RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 160.979 van 5 juli 2006
in de zaak A. 112.098/XII-3322.

In zake : de CV TRIANGLE PROMOTION,
die woonplaats kiest bij
advocaten E. Van Der Mussele en Y. Vanden Bosch,
kantoor houdende te Antwerpen,
Justitiestraat 18 A

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

tussenkomende partij :

de BVBA AC BILLBOARD,
die woonplaats kiest bij
advocaten W. Gonthier en D. Dhaenens,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 12, bus 13.

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 CV Triangle Promotion op 29 oktober 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegen en Verkeer Antwerpen, vermoedelijk van 10.07.2001 waarbij [...] gunning wordt verleend aan AC Billboards voor het leveren en plaatsen van culturele caritatieve godsdienstige sportieve en recreatieve borden in het district Antwerpen”; en van “de stilzwijgende weigeringsbeslissing van dezelfde datum waarbij de gunning niet is verleend aan CV Triangle Promotions”;

Gelet op het arrest nr. 102.779 van 22 januari 2002 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 4 maart 2002 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 9 april 2002;

Gelet op de beschikking van 29 april 2002 die de tussenkomst van de BVBA AC Billboard toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 1 september 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 30 januari 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 21 februari 2006;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. Van Der Mussele, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat V. Petitat, die loco advocaat K. Ronse verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat R. Vermeulen, die verschijnt voor de tussenkomende 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. De gegevens van de zaak.

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

1.1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 22 september 2000 publiceert de verwerende partij een oproep tot kandidaten voor de bezetting van het openbaar domein voor het leveren en plaatsen van culturele, caritatieve, godsdienstige, sportieve en recreatieve borden in het district Antwerpen.

1.2. In artikel 2 van het bestek -"Overeenkomst" genoemd- wordt artikel 17 § 3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing verklaard.

1.3. Volgens artikel 5 bedraagt de duur van de opdracht vijf jaar.

1.4. In artikel 6 worden de gunningscriteria bepaald als volgt :

> "1. de veiligheid bij plaatsen en vervanging van affiches, het uitzicht en de integratie van het meubilair in het stadsbeeld alsmede de uniformiteit van stijlen van de verschillende elementen, de vergoeding die voor het uithangen van boodschappen wordt gevraagd, de keuze van de locaties, de harmonie van het concept, de vormgeving, de gebruikte materialen, de kwaliteit en de zorgvuldigheid, de termijn waarbinnen de op [sic] : 60 punten;
> 2. de aangeboden financiële compensaties voor het privatief gebruik van het openbaar domein in de vorm van een vast jaarlijkse geïndexeerde vergoeding : 40 punten".

1.5. Drie kandidaten hebben ingeschreven : de verzoekende partij, de tussenkomende partij en AD&AL.

1.6. Op 14 december 2000 wordt de kandidaten gevraagd mede te delen welke vergoeding zou aangerekend worden voor afficheren aan de klant en binnen welke termijn kon overgegaan worden tot eventuele opstelling. Nadruk wordt gelegd op het feit dat de overeenkomst enkel geldt voor culturele reclame en dat geen affiches mogen geplaatst worden voor andere reclamevoering.

1.7. Op 13 maart 2001 wordt medegedeeld dat de verwerende partij zelf een opmeting had gedaan van de gewestwegen waar slechts 50 km/uur is toegelaten, welke gedeelten in aanmerking komen voor eventuele plaatsing, worden nieuwe voorstellen gevraagd en wordt beklemtoond de voorstellen maximaal te beperken, in de zin van reductie van het aantal voorgestelde borden.

1.8. Op 10 juli 2001 beslissen de bevoegde ambtenaren de "overeenkomst te gunnen aan de meest regelmatige inschrijver AC Billboard". Die beslissing luidt als volgt :

> "Gemotiveerde beslissing.
> Overeenkomst betreffende de bezetting van het openbaar domein van de Vlaamse Gemeenschap voor het leveren en plaatsen van culturele, caritatieve, godsdienstige, sportieve en recreatieve borden in het district Antwerpen

A. Om de overdaad aan culturele informatieborden op het openbaar domein langs de N-wegen in de provincie Antwerpen tegen te gaan, werd beslist om op het grondgebied van de Stad Antwerpen een piloot project te maken om onder bepaalde omstandigheden culturele activiteiten aan te kondigen. [...]

