

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 97.249 van 29 juni 2001
in de zaak A. 51.176/XII-1945.**

In zake : de NV AMANO BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. GHYSELS en P. FLAMEY,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Aarlenstraat 25

tegen :

de stad ANTWERPEN.

tussenkommende partij :

de BVBA INTERNATIONAL PROJECTS
INCORPORATION,
gevestigd te ANTWERPEN,
Kipdorpvest 40-42.

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 AMANO BELGIUM op 16 april 1993 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing d.d. 21 januari 1993 van het schepencollege van de stad Antwerpen om de aanneming voor het leasen van parkeerautomaten met bijhorende leveringen en diensten op het grondgebied van de stad Antwerpen, overeenkomstig het bestek nr. 2765 A0 bis, te gunnen aan de B.V.B.A. I.P.I. International Projects Inc., (...) te Antwerpen, op basis van de in het bestek vastgestelde gunningscriteria tegen 360.648.048 B.F., inclusief B.T.W.";

Gelet op het arrest nr. 43.307 van 15 juni 1993 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 5 mei 1993;

Gelet op de beschikking van 22 juni 1993 die de tussenkomst van de BVBA INTERNATIONAL PROJECTS INCORPORATION toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 20 april 1999 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 3 mei 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 mei 2001;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. KNAEPEN, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat J. DERIDDER, die loco advocaat Chr. COEN, verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor het leasen van parkeer-automaten met bijhorende leveringen en diensten op het grondgebied van de stad Antwerpen.

1.2. Het toepasselijke bestek nr. 2765 A.O. bis bepaalt als voorwerp van de aanneming :

"Het leasen, gedurende een periode van minimum tien jaar, van parkeerautomaten, te plaatsen op het grondgebied van de stad Antwerpen, inbegrepen het verlenen van bijhorende werken, leveringen en diensten :

1) De automaten zijn voorzien van :

- een geld- en een betaalkaartontvanginrichting;
- een inrichting die de gebruiker de keuzemogelijkheid geeft tussen 3 tarieven, tot bij gunning tarief 1, 2 en 3 genoemd;
- een ticketafleverend mechanisme;
- de geldende tarieven, de toegestane parkeerduur, de periode van verplicht betalend parkeren; de programmatie van de betaalkaart, alsook andere variabele parameters zullen bij bestelling aan de aannemer medegedeeld worden;

2) het plaatsen en het in bedrijf stellen van de automaten inbegrepen het aansluiten, indien noodzakelijk, op het elektriciteitsnet;

3) het innen van de gelden, vernieuwen van de rollen tickets, inbegrepen het leveren en onderhouden van de daartoe noodzakelijke apparatuur;

4) het preventief en curatief onderhoud van de parkeerautomaten;

5) het leveren van betaalkaarten (chipkaarten);

6) bij beëindiging van het contract : het verwijderen van de parkeerautomaten en het herstellen van het wegdek;

7) alle bijkomende diensten en/of leveringen, nodig voor een goede uitvoering van de aanneming,..."

1.3. Uit het proces-verbaal van opening van de inschrijvingen van 3 september 1992 blijkt dat er zeven inschrijvingen zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij met een inschrijvingsbedrag van 400.555.700 frank en die van de tussenkomende partij met een inschrijvingsbedrag van 301.827.655 frank, telkens exclusief BTW.

1.4. Het departement voor werken onderzoekt de inschrijvingen en stelt in een nota van 13 november 1992 voor de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij.

1.5. Het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij besluit op 26 november 1992 "de aanneming (...) te gunnen" aan de tussenkomende partij.

1.6. De verzoekende partij vraagt met een brief van 2 december 1992 aan het college de gemotiveerde beslissing.

1.7. Bij brief van 9 december 1992 zendt het college het dossier aan de provinciegouverneur.

1.8. Bij aangetekende brief van 22 december 1992 tekent de verzoekende partij bij de gouverneur bezwaar aan tegen het toewijzingsbesluit van 26 november 1992.

1.9. Met een brief van 6 januari 1993 stelt de verwerende partij de verzoekende partij ervan in kennis dat de opdracht aan een andere inschrijver is toegewezen.

1.10. Bij schrijven van 6 januari 1993 deelt de gouverneur aan de verwerende partij mede dat het

toewijzingsbesluit van 26 november 1992 niet kan worden bijgetreden aangezien het niet voldoet aan de motiveringsvereisten gesteld voor een dergelijke beslissing. De gouverneur vraagt om het voormelde besluit in te trekken en na een nieuw administratief onderzoek een behoorlijk gemotiveerd en rechtsgeldig toewijzingsbesluit te treffen en hem dit vóór 20 januari 1993 toe te zenden teneinde een schorsing te voorkomen.

1.11. Een nieuw onderzoek wordt ingesteld en een nieuwe nota met datum 20 januari 1993 wordt aan het college gericht, met opnieuw een voorstel van toewijzing aan de tussenkomende partij.

1.12. Op 21 januari 1993 besluit het college de beslissing van 26 november 1992 in te trekken en de opdracht te gunnen, opnieuw aan de tussenkomende partij.

Die beslissing wordt aan de gouverneur bezorgd met een brief van 26 januari 1993.

1.13. Bij brief van 28 januari 1993 deelt de gouverneur mede dat akte genomen werd van het collegebesluit van 21 januari 1993 inzake de intrekking en van het "omstandig gemotiveerde nieuwe" collegebesluit van dezelfde datum inzake de toewijzing dat vanwege de gouverneur geen aanleiding tot opmerkingen geeft.

1.14. Bij brief van 28 januari 1993 deelt de gouverneur aan de verzoekende partij mede dat na een nieuw onderzoek het schepencollege in zijn zitting van 21 januari 1993 besloten heeft de opdracht toe te wijzen aan de BVBA INTERNATIONAL PROJECTS INCORPORATION te Antwerpen, dat het nieuwe toewijzingsbesluit behoorlijk is gemotiveerd, dat hij

dan ook besloten heeft om akte te nemen van dat collegebesluit en dat hij het dossier als afgehandeld beschouwt.

1.15. Met een brief van 15 februari 1993 deelt het college aan de zes andere inschrijvers mede dat hun offerte niet in aanmerking werd genomen.

1.16. Met een aangetekende brief van 22 februari 1993 betekent de verwerende partij aan de tussenkomende partij de goedkeuring van haar inschrijving voor 301.827.655 frank + 58.856.393 frank BTW.

1.17. Met een brief van 19 maart 1993 wordt aan de tussenkomende partij het bevel betekend om de werken aan te vatten op 1 april 1993.

1.18. Bij brief van 8 april 1993 vraagt de verzoekende partij aan het college haar een afschrift van de nieuwe gemotiveerde beslissing te bezorgen. Bij brief van 9 april 1993 wordt de verzoekende partij die beslissing toegezonden;

2. Over de ontvankelijkheid.

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord excepties opwerpt betreffende de ontvankelijkheid van het verzoekschrift waaraan zij ter zitting echter verzaakt; dat zij dienvolgens onbesproken kunnen blijven;

3. Over de gegrondheid.

Overwegende dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift vier middelen aanbrengt en in haar memorie van wederantwoord een vijfde en een zesde middel;

3.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van

"de Europese Richtlijn 77/62/EEG, zoals gewijzigd door de Europese Richtlijn 88/295/EEG en van het koninklijk besluit van 8 december 1988 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten van leveringen in het raam van de Europese Gemeenschappen, zoals gewijzigd bij ministerieel besluit van 17 december 1991, onder meer de artikelen 1 tweede lid en 4",

doordat

"in werkelijkheid het opdrachtgevend bestuur de aanneming heeft toegewezen op grond van de vermeend goedkoopste prijs, als ging het om een aanbesteding, zoals dit blijkt uit de telefonische mededeling vanwege het Stadsbestuur, waarnaar verwezen in de brief dd. 22 december 1992 van beroepster aan de Goeverneur en waarvan sprake in het krantenbericht dd. 8 januari 1993 : 'IPI was bij de algemene offerteaanvraag de goedkoopste kandidaat met een bod van iets meer dan 360 miljoen F. Voor dat bedrag zorgt de onderneming via een leasingformule tien jaar lang voor de installatie en werking van 381 parkeer-automaten. Bij de algemene offerteaanvraag moest echter niet alleen rekening worden gehouden met de prijs, maar golden ook financiële draagkracht, kwaliteit van de levering, soepelheid van beheer, gebruiksvriendelijkheid en enkele andere criteria'"

terwijl,

"krachtens de in het middel vermelde wetsbepalingen de aanneming slechts mag toegewezen worden aan die offerte die het voordeligst is, rekening houdend met de in de wetsartikelen aangehaalde gunningscriteria, zodat niet noodzakelijk de vermeend goedkoopste offerte ipso facto de voordeligste is, zonder uitdrukkelijke afweging van alle andere gunningscriteria";

dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord vraagt om de bevoegde schepen terzake als getuige op te roepen en voorts het middel zoekt te ondersteunen door verwijzing naar hetgeen is gesteld in een technische nota van 18 december 1992 en in de brief van 6 januari 1993 van de provinciegouverneur aan het college;

3.1.2. Overwegende dat een beweerde telefonische mededeling en een krantenbericht, bij gebrek aan stukken in het administratief dossier die de inhoud daarvan bevestigen, op zichzelf niet vermogen feitelijke grondslag te geven aan een middel; dat voorts de bedenkingen over de aanwending van het prijscriterium in de voormelde nota en brief betrekking lijken te hebben op de ingetrokken toewijzingsbeslissing; dat dienvolgens ook niet wordt ingegaan op de vraag om de voormelde schepen te horen; dat het middel niet gegrond is;

3.2. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen

"en van de motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, en uit schending van artikel 44 derde lid van het K.B. van 22 april 1977, en uit schending van de in het eerste middel aangehaalde Europese Richtlijn en het uitvoeringsbesluit";

dat zij daarbij vijf onderdelen ontwikkelt;

3.2.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij de voornoemde bepalingen vooreerst geschonden acht doordat

"zelfs indien het opdrachtgevend bestuur wel degelijk niet enkel rekening zou gehouden hebben

met de prijs, dit bestuur op geen enkele wijze heeft aangegeven waarom het gunningscriterium van de prijs klaarblijkelijk de doorslag heeft gegeven boven de andere gunningscriteria,

terwijl, het opdrachtgevend bestuur bij de globale beoordeling dient uit te leggen waarom de andere gunningscriteria niet opwegen tegen de prijs,

en terwijl, beroepster voor het eerste criterium (technische waarde van de toestellen), het tweede criterium (technische waarde van de parkeerkaarten) en het vijfde criterium (financiële draagkracht) als evenwaardig met de uitgekozen aannemer wordt getaxeerd in de gunningsbeslissing, en voor het vijfde criterium (verwerking van de gegevens) zelfs als superieur wordt getaxeerd, zodat het opdrachtgevend bestuur had dienen uit te leggen om welke reden de beweerde gunstigere prijs van de uitgekozen aannemer wel zou kunnen opwegen tegen de offerte van beroepster, die met betrekking tot de service (70 % van de aanneming) absoluut boven elke andere inschrijving staat, zodat eens te meer blijkt uit de interne nota DW/DG/W/4025/12 dd. 9 november 1992 :

'De demonstratie van de firma Amano over de administratieve afhandeling van de documenten en van de coderingsmogelijkheden van de chipkaarten, getuigde van kennis van de te verwachten afhandelingsprocedures, waardering die geen enkele andere inschrijver te beurt viel'';

3.2.1.2. Overwegende dat de verzoekende partij in dit onderdeel van het middel er blijkbaar van uitgaat dat het gunningscriterium van de prijs in vergelijking met de andere gunningscriteria doorslaggevend is geweest; dat zulks echter niet kan worden afgeleid uit de bestreden beslissing waarin het administratief verslag van onderzoek van de offertes is overgenomen; dat daarin immers uitdrukkelijk wordt aangegeven dat er "in het bestek niet vermeld (werd) dat de gunningscriteria in een volgorde van afdalend belang werden gerangschikt" en uit de bespreking per criterium nergens blijkt dat aan één of ander criterium en meer bepaald dat van de prijs, doorslaggevend belang zou zijn gehecht; dat integendeel uit de bespreking en waardering van de offertes blijkt dat de gekozen offerte niet alleen op grond van het

prijscriterium als de voordeligste werd ingeschat; dat de toetsing aan de zes criteria immers onder meer in de volgende beoordelingen resulteert :

1° de offerte van de tussenkomende partij wordt als eerste gerangschikt wat betreft twee gunnings-criteria :

- de gebruiksvriendelijkheid (het derde criterium);
- de prijs (het vierde criterium);

wat de gebruiksvriendelijkheid betreft wordt het toestel, voorgesteld door de tussenkomende partij, het meest geschikt genoemd naar de gebruikers toe wegens de voorstelling van de instructies (compactheid, eenvoud en kleuren) en het toestel van de verzoekende partij wordt het minst gebruiksvriendelijk genoemd wegens de onduidelijkheid van de voornoemde instructies, "vooral door het gebruik van twee displays die diagonaal volledig van elkaar verwijderd zijn"; wat de prijs betreft wordt uitgegaan van een prijs BTW inbegrepen van 360.684.048 frank voor de tussenkomende partij en 478.687.062 frank voor de verzoekende partij die daarmee als vijfde wordt gerangschikt;

2° alle offertes worden gelijkwaardig beschouwd wat betreft

- de kwalitatieve en technische waarde van de voorgestelde toestellen (eerste criterium);
- de kwalitatieve en technische waarde van de voorgestelde parkeerkaarten, alsook de wijze van programmatie (tweede criterium);
- de financiële en economische draagkracht van de aannemer (zesde criterium);

3° wat betreft de verwerking van de gegevens (vorderingstaat, afrekeningsnota, onderhouds- en uitbatingsprotocol)(vijfde criterium) wordt de offerte

van de tussenkomen de partij als gelijkwaardig beoordeeld met alle andere offertes, uitgezonderd deze van de verzoekende partij, die als de "meest interessante aanbieding" wordt aangemerkt;

Overwegende dat aldus dient te worden vastgesteld dat, in zoverre de offertes van de de verzoekende en de tussenkomen de partij niet gelijkwaardig werden bevonden, de offerte van de tussenkomen de partij op twee criteria (prijs en gebruiksvriendelijkheid) manifest beter uit de vergelijking kwam dan deze van de verzoekende partij die op één criterium (verwerking van gegevens) de hoogste waardering kreeg; dat dienvolgens niet met de verzoekende partij kan worden meegegaan, waar zij uit de in het middel geschonden geachte motiveringsverplichting afleidt dat te dezen een reden zou moeten bestaan en uitdrukkelijk zou moeten worden aangegeven waarom het gunningscriterium van de prijs de doorslag zou hebben gegeven tegenover het criterium van de verwerking van de gegevens, nu die prijs duidelijk niet het enige doorslaggevende criterium was op grond waarvan de offerte van de tussenkomen de partij werd gekozen; dat het onderdeel van het middel feitelijke grondslag mist;

3.2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in het tweede onderdeel van het middel de daarin vermelde bepalingen geschonden acht doordat :

"in de gunningsbeslissing op het enige onderdeel waar beroepster zogenaamd zwak zou scoren (criterium 3 - gebruiksvriendelijkheid), nergens wordt aangeduid om welke preciese reden het toestel van beroepster wel minder gebruiksvriendelijk zou zijn dan het toestel van de uitgekozen aannemer, behalve de nietszeggende bewering : 'de voorstelling van de instructies (compactheid, eenvoud en kleuren) is onduidelijk naar de gebruikers toe, vooral door het gebruik van

2 displays welke diagonaal volledig van elkaar verwijderd zijn',

terwijl, het opdrachtgevend bestuur met betrekking tot het uitgekozen toestel (Schlumberger) op grond van overweging 'gelet op de voorstelling van de instructies (compactheid, eenvoud en kleuren) is het toestel het meest geschikt naar de gebruikers toe' had dienen uit leggen waarom in concreto het toestel van de uitgekozen aannemer wel het meest geschikt zou zijn naar de gebruikers toe,

en terwijl, het niet volstaat de offerte van de uitgekozen aannemer te toetsen aan het criterium van de gebruiksvriendelijkheid door bij wijze van cirkelredenering te beweren dat het in die offerte voorgesteld toestel gebruiksvriendelijk is, doch het opdrachtgevend bestuur integendeel had dienen uit leggen op welke wijze de gebruiksvriendelijkheid van de voorgestelde toestellen werd getest en onderling vergeleken, met andere woorden aan de hand van welke criteria de gebruiksvriendelijkheid precies werd nagegaan,

en terwijl, daarbij nog in rekening dient gebracht te worden dat het lastenboek uitdrukkelijk aan de inschrijvers heeft opgelegd te werken met displays (punt 1.1.10 van hoofdstuk III - technische bepalingen van het bestek), zodat het zogenaamd verwijt dat beroepster een toestel heeft voorgesteld met 2 displays geen afdoende motivering vormt om de offerte op dit punt als minder gebruiksvriendelijk te weren, a fortiori wanneer uit de gunningsbeslissing nergens blijkt op welke wijze het toestel van beroepster vergeleken wordt met het toestel van de uitgekozen aannemer;

en terwijl, integendeel beroepster als enige beschikt over een display waarop verschillende talen kunnen opgeroepen worden, zoals vereist in het lastenboek, en zoals terecht onderlijnd in de interne nota dd. 9 november 1992, blz. 2 in fine onder punt 3. - gebruiksvriendelijkheid, zodat de gunningsbeslissing, door daarover het stilzwijgen te bewaren, gebrekkig is gemotiveerd";

3.2.2.2. Overwegende dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat het criterium van de gebruiksvriendelijkheid het "enige onderdeel" zou zijn "waar beroepster zogenaamd zwak zou scoren"; dat die stellingname echter niet met de gegevens van het dossier strookt, nu ook wat betreft het criterium van de prijs de verzoekende partij slechts als vijfde werd gerangschikt; dat aldus de grieven van de verzoekende

partij wat betreft de concrete toetsing aan het criterium van de gebruiksvriendelijkheid niet zodanig decisief zijn als zij het wil laten voorkomen; dat het bestuur alvast niet kan worden aangewreven dat het, door te wijzen op de aanwezigheid van twee schermen, niet zou hebben voldaan aan de materiële of formele motiveringsplicht; dat voorts de verzoekende partij ten onrechte stelt dat punt 1.1.10. van hoofdstuk III van het bestek uitdrukkelijk voorschreef te werken met "displays"; dat immers in die bepaling enkel is vermeld : "achter een kijkglas is een display of gelijkwaardig aangebracht"; dat uit een dergelijke bepaling niet kan worden afgeleid dat het gebruik van meer dan één scherm verplicht werd gesteld; dat de verzoekende partij ten slotte gewag maakt van de mogelijkheid van haar toestel om verschillende talen op te roepen "zoals vereist in het lastenboek"; dat echter in tegenstelling tot hetgeen zij klaarblijkelijk suggereert, een dergelijke vereiste in het bestek niet kan worden teruggevonden; dat het middel in dit onderdeel niet gegrond is;

3.2.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in het derde onderdeel van het middel de daarin vermelde bepalingen geschonden acht doordat,

"de gunningsbeslissing niet ingaat op de offerte die beroepster bij wijze van suggestie had ingediend, namelijk om in te staan voor de verdeling van de betaalkaarten zonder enige vorm van meerkost, op grond van de overweging dat 'met deze suggestie geen rekening kan worden gehouden, omdat nergens in het bestek hieromtrent melding wordt gemaakt, omdat in het bestek enkel prijs werd gevraagd voor de levering van betaalkaarten, omdat het bestuur zelf wenst in te staan voor de verdeling van de betaalkaarten en omdat het niet relevant is om na het indienen van de inschrijvingen aan de overige inschrijvers te vragen of zij deze service eveneens gratis willen verlenen',

terwijl, naar luidt van artikel 44 derde lid van het K.B. van 22 april 1977 het opdrachtgevend

bestuur verplicht rekening dient te houden met de in de offerte gedane suggesties, voor zover het bestek dit niet verbiedt,

en terwijl, het tot het wezen zelf behoort van een offerte dat de inschrijver in zijn offerte suggesties kan doen, voor zover niet uitdrukkelijk verboden, precies omdat het opdrachtgevend bestuur, bij de principiële keuze om over te gaan tot het organiseren van een offerte, ervan uitgaat dat de techniciteit van de aanneming veronderstelt dat niet enkel de prijs telt, doch eveneens een aantal andere gunningscriteria, die vooral slaan op de technische waarde van de aanneming, in casu, van zowel de toestellen als het verlenen van de nodige service gedurende een langdurige periode van 10 jaar,

en terwijl, het bestuur helemaal niet verplicht is om in geval suggesties, voorgesteld door één inschrijver, aan de andere inschrijvers te vragen of zij eveneens bereid zijn de zelfde suggestie te doen, zodat de beslissing van het opdrachtgevend bestuur, om geen kennis te willen nemen van voormelde suggestie van beroepster op grond van voormelde drogredenen, de motivering van de gunningsbeslissing ook op dit punt gebrekkig maakt, namelijk waar het op aan komt na te gaan of in de hypothese voorzien in de suggestie, de offerte van de uitgekozen aannemer nog wel steeds de beste prijs zou gehaald hebben, a fortiori wanneer beroepster, daarmee gecombineerd, bovendien bereid was een korting van 350 F per toestel en per maand aan te rekenen, voor het geval meer dan 50 % van de geldinkomsten afkomstig zou zijn van betalingen via betaalkaarten";

3.2.3.2. Overwegende dat te dezen inderdaad door de inschrijvers suggesties mochten worden gedaan; dat zulks echter niet betekent dat de verwerende partij ook verplicht was om op die suggesties in te gaan; dat de verwerende partij haar keuze voor het weren van de suggestie van de verzoekende partij zelfs uitdrukkelijk heeft gemotiveerd, in essentie "doordat het bestuur zelf wenst in te staan voor de verdeling van de betaalkaarten"; dat voorts in de bestreden beslissing wel degelijk een berekening voorkomt van de prijs van de verzoekende partij na aftrek van de bedoelde korting; dat daarbij wel wordt vermeld dat "er aan getwijfeld kan worden" dat de voorwaarde voor

de korting zich ooit zal realiseren; dat die prijs, BTW inbegrepen, dan nog 459.541.672 frank blijkt te bedragen en dus nog ruim boven die van de offerte van de tussenkomen partij blijft zodat de verzoekende partij niet kan worden gevolgd in haar conclusie dat de motivering van de bestreden beslissing op het besproken punt gebrekkig is; dat het middel in het onderdeel niet gegrond is;

3.2.4.1. Overwegende dat de verzoekende partij in het vierde onderdeel van het middel de formele motiveringsverplichting geschonden acht

"doordat, (...) de bestreden gunningsbeslissing begint met de verwijzing naar een interne nota onder de verwijzing : 'gelet op het verslag dd. 20 januari 1993, nr. DW/W/4025/13, uitgaande van het departement voor werken, waarin de offerten als volgt worden beoordeeld' : '(...)', zonder dat uit de lezing van de gunningsbeslissing kan duidelijk worden gemaakt waar de verwijzing naar voormelde interne nota eindigt en de eigen beoordeling door het opdrachtgevend bestuur zelf begint,

terwijl, het vereiste van de afdoende motivering veronderstelt dat in de akte zelf de juridische en de feitelijke overwegingen besloten moeten liggen, die van aard zijn om de beslissing te schragen, dit wil zeggen dat in het corpus zelf van de beslissing (zie M.O. van 28 oktober 1991, B.S., 5 november 1991) moet worden duidelijk gemaakt in welke mate het bestuur zich bepaalde bevindingen van door haar geraadpleegde technici eigen maakt of in welke mate het bestuur daarvan wenst af te wijken en om welke specifieke, op de zaak zelf toegespitste gegevens, redenen, zodat de beslissing tot gunnen, die geen enkel onderscheid maakt tussen het advies van technici op grond van een interne nota en de eigen beoordeling door het opdrachtgevend bestuur zelf, op gebrekkige wijze is gemotiveerd";

3.2.4.2. Overwegende dat niet kan worden ingezien hoe in de bestreden beslissing de formele motiveringsverplichting niet zou zijn nagekomen; dat immers in een overweging die aanvangt met de zinsnede "gelet op het verslag van 20 januari 1993, nr. DW/W/4025/13/hm

uitgaande van het departement voor werken, waarin de offerten als volgt worden beoordeeld : (...) ", het voorstel van gemotiveerde beslissing van twintig bladzijden opgesteld door hoofdingenieur-directeur L. TAEYMANS integraal wordt overgenomen; dat er aldus te dezen geen onduidelijkheid bestaat over het feit dat het college van burgemeester en schepenen steunende op de bespreking van de gunningscriteria, zich de conclusie van het voornoemde verslag dat "het beste voorstel (is) ingediend" door de tussenkomenende partij, tot de zijne heeft gemaakt; dat dienvolgens het middel in dit onderdeel niet gegrond is;

3.2.5.1. Overwegende dat de verzoekende partij in het vijfde onderdeel van het middel de daarin vermelde bepalingen geschonden weet doordat

"de bestreden gunningsbeslissing zich vergenoegt met de weergave, bij wijze van loutere verwijzing naar een interne nota, van een overzicht van de verschillende offertes (sub A. Algemene inlichtingen omtrent de inschrijvers en hun offertes), een bespreking van de offertes volgens de gunningscriteria (sub B.) en een overzicht van de inschrijvers per gunningscriterium (sub 'Conclusies'),

terwijl, het opdrachtgevend bestuur diende te motiveren waarom de door haar uitgekozen aannemer de in de ogen van het bestuur meest voordelige offerte zou hebben ingediend, hetgeen veronderstelt dat de algemene rangschikking onder de inschrijvers had dienen opgesteld te worden, rekening houden(d) met alle gunningscriteria, zodat het uitsluitend opstellen van een rangschikking per gunningscriterium, zonder algemene rangschikking, een vertekend beeld geeft, dat een verificatie a posteriori met betrekking tot de vraag wie de voordeligste offerte heeft ingediend, onmogelijk maakt,

en terwijl, het opdrachtgevend bestuur een algemene rangschikking had dienen op te stellen, rekening houdend met de volgorde van de gunningscriteria zoals bepaald in het lastenboek, zodat de loutere opsomming in de gunningsbeslissing van de rangschikking der inschrijvers per gunningscriterium nog geen uitsluitsel geeft omtrent de algemene rangschikking, precies omdat een algemene rangschikking, en alleen dergelijke

rangschikking, rekening had kunnen houden met de onderlinge waardering of weging van de gunningscriteria";

3.2.5.2. Overwegende dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat het opdrachtgevend bestuur tot een algemene rangschikking had dienen over te gaan, rekening houdend met de "volgorde" van de gunningscriteria en hun "onderlinge waardering of weging"; dat vooreerst moet worden onderzocht of dit standpunt in rechte kan worden aanvaard; dat krachtens het te dezen toepasselijke artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van de gunningscriteria die zij in het bestek vermeldt, "zo mogelijk" in volgorde van afnemend belang en waarbij "in voorkomend geval die volgorde in het bestek wordt vermeld"; dat te dezen hoofdstuk I, artikel 10, van het bestek luidt als volgt :

"ART. 10. GUNNINGSCRITERIA

Bij toepassing van artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, zal deze offerteaanvraag beoordeeld worden volgens de hiernavermelde criteria :

