

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 87.975 van 15 juni 2000
in de zaak A. 92.367/XII-2613.**

In zake : 1. de NV ARTESIA BANKING CORPORATION,
2. de NV DE ONDERNEMINGEN MAURICE DELENS,
3. de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN,
4. de NV VAN RYMENANT,
samen vormend de tijdelijke vereniging
"NV ARTESIA BANKING CORPORATION - tijdelijke
vereniging 'NV DE ONDERNEMINGEN MAURICE
DELENS- NV ANTWERPSE BOUWWERKEN- NV VAN
RYMENANT'",
die woonplaats kiezen bij
advocaat L. VAN HOUT,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Sint-Michielskaai 7

tegen :

de provincie VLAAMS-BRABANT, vertegenwoor-
digd door de bestendige deputatie van de
provincieraad,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER,
kantoor houdende te BRUSSEL,
H. Wafelaertsstraat 47-51.

tussenkomen de partijen :

1. de NV KBC BANK,
2. de NV CFE,
die woonplaats kiezen bij
advocaat D. LINDEMANS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Keizerslaan 3.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV ARTESIA
BANKING CORPORATION, de NV DE ONDERNEMINGEN MAURICE
DELENS, de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN, de NV VAN RYMENANT,
samen vormend de tijdelijke vereniging "NV ARTESIA
BANKING CORPORATION - tijdelijke vereniging
'NV DE ONDERNEMINGEN MAURICE DELENS- NV ANTWERPSE
BOUWWERKEN- NV VAN RYMENANT'", op 6 juni 2000 hebben
ingediend waarin bij uiterst dringende noodzakelijkheid

de schorsing wordt gevorderd van de tenuitvoerlegging van "het besluit dd. 31 mei 2000 van de verwerende partij waarbij zij beslist heeft, in het kader van een openbare aanbesteding, de overheidsopdracht inzake de aanneming van werken bij wege van een promotieovereenkomst betreffende de oprichting en de financiering van het nieuwe provinciehuis voor de Provincie VLAAMS-BRABANT, toe te wijzen aan de NV KBC BANK - Aannemingsmaatschappij CFE alsmede, bij wege van gevolgtrekking, van het besluit van de verwerende partij waarbij zij beslist heeft de offerte van de NV KBC BANK - NV Aannemingsmaatschappij CFE regelmatig te verklaren en van het correlatief besluit waarbij zij beslist heeft de opdracht niet toe te wijzen aan verzoekende partijen";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de brief van 7 juni 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 13 juni 2000, om 9.30 uur;

Gezien het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. VAN HOUT, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaten D. D'HOOGE en B. SCHUTYSER, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat F. DE PRETER, die verschijnt voor de tussenkomenende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Gelet op het bij artikel 90, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vereiste advies;

Overwegende dat de NV KBC BANK en de NV CFE met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift hebben gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijken te halen uit de bestreden beslissingen en er belang bij hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Overwegende dat de feiten dienstig voor de beoordeling van de vordering tot schorsing de volgende zijn :

1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de overheidsopdracht voor aanne-
ming van werken onder vorm van een promotieovereenkomst voor de bouw en de financiering van een provinciehuis te Leuven. Deze opdracht wordt geregeld door het Bijzonder Bestek nr. NP 2000/promover/RR.

2. Op 1 maart 2000 blijken er zes inschrijvers een offerte te hebben ingediend, waaronder de verzoeken-
de partijen en de tussenkomende partijen.

3. Bij beslissing van de bestendige deputatie van 27 april 2000 worden drie inschrijvers niet geselecteerd. Wel geselecteerd worden onder meer de verzoekende partijen en de tussenkomende partijen. Hun offertes worden "aanvaard met het oog op de gunning". In zoverre deze beslissing de offerte van de tussenkomende partijen als regelmatig beschouwt, is zij het tweede voorwerp van de vordering.

4. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing, inge-

steld door de huidige verzoekende partijen, wordt door de Raad van State bij arrest nr. 87.504 van 24 mei 2000 verworpen omdat niet is voldaan aan de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid.

