit en bij de liften niet te ontkennen maar lijkt hiermee evenwel niets gezegd over de manier om tot bij die parkeerplaatsen te geraken. Ook lijkt in het gunningsverslag evenmin de inpasbaarheid van het ontwerp binnen het masterplan van de omgeving zoals gevoegd bij het bestek te worden tegengesproken maar lijkt de mindere flexibiliteit van het ontwerp in functie van eventuele organisatorische aanpassingen hier de aanleiding te zijn tot de negatieve evaluatie.

De verzoekende partij slaagt er dan ook op het eerste gezicht niet in met de vereiste ernst aannemelijk te maken dat de evaluatie van de diverse besproken aspecten zou zijn ingegeven door foutieve inschattingen van haar ontwerp.

16.5. Met betrekking tot het vierde gunningscriterium, de uitvoeringstermijn en het sanctiemechanisme, zou de verwerende partij volgens de verzoekende partij disproportioneel de lagere verdragingsboete van de verzoekende partij in rekening hebben gebracht en deze verdragingsboete ook verkeerd hebben berekend.

De verwerende partij lijkt de berekening van de verdragingsboete door de verzoekende partij niet te betwisten maar acht het resultaat ervan zonder invloed op de evaluatie.

Het gunningsverslag lijkt aldus te zijn gemotiveerd dat het voordeel van de verzoekende partij, die de kortste uitvoeringstermijn aanbiedt, deels wordt teniet gedaan door “een minder goede verdragingsboete”.

Aangezien de hoogte van die verdragingsboete niet zonder relevantie lijkt voor de inschatting van “een minder goede verdragingsboete”, lijkt de beoordeling van het vierde gunningscriterium, waarbij, zo lijkt, deze boete door de verwerende partij verkeerd is berekend, in elk geval niet te zijn gesteund op deugdelijke motieven.

17. Uit de beoordeling van de middelen is gebleken dat de Raad twee wettigheidsbezwaren van de verzoekende partij ernstig bevindt, namelijk wat het vijfde middel betreft aangaande bepaalde aspecten van de toetsing van de offerte van de verzoekende partij aan het eerste en het vierde gunningscriterium.

Nochtans kan dit ernstig bevinden niet leiden tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen omdat ze, zo lijkt, geen bepalende invloed hebben op de rangschikking en dit om de volgende reden.

De offerte van de verzoekende partij behaalt volgens het gunningsverslag 77,24 punten terwijl die van de tussenkomende partij 94 punten behaalt.

Zelfs aangenomen dat bij de puntentoekenning aan de offerte van de verzoekende partij de bijkomende puntenaftrek van drie punten, voor wat het eerste gunningscriterium betreft, wordt geschrapt en dat de puntentoekenning voor het vierde gunningscriterium wijzigt in – zoals de verzoekende partij het voorstelt – tien punten voor haar offerte tegenover vijf punten voor die van de tussenkomende partij, dan nog kan de verzoekende partij het verschil met de gekozen inschrijver niet overbruggen in haar voordeel, aangezien de offerte van de verzoekende partij alsdan 82,24 punten krijgt en die van de tussenkomende partij 90 punten.

Hieruit vloeit voort dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de ernstig bevonden onderdelen van haar kritiek op de inhoudelijke beoordeling van haar offerte.

18. Het besluit is dat alle middelen niet ernstig worden bevonden.

VIII. Besluit

19. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

In de gegeven omstandigheden past het de kosten van de vordering ten laste van de verzoekende partij te leggen.

Er is te dezen tevens grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ het door de verwerende partij gevorderde bedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 mei 2016,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra