

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.256 van 14 juli 2009
in de zaak A. 85.310/XII-2109.**

In zake : de NV JC DECAUX BELGIUM PUBLICITE,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. Swartenbroux,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Brederodestraat 13

tegen :

de STAD GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. D'Hooghe,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomen partij :

de NV CITY ADVERTISING BENELUX,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv JC Decaux Belgium Publicité
op 9 juli 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

“(1) de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 8 juli 1999 tot het weren van de inschrijving van verzoekster voor de opdracht van het leveren, plaatsen en onderhouden van informatieborden en -zuilen, van wachthuisjes bij de haltes van het openbaar vervoer en ander straatmeubilair;

(2) de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 8 juli 1999 tot gunning van de opdracht van het leveren, plaatsen en onderhouden van informatieborden en -zuilen, van wachthuisjes bij de haltes van het openbaar vervoer en van ander straatmeubilair aan de n.v. City Advertising”;

Gelet op het arrest nr. 81.861 van 15 juli 1999 waarbij de
vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de
tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 10 augustus 1999 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 24 september 1999;

Gelet op de beschikking van 6 oktober 1999 die de tussenkomst van de nv City Advertising Benelux toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien de memorie van tussenkomende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 9 september 2003 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 8 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 13 januari 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. Swartenbroux, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat M. Valkeniers, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Op 23 juni 1998 keurt de gemeenteraad van de verwerende partij het bijzonder bestek nr. 6.419 “betreffende het leveren, plaatsen en onderhouden van informatieborden en -zuilen, van wachthuisjes bij de haltes van het openbaar vervoer en van ander straatmeubilair” goed. De opdracht zal worden gegund door middel van een algemene offerteaanvraag. De overeenkomst loopt over 15 jaar.

Uit de in het toepasselijke bestek opgenomen “toelichting” blijkt dat het stadsbestuur “in het kader van een kwalitatieve inrichting van het openbaar domein en de bevordering van het gebruik van het openbaar vervoer” de bestaande wachthuisjes wil vernieuwen en uitbreiden en het publiek beter inlichten over de evenementen in de stad. Ook wordt bepaald: “het stadsbestuur zal bij haar keuze vooral toezien op een goede integratie van het straatmeubilair binnen de publieke ruimte en het respect voor het uitgesproken historisch karakter van Gent”.

Blijkens artikel 1 van het bestek heeft de opdracht betrekking op “het leveren, plaatsen en onderhouden van informatieborden en -zuilen voor onder meer stedelijke culturele en toeristische informatie en van wachthuisjes bij de haltes van het openbaar vervoer”. Er wordt ook bepaald dat het de wens is van de stad “aan het meubilair een eigen Gents karakter te geven”.

De opdracht heeft in eerste instantie betrekking op 300 wachthuisjes van een type A (“standaard vormgeving”) en 100 wachthuisjes van het type B (“specifieke vormgeving”, bedoeld voor plaatsing in het historisch centrum), 40 informatieborden met stadsplan, 40 informatieborden met culturele affichage en 30 informatiezuilen. Voor dat deel van de opdracht wordt de term “basismeubilair” gebruikt. Naast dat “basismeubilair” heeft de opdracht ook betrekking op “bijkomend” meubilair, waaronder verstaan wordt de mogelijkheid voor de stad om meer basismeubilair te laten plaatsen, en “aanvullend straatmeubilair”, zoals afvalkorven, zitbanken, telefooncellen, toiletten, uurwerken, culturele bewegwijzering, elektronische informatiedragers, waarvoor de inschrijver zelf initiatieven mag nemen. Uit artikel 8 van het bestek blijkt dat het de bedoeling van de stad is de vergoeding die zij ontvangt voor publiciteit op het basismeubilair en het bijkomend

straatmeubilair te gebruiken voor de aankoop van aanvullend straatmeubilair uit het gamma dat door de gekozen inschrijver wordt aangeboden.

Artikel 3 van het bestek bepaalt dat vrije varianten “niet in overweging [worden] genomen”. Aan de kandidaat-inschrijvers is, na een vraag om verduidelijking van deze besteksbepaling door de verzoekende partij, bij brief van 30 december 1998 medegedeeld dat “de inschrijver geen van de in het bestek omschreven uitvoeringswijze afwijkende voorstellen [mag] doen”.

De gunningscriteria, opgenomen in artikel 7 van het bestek luiden als volgt :

“Bij de evaluatie en vergelijking van de offertes zullen volgende gunningcriteria toegepast worden :

1. De esthetische kwaliteit van al het aangeboden straatmeubilair, zowel het gevraagde basismeubilair als het aanvullend meubilair vermeld in art. 8, met name

- het uitzicht, zo o.a. de typische stijlkenmerken en accenten waardoor het aangeboden meubilair zich onderscheidt van het straatmeubilair in andere steden; en de integratie in het stadsbeeld, het beschikbare kleurengamma
 - de eenheid van stijl van de verschillende elementen van het meubilair
 - de harmonie van de materialen en vormgeving
 - de innovatie op vlak van design en techniek van informatieverstrekking
- (wegingscoëfficiënt : 35 %)

2. De technische kwaliteit en de duurzaamheid o.m. de vandalismebestendigheid en graffitigevoeligheid van alle (basis- en aanvullend) meubilair en geleverde goederen, het gebruikscomfort van al het voormelde meubilair, de moduleerbaarheid van de wachthuisjes , alsook de technische kwaliteit van de stadsplannen en hun cartografische voorstelling.

Voormeld gebruikscomfort zal wat de wachthuisjes betreft o.a. als volgt nader worden bepaald : aantal zitplaatsen, plaats van de informatiekast o.a. ten opzichte van de zitbank,...
(wegingscoëfficiënt : 25 %)

3. - het bedrag van de jaarlijkse vergoeding;

- de prijs van het aangeboden aanvullend meubilair;
 - de (jaarlijkse) vergoedingen die worden aangeboden voor het bijkomend meubilair en bijhorende schaal vermeld in art. 8;
- (wegingscoëfficiënt : 25 %)

4. De kwaliteitswaarborgen m.b.t. het onderhoud van al het voorgesteld straatmeubilair

(wegingscoëfficiënt : 10 %)

Er zal rekening gehouden worden met de frequentie van de reiniging en van het onderzoek van de staat van het meubilair en met het aantal personen dat zal ingezet worden voor voormelde schoonmaak en nazicht.