- 1° de kwalitatieve en technische waarde van de voorgestelde toestellen;
- 2° de kwalitatieve en technische waarde van de voorgestelde betaalkaarten alsook de wijze van programmatie;
- 3° de gebruiksvriendelijkheid;
- 4° de prijs;
- 5° de verwerking van de gegevens (vorderingsstaat, afrekeningsnota, onderhouds- en uitbatings-protocol, e.a.);
- 6° de financiële en economische draagkracht van de aannemer";

dat in die bestekbepaling niet uitdrukkelijk wordt gesteld dat de criteria in volgorde van afnemend belang zijn gerangschikt zodat met toepassing van het voormelde artikel 44 de criteria als gelijkwaardig

dienen te worden beschouwd; dat aldus de verwerende partij in de bestreden beslissing uitdrukkelijk en terecht in haar "CONCLUSIES" herhaalt dat "in het bestek niet (werd) vermeld dat de gunningscriteria in een volgorde van afdalend belan(g) werden gerangschikt"; dat zij bijgevolg door in die conclusies een overzicht van de inschrijvingen te geven en hun waardering per gunningscriterium, heeft voldaan aan de bepalingen van artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en artikel 10 van het bestek; dat zij er niet toe gehouden was een algemene rangschikking op te maken die was afgeleid uit een toetsing aan die criteria waarbij een uitdrukkelijke weging of rangschikking van die criteria in rekening zou zijn gebracht, in voorkomend geval volgens hun numerieke volgorde in het bestek, zoals de verzoekende partij in de laatste memorie betoogt; dat het middel ook in dit onderdeel niet gegrond is; dat dienvolgens het middel in zijn geheel niet gegrond is;

3.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij een derde middel afleidt

"uit schending van de redelijkheid- en de zorgvuldigheidsplicht, uit schending van de verplichting van behoorlijk bestuur om zich te onthouden van elke verschalking van het gewekt vertrouwen en uit schending van artikel 44, tweede lid van het K.B. van 22 april 1977, en uit schending van het algemeen beginsel van de gelijkheid zoals vervat in de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, en uit schending van de in het eerste middel aangehaalde Europese Richtlijn en het uitvoeringsbesluit,

doordat, de bestreden gunningsbeslissing in de zogenaamde 'eindconclusie' ervan uitgaat dat 'er in het bestek niet werd vermeld dat de gunningscriteria in een volgorde van afdalend belang werden gerangschikt',

terwijl, uit het in het middel aangehaald wetsartikel en uit de aldaar aangehaalde beginselen van behoorlijk bestuur blijkt dat het bestek de

gunningscriteria vermeldt in volgorde van afnemend belang, zoniet in de volgorde zoals uitdrukkelijk gespecificeerd in het bestek zelf,

en terwijl, in het bestek de rechtmatige indruk werd gewekt dat de gunningscriteria onderling in een orde van afnemend belang, en dus onderling niet gelijkwaardig, zouden opgenomen zijn, zodat strijdig is met de in het middel aangegeven wetsartikel en de aldaar aangehaalde beginselen van behoorlijk bestuur, de beslissing tot gunning, waarbij in de zogenaamde 'eindconclusie' wordt beweerd dat de gunningscriteria onderling gelijkwaardig zouden zijn, om op die wijze op artificiële wijze een groter onderling belang te hechten aan het criterium van de prijs, in plaats van de vierde plaats die het gunningscriterium in het bestek slechts bekleedt;

en terwijl, de voorzichtigheid, de redelijkheid en het beginsel van de gelijke kansen gebieden dat de opdrachtgevende overheid van bij het begin, dit wil zeggen in het lastenboek zelf, elke mogelijkheid tot gerede twijfel omtrent de onderlinge waarde van de gunningscriteria had dienen uit te sluiten op gevaar af de inschrijver in de waan te laten omtrent de wijze waarop de overheid de offertes zal beoordelen,

en terwijl, dergelijke ondubbelzinnige waardering van de gunningscriteria in het lastenboek voor de inschrijver van determinerend belang is om op voorhand te weten waaraan de overheid in het bijzonder belang hecht en waaraan minder belang wordt gehecht, teneinde zijn offerte toe te spitsen op de door de overheid verwachte kwaliteiten (FORTPIED, J., Les critères du choix de l'adjudication sur appel d'offres, Adm. Pub., 1983, 266 e.v.),";

3.3.2. Overwegende dat hierboven bij de bespreking van het derde middel is vastgesteld dat de bedoelde gunningscriteria gelijkwaardig zijn aangezien zij in het bestek niet zijn vermeld in volgorde van afnemend belang; dat het bestek niet onrechtmatig is doordat daarin die criteria niet uitdrukkelijk in een volgorde van afnemend belang zijn gerangschikt; dat, nu het uitgangspunt van de verzoekende partij niet wordt aanvaard, tevens niet is aangetoond dat en op welke wijze de in het middel vermelde bepalingen en beginselen zouden zijn geschonden;

Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord de Raad van State verzoekt een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof te stellen over artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten "mocht (de) Raad van oordeel zijn dat voormelde rechtsonzekerheid, namelijk de mogelijkheid tot twijfel omtrent de onderlinge waardeverhouding der gunningscriteria, eerder het gevolg is van de tekst van de wet, die het bestuur niet zou verplichten de weging uitdrukkelijk te specificeren";

Overwegende dat het bedoelde artikel 14 van de wet zoals van toepassing op de litigieuze opdracht bepaalt hetgeen volgt :