5. Bij beslissing van 31 mei 2000 - dit is de eerste bestreden beslissing - wordt de opdracht gegund aan de tussenkomenende partijen, op grond van een eind-rangschikking van de offertes. Daarin wordt de offerte van die partijen als laagste conforme offerte beschouwd (bouwkost zonder BTW : 1.114.936.621 frank en globale annuïteit : 65.800.854 frank). De verzoekende partijen worden als tweede gerangschikt (resp. 1.232.534.983 frank en 81.396.137 frank).

Voorts wordt het "bedrag van de annuïteit dat als bestelbedrag dient in acht (te worden) genomen", op 64.865.402 frank bepaald "volgens de als bijlage gevoegde 'Vergelijkende tabel-Bestelbedrag' (d.i. 'Vergelijkende tabel - Eindrangschikking' min de niet-gesignaleerde wijzigingen voor hoeveelheden in min)".

De beslissing van 31 mei 2000 luidt in haar artikel 1 als volgt :

"Artikel 1. De KBC Bank NV - Aannemingsmaatschappij CFE NV, Hermann-Debrouxlaan 40-42 te 1160 Brussel, wordt als promotor aangewezen voor de bouw en de financiering van een provinciehuis te Leuven ingevolge de procedure van openbare aanbesteding, dat beheerst wordt door het bijzonder bestek, met kenmerk NP2000/promover/RR en op basis van de offerte van betrokken inschrijver d.d. 1 maart 2000, voor het verbeterd bedrag van 64.865.402 fr. d.i. 1.607.971 euro, zijnde het bedrag van de tweede tot en met twintigste annuïteit als afgeleide van de beleggingswaarde en van de financieringsvoorwaarden, zoals aangegeven op het samenvattend prijzenborderel dat deel uitmaakt van het offerteformulier";

Overwegende dat luidens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij

uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen omtrent het nadeel betogen hetgeen volgt :

"Ten aanzien van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zelf dat voortvloeit uit het thans aangevochten toewijzingsbesluit zelf doen verzoekende partijen in de eerste plaats gelden dat de rechtspraak van uw Kamer aanvaardt dat het mogelijk verlies van een overheidsopdracht ipso facto als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is te beschouwen in hoofde van de uitgewonnen inschrijver, nadeel dat quasi onherstelbaar wordt indien het aangevochten besluit - zoals in het vooruitzicht gesteld - op 15 juni 2000 zou worden betekend.

Verzoekende partijen doen in de tweede plaats gelden dat de kwestieuze overheidsopdracht in hoofde van de betrokken aannemers enerzijds een belangrijk omzetcijfer vertegenwoordigt van meer dan 1 miljard BEF en de tewerkstelling van een equipe van ongeveer 100 personen wat vanzelfsprekend een belangrijk financieel en sociaal nadeel uitmaakt voor die verzoekende partijen en in hoofde van de betrokken bankinstelling een belangrijk financieringsproject vertegenwoordigt wat vanzelfsprekend ook een belangrijk financieel nadeel uitmaakt voor die verzoekende partij.

Verzoekende partijen doen in de derde plaats gelden dat de kwestieuze overheidsopdracht een belangrijke referentieopdracht is, wat een niet te versmaden voordeel uitmaakt in het kader van toekomstige opdrachten en meer bepaald van (beperkte) aanbestedingen en (beperkte) offerteaanvragen waar de ervaring in gelijksoortige werken als een kwalitatief selectiecriteria wordt opgenomen.

Verzoekende partijen doen in de vierde plaats gelden dat de kwestieuze overheidsopdracht ook een prestigieuze opdracht betreft, inzonderheid in hoofde van de eerste verzoekende partij t.a.v. de andere Belgische topbanken die in het kader van de betrokken promotieopdracht als financier mede een offerte hebben ingediend.