5. Graad van coherentie van het voorstel zoals het blijkt uit het financieel plan

(wegingscoëfficiënt : 5 %)".

2. Er worden drie offertes ingediend. In de offerte van de verzoekende partij worden voor elk stuk van het basismeubilair meerdere creaties aangeboden. Er wordt in het "editoriaal" wel op gewezen dat exclusief voor Gent straatmeubilair is ontwikkeld "met de vermaarde architect Jordi Farrando" maar in de offerte zelf wordt geen hiërarchie onder de creaties vermeld en de creatie-Farrando wordt ook niet over de gehele lijn aangehouden : aldus wordt ze niet aangeboden voor het wachthuisje van het type A, waarvoor twee voorstellen worden gedaan (Trafic en Cristal). De offerte van de tussenkommende partij is gesteund op de "Enthoven-lijn" met dien verstande dat voor het wachthuisje type A ook een alternatief voorstel, de "Wauquiez-lijn" wordt gedaan. De offerte van de nv More Group Belgium vertrekt van "The Ghent Line".

In het gunningsverslag van 5 juli 1999, met in bijlage de verslagen van de werkgroepen die de diverse inschrijvingen aan de gunningscriteria hebben getoetst, wordt geconcludeerd dat de offerte van de nv More Group Belgium substantieel onregelmatig is wegens manifeste afwijking van essentiële bestekbepalingen. Wat de offerte van de verzoekende partij betreft formuleert de werkgroep "esthetische kwaliteit" de volgende opmerking :

"Bij het door Decaux aangeboden gamma ontbreekt iedere notie van een totaalconcept, er is geen sprake van een 'enige' lijn. Bepaalde modellen zijn wel terug te vinden bij zowel wachthuisjes als informatieborden of -zuilen, maar nooit bij alle aangeboden meubilair, zodat ondanks de veelheid aan voorgestelde modellen geen totaalconcept kan worden voorgesteld".

Wat de offerte van de tussenkommende partij betreft wijst het verslag erop dat voor het wachthuisje-type A een tweede voorstel is geformuleerd, de "Wauquiez-lijn", maar dat dit voorstel niet conform het bestek is omdat in de vandaalbestendige papierkorf slechts optioneel is voorzien zodat het voor het gunnende bestuur onmogelijk is de financiële aspecten van dat bod correct in te schatten.

De eindconclusie van het gunningsverslag luidt als volgt :

"Eindconclusie :

* M.b.t. de offerte, ingediend door NV JC Decaux :

1. NV JC Decaux heeft meerdere bestekconforme voorstellen ingediend voor zowel informatieborden, informatiezuilen, wachthuisjes type A als voor wachthuisjes type B. De offerte van Decaux kan worden vergeleken met een 'catalogus', waaruit het bestuur een keuze kan maken.

Voor zover voor deze diverse modellen per type basismeubilair een gelijke vergoeding zou worden aangeboden en ze identiek zouden scoren op alle criteria, is het verdedigbaar te stellen dat deze inschrijver één offerte zou ingediend hebben en zou er, toch minstens wat dit aspect betreft, een regelmatige inschrijving ingediend zijn.

2. Wat is het resultaat na toetsing van de diverse voorstellen aan de verschillende gunningscriteria ?

* NV JC Decaux heeft in zijn offerte per type meubilair slechts één bedrag vermeld. Uit andere documenten van de inschrijving blijkt evenwel dat voor verschillende modellen andere vergoedingen dan deze die in de offerte zijn vermeld, in rekening moet worden gebracht.

Voor deze offerte bestaan er wat het criterium 'bedrag van de jaarlijkse vergoedingen en prijs aanvullend meubilair' betreft dan ook vele eindscores, afhankelijk van het model dat voor elk type basismeubilair (informatieborden en -zuilen en wachthuisjes A en B) beoordeeld wordt en de combinaties die gemaakt worden. Aangezien bij het door Decaux aangeboden gamma modellen basismeubilair een totaalconcept ontbreekt -bepaalde modellen (Farrando of Foster) zijn wel terug te vinden bij bepaalde types meubilair maar nooit bij alle types- kunnen er een groot aantal combinaties gemaakt worden waaruit een even groot aantal eindscores qua financiële waarde resulteren.

* De diverse modellen per type scoren ook verschillend op de criteria esthetiek en technische kwaliteit en duurzaamheid.

Het opdrachtgevend bestuur kan uit de inschrijving dan ook vele offertes 'construeren' met alle een verschillende eindbeoordeling.

Uit de analyse van het financieel plan van deze inschrijver blijkt duidelijk dat de inschrijver bewust de keuze overliet aan het opdrachtgevend bestuur : de investeringskost is duidelijk niet geënt op een bepaald model wachthuisje maar is gebaseerd op een tussenliggende waarde van de diverse voorgestelde modellen. (wachthuisjes)

3. Art. 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 stelt uitdrukkelijk dat iedere inschrijver, afgezien van eventuele varianten, slechts één offerte mag indienen per opdracht. Dit principe vindt haar grondslag in één van de algemene beginselen die aan de overheidsopdrachtenreglementering ten grondslag liggen m.n. het vrijwaren van de gelijkheid tussen de inschrijvers.

Zijn voormelde diverse modellen per type basismeubilair niet te aanzien als varianten ?

Aangezien de in rekening gebrachte modellen alle bestekconform zijn, is dit geenszins het geval.

Er dient geconcludeerd te worden dat de offerte ingediend door NV JC Decaux onregelmatig is nu ze, in strijd met voormeld art. 103 KB 8 januari 1996, uit vele mogelijke offertes bestaat.