"De bevoegde overheid kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend met haar bedrag, haar aanwendingskosten, haar technische waarde, de zekerheid van bevoorrading, de beroeps- en financiële waarborgen geboden door elk der kandidaten, de uitvoerings-termijn en alle andere overwegingen voorzien in het bestek of de offerteaanvraag alsmede met alle in de offerte gedane suggesties, tenzij in het bijzonder bestek anders is bepaald";

dat de Raad van State in deze wetsbepaling niet de door de verzoekende partij aangevoerde "rechtsonzekerheid" ziet; dat het de verzoekende partij is die - overigens, zoals hierboven door de Raad is vastgesteld, ten onrechte - in haar middel van rechtsonzekerheid gewag maakt, maar die vermeende rechtsonzekerheid dan in elk geval aan de uitvoeringsbepaling van artikel 44 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 zou moeten worden toegeschreven en niet aan de voormelde wetsbepaling; dat aldus de voorwaarde waarvan de verzoekende partij haar verzoek tot prejudiciële vraagstelling afhankelijk heeft gemaakt, niet is vervuld; dat het middel als niet gegrond moet

worden aangemerkt zonder dat eerst een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof moet worden gesteld;

3.4.1. Overwegende dat de verzoekende partij het vierde middel afleidt uit de schending van

"de rechtens vereiste feitelijk grondslag, en uit schending van de wet van 29 juli 1991 en de motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, uit schending van artikel 44, 7de lid van het K.B. van 22 april 1977 en uit schending van de in het eerste middel aangehaalde Europese Richtlijn en het uitvoeringsbesluit, doordat, de bestreden gunningsbeslissing, wat het criterium 'financiële draagkracht' betreft, beweert dat de offerte van de uitgekozen aannemer op dit punt gelijkwaardig zou zijn aan beroepster, terwijl, in werkelijkheid is gebleken dat de firma I.P.I. heeft ingeschreven met een startkapitaal van 750.000 F, waarvan slechts 250.000 F was volstort, dat de firma geen enkel personeel bezit, alhoewel het inzetten van personeel uit de aard der zaak van cruciaal belang is voor de goede uitvoering van de aanneming, wat de service over tien jaar betreft, dat de firma na het afsluiten van de inschrijvingen een kapitaalverhoging tot 10.000.000 frank zou hebben doorgevoerd volgens de termen van de gunningsbeslissing, die nauwelijks voldoende is om de waarborg te betalen die gevraagd wordt in het bestek aan 25.000 F per automaat (X 381 = 9.225.000 F - zie art. 12 - hoofdstuk II-Bijzondere administratieve voorschriften), dat de firma niet is ingeschreven bij de R.S.Z. (zie het verslag dd. 20 januari 1993 nr. DW/W/4025/13), ook al beweert het opdrachtgevend bestuur in fine van haar gunningsbeslissing dat 'de firma in orde blijkt met haar aangiften aan de R.S.Z.', wat dit ook moge betekenen, in het licht van het door I.P.I. nog aan te werven personeel, zodat het in strijd met de werkelijke gegevens van het dossier is te beweren dat de financiële draagkracht van I.P.I. gelijkwaardig zou zijn aan beroepster, en de bestreden beslissing op dit punt berust op een onjuiste feitelijke grondslag, en bijgevolg gebrekkig gemotiveerd is";

3.4.2. Overwegende dat de stedelijke dienst "Inspectie en rationalisatie" in een nota van 2 oktober 1992 tot het besluit komt dat er geen voldoende redenen aanwezig zijn om welke inschrijver

dan ook uit te sluiten; dat weliswaar de verzoekende partij volgens de voormelde dienst over een financiële borgstelling van de Europese moedermaatschappij NV AMANO ELECTRONICS EUROPE beschikt; dat de tussenkomende partij echter eveneens een borgstelling blijkt te genieten van de constructeur van de door haar voorgestelde toestellen SCHLUMBERGER; dat dit laatste in de bestreden beslissing is vermeld; dat daarin ook wordt verwezen naar de kapitaalverhoging tot 10 miljoen frank die de tussenkomende partij heeft doorgevoerd; dat het kapitaal van de verzoekende partij 8 miljoen frank blijkt te bedragen; dat het dienvolgens niet als een ondeugdelijk motief kan worden aangemerkt, de beide betrokken inschrijvers als gelijkwaardig te beschouwen wat betreft hun financiële draagkracht;

Overwegende, wat de RSZ-verplichtingen betreft, dat de verzoekende partij niet verduidelijkt op welke wijze het feit dat de tussenkomende partij in orde is met de RSZ-verplichtingen te dezen zou moeten leiden tot een toetsing in het kader van de financiële draagkracht en zelfs tot een negatieve beïnvloeding van de klassering van de tussenkomende partij voor dat criterium en bij gebreke daarvan, de bestreden beslissing door een motiveringsgebrek zou zijn aangetast; dat het middel in zijn geheel niet gegrond is;

3.5.1. Overwegende dat de verzoekende partij en dit in haar memorie van wederantwoord een vijfde middel aanvoert, genomen

"uit de schending van artikel 14 van de wet van 14 juli 1976, uit schending van de artikelen 15 §3 en 44 van het K.B. van 22 april 1977, uit schending van artikel 6 van de algemene administratieve voorschriften van het bestek nr. 2765 A.O. bis, doordat, bij de offerte I.P.I. noch bij de indiening van de offerte, noch voor de opening van

de inschrijvingen, een attest was gevoegd van de rijksdienst voor sociale zekerheid, nu dit attest slechts blijkt gedateerd te zijn op 7 januari 1993, hetzij ruimschoots na de opening der inschrijvingen op 3 september 1992,

terwijl, opdat een offerte als regelmatig kan beschouwd worden, de offerte dient te voldoen aan de voorschriften zoals bepaald in het bijzonder lastenboek en in de reglementaire bepalingen betreffende de verplichte vermeldingen van de inschrijving, zodat, door hieraan niet te voldoen, de inschrijving van I.P.I. als onregelmatig diende beschouwd te worden door het bestuur en het bestuur, door de inschrijving toch als regelmatig te behandelen en de opdracht aan deze inschrijver te gunnen, de in het middel aangevoerde wettelijke en reglementaire bepalingen heeft geschonden";