B. De drie aanvaarde kandidaten werden vergeleken aan de hand van de in het bestek opgenomen gunningscriteria, nl.

1. financiële compensaties (40 punten)
2. uitzicht en integratie in stadsbeeld + kwaliteit)
3. vergoeding voor uithangen door derden)
4. keuze van locaties) (60 punten)
5. aard van de affiches)
6. aantal)
7. verbod publiciteit aan verlichtingspalen)
8. beperking op wegen 50 km/uur)

Betreffende de beoordeling van de gunningscriteria werd een beroep gedaan op ir. P. Debaere, afdelingshoofd (LIN) Ivo Van Tricht (LIN), ir. Wilfried Terrijn (Afdeling Overheidsopdrachten), Geert Decorte (Afdeling Juridische Dienstverlening) en Schepen Eric Antonis (Stad Antwerpen).

Samen kwamen wij tot volgende conclusies :

1. de inschrijvingsprijzen liggen dicht bij elkaar voor Billboard en Triangle, 2 firma's die reeds ruime ervaring hebben, maar AD&AL is praktisch 3-maal hoger. Deze firma heeft echter tot op heden weinig of geen praktische ervaring met deze reclamevoering. Louter financiëel gezien geeft dit volgend resultaat :
   Resultaat : 1. AD&AL (met bedenkingen)
   2. Billboard AC (hoger dan 3)
   3. Triangle Promotion
2. AC Billboard heeft borden type Total Design, gedeponeerd bij Benelux-Modellenbank in Den Haag onder nummer 67018-01/03.
   Vervangt met nieuw type gedeponeerd bij Benelux Bureau onder nummer 77945-00
   AD&AL beschikt over geen enkel bord. Schaalmodel is in meer dan één opzicht copie van Total Design (octrooirecht?)
   Triangle heeft type Mo-Bill aan verlichtingspalen (verboden!)
   Nieuw type Mo-Bill op staander aangepast aan Decaux-dragers.
   Voorkeur Stad Antwerpen gaat naar Total-Design borden omdat deze ook reeds op de stadswegen geïmplementeerd zijn.
   Resultaat : 1. AC Billboard
   2. Triangle Promotion
   3. AD&AL (wegens geen borden + eventueel octrooi)
3. Na vergelijking van de vergoedingen die derden moeten betalen om te mogen afficheren, is Triangle best geklasseerd, voor Billboard en AD&AL. Het verschil is echter beperkt wegens nog kortingen van Billboard.
   Resultaat : 1. Triangle Promotion
   2. Billboard
   3. AD&AL
4. AC Billboard kiest 230 lokaties, enkel op wegen 50km/uur. AD&AL 424 borden, tot zelfs buiten het district Antwerpen en niet beperkt op wegen maximum 50km/uur. Triangle 140 borden eveneens niet beperkt maximum 50 km/uur, 50km/uur is nochtans besteksvoorwaarden.
   Na laatste aanmaning op 13/03/01 vanwege de Vlaamse Gemeenschap, waarin sterk aangedrongen wordt op maximale beperking van het aantal borden, geeft volgende resultaten : AC Billboard vermindert aantal tot 100 borden, AD&AL vermeerdert nog tot 537 borden, Triangle eveneens tot ca 200 borden. Enkel Billboard gehoorzaamt dus aan onze oproep.

De overige 2 inschrijvers beperken zich nu ook tot wegen maximum 50km/uur.
Resultaat : 1. AC Billboard
2. Triangle Promotion
3. AD&AL