4. Vraag is of deze onregelmatigheid ook substantieel is of enkel relatief. Bij relatieve onregelmatigheden is de aanbestedende overheid niet verplicht de offerte buiten beschouwing te laten. Een onregelmatigheid is substantieel als in de offerte wordt afgeweken van een essentiële bepaling van het bestek, als de offerte de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes aantast, als de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang komt.

Deze onregelmatigheid is onmiskenbaar substantieel omdat ze op een ernstige wijze het gelijkheidsbeginsel, één van de basisprincipes van deze reglementering in het gedrang brengt.

- Het bestek vermeldt duidelijk dat de inschrijver gevraagd wordt straatmeubilair aan te bieden dat in zijn totaliteit aan een aantal voorwaarden voldoet : goed geïntegreerd binnen de publieke ruimte, een totaalconcept met een eenheid van stijl van de verschillende elementen, passend in het uitgesproken historisch kader van Gent, met een eigen Gents karakter. Deze inschrijver heeft het aan de stad gelaten een combinatie met diverse modellen per type basismeubilair samen te stellen dat het best de gevraagde eenheid vormt. Hij heeft nagelaten het risico te nemen dat de inschrijvers dienden te nemen, namelijk uit de beschikbare mogelijkheden zelf een offerte indienen die - volgens de inschrijver - het meest aan de wensen van het opdrachtgevend bestuur kon tegemoetkomen.

- Deze inschrijver heeft op deze wijze zijn kans op een goede rangschikking bij de vergelijking van de offertes gemultipliceerd en heeft op deze wijze meer kansen dan de inschrijvers die zoals het hoort slechts één bestekconform voorstel hebben ingediend.

Besluit :

De offerte van NV JC Decaux is om deze redenen substantieel onregelmatig, minstens is het risico dat de onregelmatigheid van de inschrijving de gelijke concurrentievoorwaarden in het gedrang brengt dermate groot dat het aangewezen is de offerte als onregelmatig te verwerpen.

* M.b.t. de offerte, ingediend door NV City Advertising:

1. Aangezien de offerte van NV JC Decaux om voormelde redenen substantieel onregelmatig is en ook de offerte van NV More Group wegens het bestaan van voorbehouden als substantieel onregelmatig werd beoordeeld, blijft er slechts één regelmatige offerte over m.n. de offerte ingediend door City Advertising.

In dit gunningsverslag werd reeds gemeld dat ook City Advertising voor het wachthuisje type A twee voorstellen had ingediend, één voorstel uit de Enthoven-lijn en een voorstel 'wachthuisje Wauquiez'. Dit laatste wachthuisje voldoet niet aan de vereisten van het bestek : de afvalkorf is slechts in optie aangeboden en aldus niet in de verleende vergoeding begrepen.

Daarenboven is niet duidelijk welke afvalkorf de inschrijver bij dit wachthuisje voorziet. Uit de inschrijving voor het aanvullend meubilair blijkt dat verschillende afvalkorven beschikbaar zijn telkens evenwel aan een verschillende prijs.

Aangezien dit voorstel niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek en de stad de offerte moeilijk kan aanvullen (met een afvalkorf) aangezien niet met zekerheid vaststaat welke afvalkorf de inschrijver op het oog had - de keuze heeft repercussies op het bedrag van de vergoeding en mogelijk ook op de score voor esthetiek en technische beoordeling - werd dit voorstel als 'niet bestekconform' niet verder beoordeeld.

Nu evenwel de offerte van NV JC Decaux als substantieel onregelmatig wordt geweerd, moet worden nagegaan in hoeverre ook de offerte van City Advertising voldoet aan de vereisten inzake 'regelmatigheid' want ook in de offerte van deze inschrijver werd voor één type basismeubilair (wachthuisje type A) een tweede model aangeboden.

2. Men zou kunnen stellen dat het ontbreken van een afvalkorf bij het wachthuisje type Wauquiez - waardoor het voorstel afwijkt van het bestek geenszins voor gevolg heeft dat het als een vrije variatie kan worden beschouwd.

Deze stelling vindt haar grond in het feit dat de NV City Advertising duidelijk niet beoogde op een bepaald punt conceptueel af te wijken van een bepaald voorschrift van het bestek.

Wanneer men zou aannemen dat deze aanbidding niet kan aangezien worden als een - weliswaar niet toegelaten - vrije variant (waarmee geen rekening zou moeten gehouden worden), dient ze aangezien te worden als een tweede aanbidding weliswaar na de samenstelling door de stad van de vergoeding met inachtneming van de diverse prijzen voor de afvalkorven, en is ook deze offerte onregelmatig.

3. Ook hier stelt zich de vraag of deze onregelmatigheid substantieel is. Zoals reeds vermeld is de aanbestedende overheid bij relatieve onregelmatigheden niet verplicht de offerte buiten beschouwing te laten.

Een onregelmatigheid is substantieel als in de offerte wordt afgeweken van een essentiële bepaling van het bestek, als de offerte de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes aantast, als de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang komt.

Inschrijvingen moeten door de aanbestedende overheid op gelijke wijze behandeld worden. Deze regel geldt uiteraard ook wat de regelmatigheidsbeoordeling betreft. De offerte van NV JC Decaux werd als substantieel onregelmatig aangemerkt.

Vraag is of de onregelmatigheid van de offerte van NV City Advertising op pertinente gronden anders dan deze van Decaux (d.i. substantieel onregelmatig) kan beoordeeld worden.

4. Er is duidelijk een verschil tussen de beide offertes :

- * er is onmiskenbaar een verschil in graad.

De offerte van NV JC Decaux is in feite een 'catalogusofferte'. Zowel voor de informatieborden en -zuilen als voor de twee types wachthuisjes werden verschillende modellen voorgesteld waardoor ten minste 54 verschillende offertes kunnen worden geconstrueerd.