Verzoekende partijen doen in de vijfde plaats gelden dat zij in casu een herstel in natura nastreven eerder dan een louter herstel bij wege van schadevergoeding. Overeenkomstig de meest recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dienen de Lidstaten de doelstelling van de Europese Richtlijn 89/665 van de Raad der Europese Gemeenschappen d.d. 21 december 1989 te waarborgen nl. door het voorzien van een efficiënte en snelle rechtsbescherming ten opzichte van onwettige ééNZijdige toewijzingsbeslissingen en dit in een stadium waar de schendingen nog kunnen worden goedge maakt.

(cfr. H.v.J., 28 oktober 1999, inzake C-81/98, Alcatel Austria AG e.a.).

Enkel een schorsing van de tenuitvoerlegging van het gunningsbesluit in een vroeg stadium, d.w.z. vóór de totstandkoming van de overeenkomst of minstens toch vóór de daadwerkelijke uitvoering van de overeenkomst, zal dit herstel in natura nog mogelijk maken.

Op grond van voornoemde redenen en inzonderheid omwille van hun onderlinge samenhang moet (de dreiging van) het verlies van de kwestieuze overheidsopdracht door de toewijzing aan de N.V. KBC BANK - N.V. AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE beschouwd worden als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hoofde van verzoekende partijen";

Overwegende dat deze uiteenzetting overtuigt; dat met de verzoekende partijen moet worden aangenomen dat zij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging, alvast van de eerste bestreden beslissing, het geschetste nadeel zouden ondergaan, dat dit ernstig is en moeilijk te herstellen en dat het door de gevraagde schorsing zou worden geweerd; dat de verwerende partij het vervuld zijn van die voorwaarde niet betwist; dat de tussenkomende partijen tegenwerpen dat het vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet in hoofde van elk van de vier verzoekende partijen wordt aangetoond aangezien de nadeelsbeschrijving geen onderscheid maakt tussen die partijen; dat volgens de tussenkomende partijen daarbij vooral een differentiatie ontbreekt tussen de financiële partner enerzijds en de aannemers anderzijds; dat dergelijk onderscheid te dezen echter niet dienstig is; dat het in een schorsingsprocedure immers volstaat dat het nadeel in hoofde van één van de

verzoekende partijen aanwezig is en uit hetgeen hierboven wat het nadeel betreft is aanvaard, mag worden afgeleid dat dergelijk nadeel zeker aannemelijk is gemaakt wat betreft de verzoekende aannemersvennootschappen, zijnde de tweede, derde en vierde verzoekende partij; dat aldus aan de derde schorsingsvoorwaarde is voldaan;

Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat de toepassing van de procedure wegens uiterst dringende noodzakelijkheid het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State ernstig stoort en de rechten van de verdediging van de verwerende en de eventueel tussenkomenende partij aanzienlijk in het gedrang brengt; dat om die reden die procedure slechts mag worden aangewend in de enkele gevallen dat het spoedeisend karakter van de zaak, ofwel voor iedereen duidelijk is, ofwel door de verzoekende partij duidelijk wordt aangetoond aan de hand van precieze en concrete gegevens en voorts de verzoekende partij zelf met bekwame spoed haar vordering heeft ingesteld;

Overwegende dat te dezen de verzoekende partijen verklaren dat zij met een begeleidende brief gedateerd 31 mei 2000 het afschrift van de eerste bestreden beslissing op 5 juni 2000 hebben ontvangen; dat zij hun vordering reeds de dag daarop, dus zeker zo spoedig mogelijk, hebben verzonden bij aangetekende brief van 6 juni 2000; dat in de voormelde begeleidende brief, die ondertekend is door de provinciegriffier als waarnemend gouverneur, wordt gesteld dat, om een daadwerkelijke rechtsbescherming te garanderen en de gelegenheid te bieden alsnog rechtsmiddelen tegen het besluit aan te wenden, de bestendige deputatie de opdracht "behoudens het indienen van een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State, pas op 15 juni 2000 aan KBC-CFE zal betekenen"; dat, gelet op de in die