5. AD&AL beperkt zich momenteel tot kleinere affiches in cafe's, op Belgacom-kasten enz. Verklaart echter dat zal voldaan worden aan het bestek. AC Billboard houdt zich aan affichage die ieders goedkeuring wegdraagt.
Triangle Promotion verklaart in zijn brief van 29/12/2000 dat zijn aangekondigde evenementen steeds socio-cultureel zijn, inbegrepen beurzen. Hij verwijst hierbij o.a. naar Computerbeurs, Platen en CD beurs, Rommelant ed.
Alle beoordelers zijn echter van oordeel dat beurzen niet kunnen geduld worden. Het is een zeer bedenkelijke vorm van culturele reclamevoering, daar talrijke affiches dienaangaande attent maken op de mogelijkheid tot kopen op beurzen. Die wordt afgekeurd.
Resultaat : 1. Billboard AC
2. AD&AL
3. Triangle Promotion.
6. Zoals reeds uiteengezet onder punt 2) is enkel AC Billboard genegen om aan sanering te doen.
Resultaat : 1. AC Billboard
2. Triangle Promotion
3. AD&AL
7. Enkel Triangle Promotion pleit nog voor borden aan verlichtingspalen, ondanks verbod in het bestek.
Wil zich echter neerleggen en stelt nieuw Mo-Bill type voor dat echter de goedkeuring van de Stad Antwerpen niet wegdraagt :
Resultaat : alle inschrijvers voldoen, bezwaar Stad Antwerpen type Mo-Bill
8. In eerste instantie is enkel AC Billboard bereid om zich te houden aan N-wegen maximum 50km/uur. Na laatste aanmaning vanwege de Vlaamse Gemeenschap geven beide andere inschrijvers ook toe.
Resultaat : alle inschrijvers voldoen.

C. Als we de resultaten van de gunningscriteria overlopen, komt men tot volgende conclusie : AD&AL scoort het beste qua financiële vergoeding (zij het met bedenkingen), voor het overige is het de minst aangewezen inschrijver voor punten 2, 3, 4 en 6. Voor punt 5 is de firma als 2^{de} gerangschikt.
- Triangle Promotion scoort het beste voor punt 3 (gevraagde vergoeding aan derden), is het laagst gerangschikt voor punt 1 en 5, is 2^{de} geplaatst voor punten 2, 4 en 6
- AC Billboard is de hoogst gerangschikte bieder voor punten 2, 4, 5 en 6. Is daarenboven beter gerangschikt voor punt 1 (financiële vergoeding) dan Triangle Promotion en is de 2^{de} gerangschikt voor punt 3.
- Voor de punten 7 en 8 voldoen uiteindelijk alle inschrijvers.
Rekening houdend met de totale beoordeling nl.
1. AC Billboard $4x1^{ste}$, $2x2^{de}$
2. Triangle Promotion $1x1^{ste}$, $3x2^{de,}$ $2x3^{de}$
3. AD&AL $1x1^{ste}$, $1x2^{de,}$ $4x3^{de}$

Wordt in algemene samenspraak met voornoemde beoordelers de overeenkomst gegund aan de meest regelmatige inschrijver AC Billboard".

1.9. Met een brief van 10 juli 2001 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat haar inschrijving niet werd "weerhouden".

1.10. De verzoekende partij vraagt bij brief van 3 augustus 2001 mededeling van de motieven. De raadsman van de verzoekende partij neemt die in ontvangst op 31 augustus 2001;

2. De ontvankelijkheid.

Overwegende dat in het auditoraatsverslag het beroep niet ontvankelijk wordt geacht in zoverre het is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen; dat de verzoekende partij geen laatste memorie indiende en ter terechtzitting verklaart dat zij zich in het auditoraatsverslag kan vinden; dat uit deze omstandigheden moet worden afgeleid dat de verzoekende partij geen belangstelling meer toont voor het beroep in zoverre het de voormelde impliciete weigeringsbeslissing betreft en dat zij aldus geen belang meer heeft bij dat onderdeel van het beroep;

3.De gegrondheid.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar derde middel onder meer betoogt hetgeen volgt :