Bij NV City Advertising gaat het over één bijkomend wachthuisje bij het type A.

- * In tegenstelling tot NV JC Decaux heeft NV City Advertising wel het gevraagde risico genomen en heeft ze zelf gekozen welk globaal concept de stad zou worden aangeboden, m.n. de Enthovenlijn die speciaal voor de stad Gent werd geconcipieerd.

- * Hiermee heeft ze een antwoord gegeven op de vraag van de stad. Decaux heeft door zijn 'catalogus'-offerte eigenlijk geen gevolg gegeven aan de eigenlijke doelstelling van de opdracht.

Door een waaier aan mogelijkheden aan te bieden heeft de inschrijver het aan het bestuur overgelaten om een offerte te construeren die het meest aan de vereiste kwaliteiten tegemoet komt. Nochtans wordt van een inschrijver verwacht dat hij steeds zijn 'beste' offerte indient en niet dat hij een keuze tussen meerdere mogelijkheden aanbiedt.

- * NV City Advertising heeft ook ontegensprekelijk aangegeven dat er een zekere hiërarchie is tussen de twee voorstellen. Het wachthuisje type A Enthoven behoort tot de volledig uitgewerkte lijn voor Gent en behoort aldus tot zijn hoofdaanbidding.

Op basis van bovenstaande gronden kan worden gesteld dat de onregelmatigheid die zich voordoet in de offerte van City Advertising zich duidelijk onderscheidt van de onregelmatigheid die zich stelt in de offerte van Decaux.

De onregelmatigheid van de offerte van City Advertising heeft geen betrekking op een essentiële bepaling van het bestek en tast de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes in realiteit niet wezenlijk aan.

5. Daarenboven is het niet zonder belang te wijzen op de consequenties mocht aan de gevolgde gunningsprocedure geen gevolg worden gegeven en een nieuwe gunningsprocedure worden aangevat.

* NV JC Decaux zal dan vermoedelijk een aantal maanden langer de volledige inkomsten kunnen genieten uit het lopend contract inzake straatmeubilair

* de huidige overeenkomst die werd overgenomen van De Lijn voorziet geen vergoeding voor de stad - hetgeen de inschrijver zeer bevoordeligt ten opzichte van de andere inschrijvers en hem de mogelijkheid biedt nog scherpere prijzen te stellen.

* NV JC Decaux zal daarenboven nu wél over voldoende elementen beschikken om met een relatief klein risico een keuze uit zijn gamma modellen te maken en zal met groot gemak een aangepaste offerte kunnen indienen.

* City Advertising daarentegen zal vermoedelijk geen andere offerte kunnen aanbieden dan de reeds voorgestelde en speciaal voor de stad ontworpen 'Enthoven'-lijn en verliest hierdoor haar voordeel.

* NV More Group zal desgevallend een geheel nieuwe kans krijgen.

Met al deze overwegingen moet in het kader van een 'evenredigheidstoets' rekening worden gehouden. In deze voor ons bestuur precaire situatie die door de inschrijvers is veroorzaakt, dienen we als aanbestedende overheid deze beslissing te nemen die, alle omstandigheden in acht genomen, de meest redelijke is.

De beslissing niet te gunnen en de gunningsprocedure opnieuw te starten is aanvechtbaar wanneer kan worden aangetoond dat het sanctioneren van de onregelmatigheid in de offerte van City Advertising deze inschrijver een onevenredig groot nadeel berokkent in vergelijking met de andere inschrijver NV JC Decaux (Decaux heeft zelfs een voordeel bij niet toewijzing), en zeker als men dan ook nog het verschil in 'zwaarwichtigheid' en graad van aantasting van het gelijkheidsbeginsel' van de onregelmatigheid van beide offertes in rekening brengt.

Al deze omstandigheden en overwegingen in acht genomen is het o.m. in toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur (vooral het redelijkheidsbeginsel) aangewezen de offerte van City Advertising als conforme offerte te aanvaarden.

Uit de analyse van de offerte en haar toetsing aan de diverse gunningscriteria blijkt dat de offerte van NV City Advertising een in alle opzichten valabele oplossing is die beantwoordt aan de doelstellingen van de stad zoals geformuleerd in het bestek en blijkt tevens dat deze offerte op esthetisch vlak globaal als kwalitatiever beoordeeld wordt dan de offerte van NV JC Decaux.

Voorstel tot gunning

Te beslissen om alle voormelde redenen de opdracht te gunnen aan de nv City Advertising [...]"

Op 8 juli 1999 beslist het college van burgemeester en schepenen, op voorstel van de bevoegde schepen, het gunningsverslag goed te keuren en dienvolgens :

- de offerte van de NV More Group te weren “aangezien ze substantieel onregelmatig is om al de redenen vermeld in het gunningsverslag en zo o.m. omdat de offerte manifeste voorbehouden bevat ten aanzien van een aantal essentiële bestekbepalingen, m.n. de door het bestek vooropgestelde betalingswijze en uitvoeringstermijnen, zoals nader is omschreven in het gunningsverslag”,
- de offerte van de verzoekende partij te weren “aangezien de offerte een groot aantal inhoudelijk conforme offertes bevat en ze hierdoor om al de redenen aangegeven en uitdrukkelijk gemotiveerd in het gunningsverslag, dat één geheel uitmaakt met deze beslissing, substantieel onregelmatig is”,
- de opdracht te gunnen “aan de inschrijver met de enige te weerhouden offerte, m.n. de NV City Advertising [...]”.

De gegrondheid van het beroep

Eerste middel

3. De verzoekende partij steunt in haar inleidend verzoekschrift een *eerste middel*, gericht tegen de eerste beslissing, op de schending van “artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken, en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet”.