brief uitgedrukte intentie om op 15 juni 2000 de gunningsbeslissing te betekenen bij ontstentenis van een procedure ingesteld zoals de huidige procedure, een schorsing die zou worden uitgesproken op een gewone vordering tot schorsing te laat zou komen om het geschetste nadeel te weren; dat immers de gunningsbeslissing dan wellicht betekend zou zijn en de overeenkomst tot stand zou zijn gekomen, een nadeel dat de verzoekende partijen juist willen tegengaan met de huidige procedure en dat, zoals hierboven is gebleken, ernstig is en moeilijk te herstellen; dat het vereiste spoedeisend karakter van de zaak daarmee is aangetoond; dat de verwerende partij het vervuld zijn van die voorwaarde niet betwist; dat de tussenkommende partijen ten onrechte het tegendeel pogen af te leiden uit het voormelde arrest nr. 87.504 van 24 mei 2000 van de Raad van State; dat echter in dat arrest niets anders wordt gezegd dan dat de vordering waarop in dat arrest werd beschikt, niet voldoet aan de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid door het talmen van de verzoekende partijen; dat aldus aan de eerste schorsingsvoorwaarde is voldaan;

Overwegende dat deze laatste vaststelling geldt voor wat betreft de gunningsbeslissing - de eerste bestreden beslissing; dat daarentegen wat de derde bestreden beslissing betreft - de impliciete weigering om de opdracht toe te wijzen aan de verzoekende partijen - deze laatste niet aantonen op welke wijze het geschetste nadeel enkel kan worden tegengegaan in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat dit nadeel immers in essentie kan worden herleid tot de totstandkoming van de overeenkomst tussen de verwerende partij en de tussenkommende partijen en het daardoor verhinderen van de uitvoering in natura van de opdracht door de verzoekende partijen; dat dit nadeel reeds door de schorsing van de gunningsbeslissing wordt geweerd; dat aldus de hiernavolgende bespreking van de

tweede schorsingsvoorwaarde enkel nog de eerste bestreden beslissing betreft;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen in een eerste middel onder meer betogen hetgeen volgt :

"a) Uiteenzetting van het middel

Het middel is - met miskenning van artikel 24 § 1 van het Bijzonder Bestek nr. NP2000/promover/RR (DEEL I : ALGEMENE ADMINISTRATIEVE EN CONTRACTUELE CLAUSULES), inzonderheid van de voorschriften m.b.t. de 'Referentierentevoet voor de tranches 2, 3 en 4' en m.b.t. de 'Contractuele rentevoet voor de tranches 2, 3 en 4' en met miskenning van de samenvattende prijzenborderel op het vlak van de opgelegde OLO-referentierentevoet uitgedrukt in % en van de contractuele rentevoet - afgeleid uit de schending van artikel 110 § 2, eerste lid juncto, artikel 89 van het KB d.d. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (...)

Doordat met het aangevochten besluit de offerte van de NV KBC BANK - NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE, die nochtans afwijkt van essentiële besteksbepalingen en inzonderheid m.b.t. de in het middel aangehaalde voorschriften inzake de OLO-referentierentevoet, de toepasselijke marge boven of onder voornoemde OLO-referentierentevoet en de contractuele rentevoet, (...) toch als regelmatig wordt beschouwd en de kwestieuze overheidsopdracht aldus wordt toegewezen aan een inschrijver die een onregelmatige offerte heeft ingediend. (...)"

dat de verzoekende partijen dit middel nader toelichten als volgt :

"b) Toelichting bij het middel

Verzoekende partijen veroorloven het zich vooreerst Hoofdstuk V - GUNNINGSCRITERIA van het Bijzonder Bestek in herinnering te brengen dat als volgt luidt :

'(...) De Provincie kan de opdracht enkel toewijzen aan de laagste regelatige inschrijver. Voor het bepalen van de laagste prijs wordt rekening gehouden met het volgende criterium : het bedrag van de annuïteit geldt als afgeleide van de beleggingswaarde en van de financieringsvoorwaarden zoals aangegeven in het inschrijvingsformulier als bijlage (...).'