3.5.2. Overwegende dat vooreerst niet wordt betwist dat bij haar inschrijving de tussenkomende partij geen personeel tewerkstelde dat onderworpen is aan de RSZ-wetgeving zodat het in het middel bedoelde artikel 15, § 3, niet van toepassing was; dat deze bepaling immers het attest enkel voorschrijft voor inschrijvers die dergelijk personeel tewerkstellen; dat voorts krachtens artikel 15, § 5, van het meervermelde koninklijk besluit van 22 april 1977, indien het bedoelde RSZ-attest niet bij de inschrijving is gevoegd of niet voor de opening van de inschrijving toekomt, het bestuur met alle middelen inlichtingen kan inwinnen nopens de toestand ten aanzien van de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen en de inschrijving als regelmatig wordt beschouwd indien uit die inlichtingen blijkt dat aan de voorschriften van de RSZ-regelgeving is voldaan; dat aldus niet is aangetoond dat, nu zelfs het bedoelde attest aanwezig was, de bestreden toewijzingsbeslissing is genomen in strijd met de in het middel geschonden geachte wettelijke en reglementaire bepalingen;

3.6.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord een zesde middel aanvoert, genomen

"uit de schending van het beginsel van de gelijkheid en uit schending van artikel 44 vijfde lid van het K.B. van 22 april 1977,

doordat, het opdrachtgevend bestuur rekening heeft gehouden met een kapitaalverhoging die de B.V.B.A. I.P.I. heeft doorgevoerd op 15 januari 1993 met volstorting van het kapitaal op 18 januari 1993,

terwijl, het opdrachtgevend bestuur na de opening der inschrijvingen slechts in contact treedt met de kandidaten indien zij de inhoud van hun offerte ofwel moeten preciseren, ofwel moeten aanvullen, zonder evenwel wezenlijke veranderingen aan te brengen die een weerslag kunnen hebben op de beoordeling van de offerte op grond van de gunningscriteria, in casu meer bepaald het zesde criterium, betreffende de financiële draagkracht, zodat het opdrachtgevend bestuur, door één van de inschrijvers na de opening der inschrijvingen toe te laten haar financiële structuur aanmerkelijk aan te passen door middel van kapitaalverhoging van 750.000 Fr. naar 10.000.000 Fr., op onwettige wijze in contact is getreden met één van de inschrijvers, waardoor de gelijkheid van de behandeling der inschrijvers dermate in het gedrang kwam dat I.P.I. eensklaps op gelijke voet werd geplaatst met beroepster wat de financiële draagkracht, betreft, en waardoor aldus de in het middel aangevoerde reglementaire voorschriften en algemene beginsel van behoorlijk bestuur werden geschonden";

3.6.2. Overwegende dat artikel 44, vijfde lid, van het meervermelde koninklijk besluit van 22 april 1977 bepaalt hetgeen volgt :

"In elk geval treedt het bestuur slechts in contact met de kandidaten indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen";

Overwegende dat te dezen het voornoemde eerste toewijzingsbesluit van 26 november 1992 aanleiding heeft gegeven tot opmerkingen van de provinciegouverneur in zijn brief van 6 januari 1993; dat hij er onder meer op wees dat het criterium van de

financiële en economische draagkracht een geschiktheids- en geen gunningscriterium was op grond waarvan inschrijvers kunnen geweerd worden en dat dit criterium, noch als geschiktheids-, noch als gunningscriterium, ernstig was onderzocht en geëvalueerd; dat hij verzocht om de intrekking van de voormelde beslissing en een nieuw administratief onderzoek eiste; dat dienvolgens de verwerende partij een dergelijk onderzoek instelde en aan bepaalde inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, bijkomende vragen werden gesteld met een faxbericht van 13 januari 1993; dat de verzoekende partij antwoordde op 14 januari 1993; dat in het dossier geen faxbericht te vinden is aan de tussenkomende partij; dat deze bij brief van 18 januari 1993 blijkbaar uit eigen initiatief meedeelde aan het college van burgemeester en schepenen hetgeen volgt :

"in overleg met de bedrijfsrevisor en gelet op de definitieve toewijzing voor het contract -leasen van parkeerautomaten- zal ik kortelings mijn bestaande vennootschap verstevigen teneinde uitvoering van het contract te kunnen waarborgen. Ik heb inmiddels reeds het kapitaal verhoogd tot 10.000.000 frank en eerstdaags zal ..notaris ROCHTUS de BVBA omvormen tot NV";

dat op 15 januari 1993 de voormelde kapitaalsverhoging werd doorgevoerd; dat de verwerende partij in het onderzoek van de offertes nota genomen heeft van die kapitaalsverhoging; dat aldus uit het dossier geenszins blijkt hetgeen de verzoekende partij in het middel stelt namelijk dat de verwerende partij "op onwettige wijze in contact is getreden met een van de inschrijvers", en, doelende op de tussenkomende partij die "toe te laten haar financiële structuur aanmerkelijk aan te passen door middel van kapitaalverhoging"; dat dienvolgens geen schending is bewezen van het aangehaalde artikel 44 noch van het gelijkheidsbeginsel; dat het middel niet gegrond is;

Overwegende dat geen enkel van de middelen
gegrond is en de vordering dienvolgens dient te worden
afgewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op
vierduizend frank, komen ten laste van de verzoekende
partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op
drieduizend frank, komen ten laste van de tussen-
komende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op negenentwintig juni 2001, door de
XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.