De verzoekende partij onderbouwt dit middel als volgt :

“Doordat de stad Gent de inschrijving van verzoekster heeft geweerd omdat deze substantieel onregelmatig zou zijn,

de substantiële onregelmatigheid er in zou schuilen dat verzoekster verschillende offertes heeft ingediend,

terwijl uit de enkele omstandigheid dat verzoekster verschillende (besteksconforme) alternatieve modellen heeft voorgesteld, niet kan worden afgeleid dat de inschrijving substantieel onregelmatig is,

het bij overheidsopdrachten voor de levering van stadsmeubilair wereldwijd aanvaard wordt dat de inschrijvers de verschillende besteksconforme modellen die zij voorradig hebben aan het opdrachtgevend bestuur voorstellen,

het voorstellen van deze verschillende modellen evenwel niet kan betekenen dat er verschillende offertes worden ingediend,

het niet aan de inschrijver mag toekomen zelf een keuze te maken uit het beschikbaar gamma, nu dit precies de taak en verantwoordelijkheid is van het opdrachtgevend bestuur,

het bestek geen enkele beperking inhield op het aantal modellen dat de inschrijvers mochten voorstellen,

de inschrijvers er dan ook mochten vanuit gaan dat zij, zoals steeds bij dergelijke opdrachten het geval is, hun volledige gamma van besteksconforme producten mochten aanbieden,

alle inschrijvers voor de betrokken opdracht in minder of meerdere mate trouwens verschillende modellen hebben aangeboden, zoals dat wereldwijd steeds gebeurt,

artikel 103 van het K.B. van 8 januari 1996 moet gelezen worden in het licht van de fundamentele beginselen inzake de gelijkheid der inschrijvers en de vrije concurrentie tussen de inschrijvers,

een inschrijver voor een opdracht voor de levering, installatie en onderhoud van stadsmeubilair op onverantwoorde wijze beperkt wordt in zijn mogelijkheden om zijn producten aan te bieden wanneer hij niet het volledig beschikbare gamma van zijn producten kan uitspelen,

het voor een inschrijver anders immers weinig zin zou hebben om te investeren in de uitbouw van een uitgebreid gamma, wanneer hij uiteindelijk slechts één model aan de aanbestedende overheden (de enig bestaande klanten in de sector van het stadsmeubilair) zouden mogen voorstellen,

de inschrijver die zwaar geïnvesteerd heeft in de uitbouw van een gamma, zoals verzoekster, dan ook gestraft zou worden voor deze investeringen, hetgeen niet te rijmen valt met de beginselen van de vrije concurrentie en de gelijkheid van de inschrijvers”.

De verzoekende partij geeft nog onder meer de volgende toelichting bij het eerste middel :

“De regel van artikel 103 moet gelezen worden met inachtneming van de grondwettelijke beginselen van de gelijkheid van de inschrijvers. De vraag of artikel 103 kan worden toegepast op een situatie waarbij een leverancier van stadsmeubilair verschillende besteksconforme alternatieven voorstelt, moet dan ook in dat licht worden beoordeeld.

Een eerste belangrijke vaststelling daarbij is dat het de gangbare en universeel aanvaarde praktijk is bij offerte-aanvragen voor stadsmeubilair dat de inschrijvers hun gamma van besteksconforme producten maximaal uitspelen. [...]

Vervolgens moet worden vastgesteld dat het volgt uit de aard zelf van de markt van het stadsmeubilair dat verschillende modellen worden voorgesteld. In een markt waar esthetische kwaliteit terecht en uiteraard steeds een belangrijk gunningscriterium uitmaakt, is het vanzelfsprekend dat de overheid over een zo breed mogelijke keuzemogelijkheid moet beschikken. Zoniet zou men tot de absurde situatie komen dat de overheid gebonden is door de keuze die de inschrijvers uit hun eigen gamma hebben gemaakt [...].

De gelijkheid van de kansen van de inschrijvers wordt niet beknut door aan de inschrijvers toe te laten verschillende modellen voor te stellen. Elke inschrijver heeft dezelfde kansen en mogelijkheden om zijn besteksconform gamma uit te spelen. [...]

De toepassing van artikel 103 is dan ook absoluut contra-productief in de markt van het stadsmeubilair en kan derhalve niet aanvaard worden. [...] [H]et artikel [moet] terzijde geschoven worden in toepassing van artikel 159 van de Grondwet wegens flagrante schending van artikel 10 en 11 van de Grondwet, de Europese Richtlijnen en de beginselen van de gelijkheid der kansen die ten grondslag liggen aan de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten”.

4.1. Artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt als volgt: “Onafgezien van eventuele varianten, mag ieder inschrijver slechts één offerte indienen per opdracht”. Het indienen van meer dan één besteksconforme offerte voor dezelfde opdracht leidt dus tot de substantiële onregelmatigheid van al deze offertes.

4.2. De verzoekende partij heeft te dezen formeel slechts één offerte ingediend. In die offerte biedt zij evenwel voor de verschillende onderdelen van het door de stad gevraagde meubilair verschillende gelijkwaardige types aan, en zulks op gelijke voet, waarbij het aan de verwerende partij wordt overgelaten om een keuze te maken tussen een aantal besteksconforme voorstellen. Met het betoog van de verzoekende partij, dat zij duidelijk de “Farrando-lijn” naar voren heeft geschoven, kan geen rekening worden gehouden. Uit de in de offerte gebruikte bewoordingen kan alleszins geen dergelijke voorkeur voor deze “lijn” worden afgeleid. Bovendien moet worden vastgesteld dat de “Farrando-lijn” niet wordt aangeboden voor het wachthuis-type A en er aldus een hiaat is in het aanbod van de verzoekende partij. Op grond van het voorgaande blijkt dat de verzoekende partij een “catalogusofferte” heeft ingediend en op deze wijze voor zichzelf zoveel kansen heeft geschapen om de opdracht toegewezen te krijgen als de verwerende partij nuttige combinaties zou kunnen vinden in haar inschrijving. Daarbij komt nog dat te dezen de esthetische kwaliteit het belangrijkste gunningscriterium is, hetgeen subjectieve invulling vraagt zodat de inschrijver die de mogelijkheid biedt om het bestuur keuzemogelijkheid te bieden voor zichzelf merkkelijk grotere kansen schept om de opdracht toegewezen te krijgen dan de inschrijver die zich beperkt tot een eigen gekozen enig concept - een “verscheurende keuze” zoals de verzoekende partij zelf zulks in haar laatste memorie noemt. Het voorgaande noopt dan ook tot het besluit dat de verwerende partij terecht tot het besluit kwam dat de inschrijving van de verzoekende partij door een substantiële onregelmatigheid is aangetast, aangezien

zij de gelijkheid van de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt.