Terzake doen verzoekende partijen gelden dat aldus het offerteformulier en de samenvattende prijzenborderel, dat trouwens onlosmakelijk deel uitmaakt van het offerteformulier, uiteindelijk determinerend zijn voor het vaststellen van het bedrag van de annuïteit, dat als enig gunningscriterium geldt.
(cfr. bijlage 4/b)
(cfr. bijlage 5)

De berekening van deze annuïteit heeft als grondslag de zgn. 'CONTRACTUELE RENTEVOET TWEEDE T.E.M. TWINTIGSTE', welke rentevoet zelf de resultante is van een optelsom tussen enerzijds de zgn. 'OLO-REFERENTIEVOET (Actual/Actual) VOOR BEREKENING TWEEDE T.E.M. TWINTIGSTE ANNUÏTEIT - waarvan het %, nl. 5,75 % uitdrukkelijk werd opgelegd voor de invulling van de offerte - en anderzijds een in % uit te drukken (...) zgn. 'TOEPASSELIJKE MARGE BOVEN OF ONDER OLO-REFERENTIERENTEVOET'.

Welnu, uit het aangevochten besluit blijkt dat de NV KBC BANK - NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE in haar samenvattende prijzenborderel het op te geven % voor de kwestieuze TOEPASSELIJKE MARGE BOVEN OF ONDER OLO-REFERENTIERENTEVOET heeft aangevuld met een toelichting waardoor het opgegeven % uiteindelijk in werkelijkheid niet meer blijkt te zijn dan de benaderende en vlottende resultante van een formule die zelf gedeeltelijk berust op een 'inschatting'.

(...)

Ingevolge de door de NV KBC BANK - NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE ingevoerde formule wordt de in het Bijzonder Bestek en in de samenvattende prijzenborderel gevraagde vaste marge gewijzigd in een variabele marge en wordt bovendien de opgelegde OLO-referentievoet geëlimineerd, wordt de elementaire grondslag van de contractuele rentevoet terzijde geschoven en elke objectieve vergelijking tussen de offertes onmogelijk gemaakt.

Het is inderdaad zo dat volgens het Bijzonder Bestek én de samenvattende prijzenborderel de CONTRACTUELE RENTEVOET (als berekeningsbasis van de annuïteit) gelijk is aan de OLO-REFERENTIERENTEVOET + of - % MARGE.

Contractuele Rentevoet = OLO + of - % marge

Vermits voor de indiening van de offerte de OLO-referentievoet werd 'vastgelegd' is het aldus aan de hand van de door de inschrijvers op te geven vaste marge eenvoudig te bepalen wie op basis van de contractuele rentevoet de laagste (regelmatige) offerte heeft ingediend.

Daarentegen wordt de CONTRACTUELE RENTEVOET in de offerte van de NV KBC BANK - NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE als volgt bepaald :

$$\begin{aligned}\text{Contractuele rentevoet} &= \text{OLO} + 0,20\% + (\text{IRS} - \text{OLO}) \\ &= \text{OLO} + 0,20\% + \text{IRS} - \text{OLO} \\ &= \text{IRS} + 0,20\%\end{aligned}$$

Tenslotte moet ook vastgesteld worden dat de kwestieuze marge(s) van de NV KBC BANK - NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE in werkelijkheid niet werd(en) uitdrukt in een % -met name de door de verwerende partij voorgehouden 0,30 %- maar wel als een totale variabele marge die gevormd wordt door '(...) 0,20 % + verschil tussen IRS en OLO op het ogenblik van rentefixing die op dit ogenblik wordt ingeschat op 0,10 % (...)', wat dus niet gelijkstaat met 0,30 % en wat aldus geenszins beantwoordt aan het voorschrift van de samenvattende prijzenborderel inzake TOEPASSELIJKE MARGE BOVEN OF ONDER OLO-REFERENTIERENTEVOET 'uitgedrukt in %'";