> "De gunningscriteria '5.aard van de affiches, 6.aantal, 7.verbod publiciteit aan verlichtingspalen, 8.beperking op wegen 50km/u' zijn geen criteria die werden voorzien als gunningscriteria in art. 6 van de aanbesteding, en toch kent men al of niet punten toe op die basis;
> In feite gaat het om toevoeging van criteria die NIET waren voorzien als criterium;
> [...]
> - Het gunningscriterium veiligheid bij plaatsing en vervanging en kuisen van affiches is niet in de beoordeling betrokken, alhoewel voorzien in de aanbesteding;
> [...]
> - De gunningscriteria; 'harmonie van het concept, de vormgeving, de gebruikte materialen, (kwaliteit) en zorgvuldigheid, de termijn waarbinnen', zijn 5 criteria die apart werden vermeld in de aanbestedingsvoorwaarden en die niet terugkomen in de 'gemotiveerde beslissing';
> [...]
> - Het gunningscriterium harmonie wordt ten onrechte afgesplitst van het criterium 'zorgvuldigheid' zoals voorzien in de aanbesteding, en ten onrechte toegevoegd aan het criterium 'uitzicht en integratie in het stadsbeeld' in de beoordeling;
> [...]

dat zij in deze grieven de schending ziet van de beginselen van de gelijkheid der inschrijvers en van het respect voor de eigen bestekregels;

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord tegenwerpt hetgeen volgt :

"De redactie van het bestek had misschien iets duidelijker kunnen gebeuren doch er blijkt duidelijk dat alle later gehanteerde criteria werden vooropgesteld.

Zij zijn te vinden onder de titel 'wijze van gunning' en onder de 'technische bepalingen'.

De inschrijvers wisten ter dege welke elementen verwacht werden en hadden zich te conformeren aan de besteksvereisten.

De toepassing ervan op de inschrijvingen gebeurde voor alle gegadigden op dezelfde wijze.

Wat de aard van de affiches, het verbod publiciteit aan verlichtingspalen en de beperking op de wegen tot 50 km/uur betreft, blijken dat deze allemaal terug te vinden zijn in de besteksbepalingen.

'Publiciteit op wegen van meer dan 50 km/uur verboden' werd vereist overeenkomstig punt 5 van de technische bepalingen.

Overeenkomstig punt 1.1. van de technische bepalingen moeten de affiches geplaatst worden op informatieborden en dus niet op verlichtingspalen. Punt 1.3. voegt er aan toe de Vlaamse Gemeenschap het uitsluitend de recht geeft aan de vergunninghouder de door hem geleverde en geplaatste informatieborden te gebruiken...

Punt 2. van de technische bepalingen geeft het aantal te installeren informatieborden weer...

Tenslotte kan opgemerkt worden dat wat de aard van de affiches betreft de Vlaamse Gemeenschap van oordeel was dat nu gevraagd werd borden te leveren voor culturele, caritatieve godsdienstige, sportieve en recreatieve activiteiten, beurzen daar niet onder vallen.

Verzoekster toont niet aan waarin de niet-goedgekeurde activiteiten zouden indruisen tegen de in het middel ingeroepen bepalingen.";

Overwegende dat de tussenkomende partij zich aansluit bij de argumentatie van de verwerende partij en voorts stelt hetgeen volgt :

"Alle finaal gehanteerde criteria zijn terug te vinden onder de titel 'Wijze van Gunning' en onder de 'Technische Bepalingen'.

De toepassing van deze criteria gebeurde op identieke wijze voor alle inschrijvingen.

Verzoekende partij voldeed op manifeste wijze niet aan een aantal criteria.

Verzoekende partij heeft de affichage voor louter commerciële activiteiten (beurzen) niet uitgesloten.

Wat de aard van de affichage betreft, werd door de tegenpartij hoofdzakelijk cultureel, alleszins niet louter commerciële affichage, beoogd.

Voorts voldeed verzoekende partij evenmin aan de technische bepalingen, vermits geopteerd werd voor publiciteit aan verlichtingspalen, hetgeen niet toegelaten werd.

Punt 5 van de Technische Bepalingen voorzag voorts uitdrukkelijk dat publiciteit op wegen van meer dan 50 km/uur verboden werd.

Tussenkomende partij heeft zich van in den beginne gehouden aan deze beperking.

Slechts na een laatste aanmaning, op 13 maart 2001, uitgaande van de tegenpartij, heeft de verzoekende partij met deze beperking rekening willen houden.

Uit het voorgaande blijkt dan ook dat van ongelijke behandeling geen sprake zou kunnen zijn.

Met betrekking tot het uitzicht en de integratie van de affichage-borden in het stadsbeeld, alsmede de kwaliteit ervan, werd door verzoekende partij beroep gedaan op de borden type Total Design.