4.3. De Raad van State ziet voorts geen enkele reden om artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wegens strijdigheid met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel buiten toepassing te laten. Die bepaling geldt immers op gelijke wijze voor elke inschrijver. Bovendien wordt de gelijkheid van kansen, waar de verzoekende partij zich op beroept om het gelijkheidsbeginsel geschonden te achten, juist gegarandeerd door deze bepaling die aan elke inschrijver oplegt slechts één enkele offerte in te dienen.

4.4. Het middel werd in het voormelde tussenarrest nr. 81.861 op analoge gronden niet ernstig bevonden. In haar memorie van wederantwoord beperkt de verzoekende partij zich ertoe te verwijzen naar haar inleidend verzoekschrift. Het middel wordt aldus te dezen ongegrond bevonden zonder dat nog moet worden ingegaan op de kritiek die de verzoekende partij pas in laatste memorie geeft op de “strengere lezing van artikel 103” in het schorsingsarrest.

Tweede middel

5.1. In haar inleidend verzoekschrift voert de verzoekende partij, in ondergeschikte orde, in een tweede middel, gericht tegen de tweede bestreden beslissing, de schending aan van “artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken, en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

De verzoekende partij betoogt daartoe :

“Doordat de stad Gent de offerte van verzoekster geweerd heeft wegens een substantiële onregelmatigheid;

de stad Gent de offerte van City Advertising n.v. niet geweerd heeft wegens een substantiële onregelmatigheid;

de stad Gent de opdracht heeft gegund aan de n.v. City Advertising;

Terwijl de n.v. City Advertising in haar inschrijving twee modellen heeft voorgesteld voor het ‘wachthuisje type A’;

de omstandigheid dat twee modellen voorgesteld werden onmiddellijk tot gevolg heeft dat er meerdere offertes werden ingediend, nu hierdoor verschillende combinaties mogelijk worden die aanleiding kunnen geven tot verschillende quoterings en verschillende rangschikkingen;

de omstandigheid dat één van beide modellen niet besteksconform is, geen afbreuk doet aan de omstandigheid dat deze inschrijver wel degelijk de bedoeling had meerdere offertes in te dienen;

de inschrijving van verzoekster precies om deze reden als substantieel onregelmatig werd geweerd;

het niet toepassen van dezelfde sanctie op de inschrijving van de n.v. City Advertising een flagrante miskening betekent van het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers,

geen enkele redelijke en afdoende verantwoording bestaat -of tot uitdrukking is gekomen in het bestreden besluit- om de ongelijke behandeling te verantwoorden,

de omstandigheid dat de n.v. City Advertising minder alternatieve modellen heeft voorgesteld dan verzoekster niet relevant kan zijn, nu dezelfde sanctie van toepassing moet zijn zodra er verschillende offertes werden ingediend,

de motivering dat verzoekster geen hoofdaanbieding zoals de n.v. City Advertising (Enthoven) zou hebben gedaan, flagrant onjuist is nu verzoekster wel degelijk met haar Farrando-ontwerp een hoofdaanbieding heeft gedaan, zodat de stad Gent de inschrijving van de n.v. City Advertising eveneens als substantieel onregelmatig had moeten terzijde schuiven en aldus niet tot gunning van de opdracht mocht overgaan”.

5.2. In haar memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij een tweede -nieuw- onderdeel toe aan het middel, na kennis te hebben genomen van het administratief dossier en dit luidt als volgt :

“en terwijl, tweede onderdeel, de n.v. City Advertising in haar offerte een veelvoud van alternatieve voorstellen heeft gedaan voor het aanvullend meubilair;

dit aanvullend meubilair overeenkomstig de besteksbepalingen eveneens moest worden gekeurd op esthetische kwaliteit en de duurzaamheid;

het voorstellen van verschillende alternatieven voor het aanvullend meubilair dan ook onvermijdelijk heeft geleid tot een veelheid van eindscores;

de inschrijving van verzoekster precies om deze reden als substantieel onregelmatig werd geweerd;

het niet toepassen van dezelfde sanctie op de inschrijving van de n.v. City Advertising een flagrante miskening betekent van het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers,

geen enkele redelijke en afdoende verantwoording bestaat -of tot uitdrukking is gekomen in het bestreden besluit- om de ongelijke behandeling te verantwoorden,

het onderscheid dat in het gunningsverslag werd gemaakt tussen het basismeubilair en het aanvullend meubilair niet pertinent is,

de motivering dat verzoekster geen hoofdaanbieding zoals de n.v. City Advertising (Enthoven) zou hebben gedaan, flagrant onjuist is nu verzoekster wel degelijk met haar Farrando-ontwerp een hoofdaanbieding heeft gedaan,

in elk geval moet worden vastgesteld dat het bestek nergens voorschreef dat de inschrijvers een bepaalde “lijn” moesten voorstellen;

zodat de stad Gent de inschrijving van de n.v. City Advertising eveneens als substantieel onregelmatig had moeten terzijde schuiven en aldus niet tot de gunning van de opdracht mocht overgaan”.

In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nog dat, wat het eerste onderdeel betreft, het feit dat het “type A - wachthuisje ‘Wauquiez’” niet besteksconform was wegens de afvalkorf, geen verschil in behandeling kan verantwoorden in het licht van het meervermelde artikel 103. Het is immers de bedoeling van de tussenkomenende partij geweest om verschillende offertes aan te bieden.