Overwegende dat de verwerende partij tegen dit middel inbrengt dat het bestek, voor wat betreft de wijze waarop de annuïteiten berekend worden, aan de inschrijvers een grote vrijheid laat en toestaat dat bij die berekening verschillende referentierentevoeten of marges worden betrokken, dat het loutere feit dat een marge wordt toegepast die gedeeltelijk variabel is geen afbreuk doet aan het feit dat de contracuele rentevoet op regelmatige wijze werd vastgesteld; dat de verwerende partij in ondergeschikte orde stelt dat, indien toch sprake zou zijn van een onregelmatigheid, het een relatieve onregelmatigheid is omdat zij niet tot gevolg heeft dat de inschrijvingen niet langer vergelijkbaar zijn en de rangschikking er evenmin door wordt aangetast; dat zij dit laatste poogt aan te tonen door een extrapolatie waaruit moet blijken dat ongeacht de door de inschrijvers toegepaste rentevoet de annuïteit die af te leiden is uit de offerte van de tussenkomende partijen nog steeds de laagste is;

Overwegende dat de tussenkomende partijen betogen dat het middel wegens zijn techniciteit niet meer dienstig in een schorsingsprocedure kan worden ingeroepen, dat variabele marges toegestaan zijn door het bestek, dat de verwerende partij, geplaatst voor een onduidelijkheid in haar bestek, het begrip "marge" heeft geïnterpreteerd volgens de civielrechtelijke regels, in het licht van de andere bepalingen van het bestek

(artikel 1161 BW) en opdat deze enige zin dienen te hebben (artikel 1157 BW), dat zij aldus het begrip heeft uitgelegd in het licht van de elders in het bestek voorkomende meervoudsvormen "referentievoeten en marges"; dat de tussenkomende partijen voorts betogen dat de formulering van de contractuele intrestvoet enkel op het inschrijvingsbiljet moest worden ingeschreven als "OLO + marge", hetgeen is gebeurd, dat hun "marge" nog is gerelateerd aan OLO zodat dus ook de contractuele intrestvoet aan OLO is gerelateerd en ten slotte dat de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang komt omdat kan worden berekend welke promotor de voordeligste inschrijving heeft gedaan;

Overwegende dat tussen partijen geen betwisting lijkt te bestaan over het feit dat "OLO" staat voor "obligations linéaires - lineaire obligaties" en "IRS" voor "intrest rate swap";

Overwegende dat de voor het huidige geding dienstige voorschriften van het bestek te vinden zijn in Deel I ervan, en luiden als volgt :

"Hoofdstuk I

(...)

Artikel 3 -

De opdracht wordt gegund bij middel van een openbare aanbesteding overeenkomstig de artikelen 14 en volgende van de Wet Overheidsopdrachten.

(...)

Hoofdstuk II

(...)

Artikel 11 -

(...)

2. De betalingswijze en de formule voor de herziening van de annuïteiten zullen gebeuren conform de modaliteiten beschreven in artikel 24 hierna.

(...)

Artikel 24 -

(...)

Referentievoet voor de tranches 2,3 en 4

De referentievoet is gerelateerd aan de Belgische OLO-markt (basis Actual/Actual) voor looptijden van 1,3,4 of 5 jaren. De fixing van de rentevoeten van elke afzonderlijke tranche zal twee bankwerkdagen voor het begin van elke renteperiode bepaald worden op basis van de noteringen op Reuterpagina 'SRF/OLOYIELD' om 16 uur (of een equivalent pagina indien de voorgestelde pagina komt te vervallen) voor de corresponderende looptijd (sectie Yield Curve Linear Bonds op de betrokken pagina).

Contractuele rentevoet tranches 2,3 en 4

De contractuele rentevoet is gelijk aan de bovenvermelde referentierentievoet, verlaagd of verhoogd met de in de offerte vermelde marge. De toepasselijke dagbasis is Actual/Actual.

(...)

HOOFDSTUK V - GUNNINGSCRITERIA

De Provincie kan de opdracht enkel toewijzen aan de laagste regelmatige inschrijver.