Dit type bord is reeds op de stadswegen geïmplementeerd en draagt dan ook de voorkeur van de Stad Antwerpen.

Verzoekende partij stelde een nieuw type bord Mo-Bill op staander voor.

Tegen dit type bord bestond evenwel bezwaar, rekening houdende met het door zowel de Stad Antwerpen als de tegenpartij nagestreefde uniformiteit inzake het plaatsen van informatie- en reclameborden.

De door verzoekende partij voorgestelde borden voldeden niet aan dit criterium";

3.2. Overwegende dat de gunningscriteria zoals ze in het bestek zijn voorgeschreven, neerkomen op :

1.1. de veiligheid bij plaatsen en vervangen van affiches

1.2. het uitzicht en de integratie van het meubilair in het stadsbeeld alsmede de uniformiteit van stijlen van de verschillende elementen

1.3. de vergoeding die voor het uithangen van boodschappen wordt gevraagd

1.4. de keuze van de locaties

1.5. de harmonie van het concept

1.6. de vormgeving

1.7. de gebruikte materialen

1.8. de kwaliteit en de zorgvuldigheid

1.9. "de termijn waarbinnen"

2. de aangeboden financiële compensaties;

Overwegende dat in het gunningsverslag weliswaar uitdrukkelijk wordt vermeld dat werd vergeleken "aan de hand van de in het bestek opgenomen gunningscriteria" maar daarbij meteen een reeks criteria wordt opgegeven die niet volledig overeenkomt met de criteria zoals ze in het bestek zijn vermeld; dat in het gunningsverslag immers sprake is van :

"1. financiële compensaties (40 punten)
2. uitzicht en integratie in stadsbeeld + kwaliteit)
3. vergoeding voor uithangen door derden)
4. keuze van locaties)
5. aard van de affiches) 60 punten
6. aantal)
7. verbod publiciteit aan verlichtingspalen)
8. beperking op wegen 50 km/uur;) ";

dat de verzoekende partij aldus kan worden bijgevallen waar zij stelt

- dat aan de gunningscriteria van het bestek betreffende harmonie van het concept (1.5.), vormgeving (1.6.), gebruikte materialen (1.7.), zorgvuldigheid (1.8.) en termijn (1.9.) niet is getoetst in het gunningsverslag
- dat het gunningssubcriterium “kwaliteit” (2.) is afgesplitst van het subcriterium “zorgvuldigheid”(1.8.)
- dat vier gunningscriteria zijn gebruikt die niet in de gunningscriteria van het bestek zijn opgenomen namelijk de aard van de affiches (5.), het aantal (6.), het verbod van publiciteit aan verlichtingspalen (7.) en de beperking tot wegen van 50 km/uur (8.);

Overwegende dat de verwerende partij en de tussenkomende partij deze kritiek niet weerleggen maar er zich in essentie toe beperken te stellen dat de gebruikte criteria alle in het bestek terug te vinden zijn, weliswaar buiten de omschrijving van de gunningscriteria, maar bijvoorbeeld wel onder de “technische bepalingen”; dat dit verweer echter niet wordt aanvaard; dat het niet naleven van technische bepalingen in voorkomend geval kan of moet leiden tot het weren van een offerte; dat die bepalingen echter niet als voorwendsel gebruikt mogen worden om de in het bestek als gunningscriteria opgegeven criteria te wijzigen; dat daarenboven de verwerende en de tussenkomende partijen geen verweer bieden op de terechte kritiek van de verzoekende partij dat aan vier gunningscriteria uit het bestek niet is getoetst, hetgeen te dezen op zich al volstaat om de gehele procedure gevitieerd te weten met een rechtmatigheidsgebrek;

Overwegende dat de verwerende partij de door haarzelf in het bestek opgelegde gunningscriteria heeft miskend; dat het middel in zoverre gegrond is,

B E S L U I T :

<u>Artikel 1</u>.

Vernietigd wordt de beslissing van 10 juli 2001 waarbij het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling wegen en verkeer Antwerpen, aan AC Billboards het leveren en plaatsen van culturele, caritatieve, godsdienstige en recreatieve borden in het district Antwerpen gunt.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 348,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijf juli 2006, 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.**