6.1. De tussenkomenende partij betwist het belang van de verzoekende partij bij dit middel. Zij stelt dat de verzoekende partij minstens geen besteksconforme hoofdaanbieding heeft ingediend en haar offerte bijgevolg hoe dan ook als onregelmatig diende te worden afgewezen.

6.2. Uit het niet gegrond bevinden van het eerste middel volgt dat de inschrijving van de verzoekende partij terecht door de verwerende partij als onregelmatig werd beschouwd.

De tweede bestreden beslissing is de toewijzing van de opdracht aan de tussenkomenende partij. Een onregelmatige inschrijver, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft geen belang bij het bestrijden van de toewijzing van de opdracht aan een andere inschrijver, tenzij hij aantoont dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kon worden toegewezen. Te dezen bleef er, nadat de verwerende partij de onregelmatigheid had vastgesteld van de offertes van de verzoekende partij en de nv More Group Belgium, slechts één inschrijver over, namelijk de tussenkomenende partij. De verzoekende partij heeft bijgevolg wel degelijk belang bij het tweede middel aangezien zij met dit middel wil aantonen dat

ook de inschrijving van de tussenkomende partij als onregelmatig diende te worden beschouwd, met als gevolg dat, indien dit middel gegrond wordt bevonden, de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kon worden toegewezen. Dienvolgens wordt de exceptie van de tussenkomende partij verworpen.

7.1. Betreffende het eerste middelonderdeel brengt het feit dat de tussenkomende partij twee modellen heeft voorgesteld voor het wachthuisje type A, in tegenstelling tot het aanbod van de verzoekende partij, niet mee dat de verwerende partij nog bepaalde keuzes diende te maken. De tussenkomende partij schuift in haar offerte immers op duidelijke wijze één hoofdaanbieding naar voren met een eenheid van concept, namelijk de “Enthoven-lijn”. Het alternatieve wachthuisje type A, dat tot de “Wauquiez-lijn” behoort, is onmiskenbaar ondergeschikt aan deze hoofdlijn vermits het de enige afwijking van deze lijn uitmaakt. De verzoekende partij erkent dit feit zelf in haar memorie van wederantwoord waarin zij stelt dat “wanneer men de offertes van [de tussenkomende partij] en [de verzoekende partij] enkel vergelijkt inzake het geboden basismateriaal, blijkt dat [de tussenkomende partij] inderdaad slechts één alternatief voorstel heeft gedaan, terwijl [de verzoekende partij] bij elk van de vier stukken verschillende types heeft voorgesteld”. Gelet op dit verschil tussen de beide aanbiedingen kon de verwerende partij niet onterecht beslissen dat de offerte van de tussenkomende partij, in tegenstelling tot de offerte van de verzoekende partij, slechts door een relatieve onregelmatigheid was aangetast aangezien het alternatief voorstel van de tussenkomende partij de gelijkheid onder de inschrijvers of de objectieve vergelijking van de inschrijvingen niet in het gedrang bracht.

Voorts veronderstelt de toepassing van artikel 103 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat er twee of meerdere besteksconforme offertes door dezelfde inschrijver werden ingediend. Te dezen werd door de verwerende partij niet zonder reden vastgesteld dat het door de tussenkomende partij subsidiair voorgestelde wachthuisje “niet aan de vereisten van het bestek [voldoet]” en werd het niet in de beoordeling betrokken. De verzoekende partij betwist deze vaststelling niet. Vermits er aldus geen sprake is van twee of meerdere besteksconforme aanbiedingen kan de schending van het voornoemde artikel 103 niet dienstig worden aangevoerd.

Het eerste middelonderdeel is dienvolgens niet gegrond.

7.2. Wat betreft het tweede middelonderdeel dient te worden vastgesteld dat het bestek in artikel 8.4. uitdrukkelijk bepaalt dat “het bedrag van de jaarlijkse vergoeding [...] zal gebruikt worden voor de aankoop - inclusief plaatsing en onderhoud - van aanvullend straatmeubilair, dat door de stad gekozen wordt uit een door de inschrijver aangeboden gamma”. De tussenkomen partij heeft derhalve volledig in overeenstemming met de vraag van het bestek gehandeld toen zij in haar offerte een veelvoud van voorstellen heeft gedaan voor het aanvullend meubilair. Aldus is er, wat het aanvullend meubilair betreft, te dezen geen sprake van een onregelmatige offerte. Daarnaast blijkt uit deze besteksbevestiging dat er wel degelijk een pertinent onderscheid is tussen het basismeubilair en het aanvullend meubilair.

Ook het tweede middelonderdeel is niet gegrond aangezien het uitgaat van een verkeerde lezing van het bestek en aldus niet de schending wordt aangetoond van de in het middel geschonden geachte rechtsbepalingen.

Derde middel

8. In haar memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij, ondergeschikt, in een -nieuw- derde middel de schending aan van “artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en artikel 110, §2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken”.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat zij bij het onderzoek van het administratief dossier in de offerte van de tussenkomen partij twee afwijkingen van essentiële besteksbevestigingen heeft aangetroffen. Op elk van deze beide afwijkingen grondt zij een middelonderdeel.

Het eerste middelonderdeel luidt als volgt :

“[...]”

in artikel 30 van het bestek met betrekking tot de wachthuisjes het volgende werd bepaald :

‘Alle glaswanden dienen bovenaan in het dak ingewerkt te worden en moeten onderaan worden voorzien van tochtplinten tot maximum 3cm boven de vloerverharding.’