Voor het bepalen van de laagste prijs wordt rekening gehouden met het volgende criterium :

het bedrag van de annuïteit als afgeleide van de beleggingswaarde en van de financieringsvoorwaarden, zoals aangegeven in het inschrijvingsformulier als bijlage.";

Overwegende dat in het offerteformulier van de tussenkomende partijen onder de rubriek "contractuele rentevoet tweede t.e.m. twintigste annuïteit vanaf de datum van voorlopige oplevering conform hoofdstuk II van het bestek" vermeld staat :

"in cijferschrift 6,05 %

in letterschrift : (zes, en vijfhondersten %);

dat voorts in het "samenvattend prijzenborderel" dat deel uitmaakt van het offerteformulier vermeld is :

"OLO-REFERENTIERENTEVOET (Actual/Actual)(...) 5,75 %
TOEPASSELIJKE MARGE BOVEN OF ONDER
OLO-REFERENTIERENTEVOET uitgedrukt in % 0,30 %(x)";

dat daarnaast bij een (x) is getypt "marge bestaat uit 0,20 % + verschil tussen IRS en OLO op het ogenblik van rentefixing die op dit ogenblik wordt ingeschat op 0,10 %";

Overwegende dat op die wijze de tussenkomende partijen zijn afgeweken van de besteksvoorwaarden, nu zij, door de gevraagde marge -op de wijze voorgerekend in het middel- te relateren aan de IRS, de relatie met de OLO-rentevoet lijken te hebben verbroken; dat de tussenkomende partijen, door aldus te handelen, een op eigen keuze en inschatting gesteund onzeker element -namelijk het fluctuerend verschil tussen de IRS en de OLO-rentevoet- lijken te hebben ingebracht en zodoende de vergelijkbaarheid van de offertes ernstig hebben bemoeilijkt, zoniet onmogelijk gemaakt; dat het bestek te dezen overigens een openbare aanbesteding regelt en dat een dergelijke procedure specifiek veronderstelt dat uit een vergelijking een "laagste" inschrijvingsprijs kan blijken die niet afhangt van nadere invulling door een inschrijver; dat, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende en de tussenkomende partijen aanvoeren, de regels die de opdracht beheersen aldus niet lijken te moeten worden geïnterpreteerd alsof zij toestaan dat de beoogde marge anders dan op de wijze van een vast percentage kon worden bepaald;

Overwegende dat krachtens artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare

werken, elke offerte nietig is bij afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89 van hetzelfde besluit; dat luidens het derde lid van laatstgenoemd artikel "prijzen" essentiële voorwaarden van de opdracht zijn; dat te dezen de in het geding zijnde afwijking van de besteksbepalingen de rentevoet lijkt te betreffen, en bijgevolg een essentieel element van de annuïteit die het criterium is voor de laagste prijs; dat de afwijking bijgevolg in de huidige stand van de procedure geacht moet worden onder de toepassing te vallen van de voormelde artikelen 89 en 110; dat bijgevolg de offerte van de tussenkomenende partijen nietig lijkt en niet als regelmatig had mogen worden aangemerkt; dat in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, die nietigheid niet relatief is; dat zij de vergelijkbaarheid van de offertes wel degelijk lijkt te verhinderen aangezien een zelf gekozen en daarenboven onzeker element in een van de offertes geen nadere vergelijking mogelijk lijkt te maken, zeker zoals te dezen, binnen een openbare aanbesteding met de prijs als enig toewijzingscriterium; dat het middel ernstig is; dat ook aan de tweede schorsingsvoorwaarde is voldaan;

Overwegende dat, wat de eerste bestreden beslissing betreft, voldaan is aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen; dat voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer de tweede bestreden beslissing die als voorbereidende beslissing door dezelfde onregelmatigheid lijkt te zijn aangetast als de eerste bestreden beslissing, mede in haar tenuitvoerlegging wordt geschorst,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- de beslissing van 31 mei 2000 van de bestendige deputatie van de provincieraad van VLAAMS-BRABANT waarbij de KBC Bank NV-Aannemingsmaatschappij CFE NV als promotor worden aangewezen voor de bouw en de financiering van een provinciehuis te Leuven.
- de beslissing van 27 april 2000 van diezelfde deputatie in zoverre de offerte van de KBC Bank NV-Aannemingsmaatschappij CFE NV wordt aanvaard met het oog op de gunning.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op tienduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partijen, ieder voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op vijftien juni 2000, door de
XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,
	W. GEURTS,	toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

W. GEURTS.

D. VERBIEST.