City Advertising op de bladzijden 32 en 40 van haar offerte m.b.t. de wachthuisjes 'Enthoven' schrijft dat 'de integratie van de zijpanelen in de dakstructuur (...) in het originele Enthoven concept niet integraal (zijn)', doch dat zij 'indien gewenst (kunnen) aangepast worden, middels toevoeging van een bijkomend transparant paneel';

hieruit blijkt dat het aangeboden wachthuisje niet besteksconform is;

het aanbod om zich 'indien gewenst' alsnog aan het bestek te conformeren, niet aanvaard kon worden, nu deze een bijkomende wilsuiking van de aanbestedende overheid vereiste;

van deze aanpassing bovendien geen enkele grafische voorstelling noch een technische omschrijving bestaat, zodat het bestuur zich van het bestekconform alternatief geen voorstelling heeft kunnen maken;

de offerte van City Advertising niet duidelijk maakte welke nu de uitvoering zal zijn wanneer de opdracht haar wordt gegund

het bestuur aldus riskeert wachthuisjes te zien verschijnen in het straatbeeld die niet besteksconform zijn;

wanneer men toch van oordeel zou zijn dat het aanbod van de bestekconforme uitvoeringswijze toch aanvaard kan worden, daaruit onmiddellijk volgt dat City Advertising een bijkomend alternatief type heeft voorgesteld voor de wachthuisjes, zowel voor Type A [...] als voor Type B [...];

zodat de offerte van City Advertising bij gebreke aan een besteksconform wachthuisje moest geweerd worden".

Het tweede middelonderdeel wordt als volgt aangebracht :

"en terwijl [...]

City Advertising op blz. 54 van haar offerte schrijft dat de telefooncel die zij voorstelt 'kan' geïntegreerd worden in het basisschuilhuisje van 4,5 meter, mits verlenging van de dakstructuur met 30 cm;

zij bovendien bij de telefooncellen voorstelt een ruimte te laten van 20cm tussen de vloerverharding en de glazen wand;

hieruit blijkt dat de aangeboden telefooncel niet besteksconform is;

het bestek immers op blz. 21 uitdrukkelijk bepaalt dat de telefooncel '1 geheel' moet vormen met het wachthuisje;

uit de offerte evenwel blijkt dat City Advertising een aparte module voorstelt, die enkel na aanpassingswerken kan geïntegreerd worden met een wachthuisje van 4,5 meter;

de integratie evenwel ook moet gerealiseerd worden met wachthuisjes van 3,5 meter;

het aanbod om de telefooncel, mits aanpassing, alsnog aan het bestek te conformeren, niet aanvaard kon worden, nu deze een bijkomende wilsuiking van de aanbestedende overheid vereist;

van deze aanpassing bovendien geen enkele grafische voorstelling noch een technische omschrijving bestaat, zodat het bestuur zich van het besteksconform alternatief geen voorstelling heeft kunnen maken;

de offerte van City Advertising niet duidelijk maakte welke nu de uitvoering zal zijn wanneer de opdracht haar wordt gegund;

het bestuur aldus riskeert telefooncellen te zien verschijnen in het straatbeeld die niet geïntegreerd zijn met de wachthuisjes;

de telefooncellen helemaal niet zullen kunnen worden geïntegreerd met wachthuisjes van 3,5 meter;

om te kunnen worden geïntegreerd met het wachthuisje, deze telefooncellen eveneens moeten voldoen aan de eis dat de tochttruimte maximum 3cm mag bedragen;

zodat de offerte van City Advertising bij gebreke aan een besteksconforme integratie van de telefooncel met het wachthuisje moest geweerd worden”.

In haar laatste memorie voegt de verzoekende partij hier nog het aan toe :

“Artikel 110, §2 juncto 89 van het K.B. van 8 januari 1996 schrijft onverbiddelijk voor dat elke afwijking van een technische specificatie van het bestek een substantiële onregelmatigheid uitmaakt, die tot het weren van de inschrijving moet leiden”.

9.1. Inzake het eerste middelonderdeel wordt vastgesteld dat, daargelaten de vraag of het te dezen een essentiële besteksbepalng betreft, het bestek nergens bepaalt dat de zijdelingse glaswanden integraal in het dak dienen te worden ingewerkt. Artikel 30, 1, b), bepaalt enkel dat de glaswanden bovenaan in het dak dienen te worden “ingewerkt”. Uit de in de offerte van de tussenkomen de partij opgenomen tekeningen blijkt dat het dak van het wachthuisje type “Enthoven” naar de voorkant van het wachthuisje toe enigszins oploopt, zodanig dat het dak gedeeltelijk boven de zijwanden “ zweeft” en deze wanden dus niet volledig in het dak zijn ingewerkt. Aangezien het bestek echter nergens een dergelijke constructie met gedeeltelijke inwerking van de zijwanden in het dak uitdrukkelijk uitsluit, stelt de Raad van State te dezen dan ook geen afwijking van het bestek vast. Het eerste middelonderdeel is bijgevolg niet gegrond, nu het is gesteund op een lezing van het bestek die de Raad van State niet tot de zijne maakt.

9.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft, bepaalt artikel 30, in fine, van het bestek “de cabine maakt 1 geheel uit met de constructie van het wachthuisje”.

De in het geding zijnde vermeldingen van de offerte van de tussenkomende partij luiden als volgt :

“De telefooncel kan geïntegreerd worden in het basisschuilhuisje van 4,5 meter. De dakstructuur wordt in dit geval verlengd met 30cm, waardoor er voldoende plaats is om op een rustige en discrete manier te telefoneren. [...]

[...]

Uit onderhoudsoverwegingen zouden wij kunnen adviseren om een vrije ruimte van +/- 20cm te laten tussen [de glazen wand van de telefooncel] en de vloerbedekking om de opstapeling van vuil te vermijden”.

Daargelaten de vraag of de voormelde besteksbepaling als essentieel moet worden aangemerkt, dicht de verzoekende partij het woord “kan” een betekenis toe als zou een telefooncel enkel met grote aanpassingen kunnen worden geïntegreerd in de door de tussenkomende partij voorgestelde wachthuisjes. Nochtans blijkt uit de tekeningen en de beschrijving in de offerte van de tussenkomende partij, zoals op bladzijde 54 daarvan, dat het woord “kan” dient te worden begrepen in die zin dat de integratie van een telefooncel in de wachthuisjes perfect mogelijk is, mits de dakstructuur met 30cm te verlengen. De verzoekende partij geeft aldus een onjuiste interpretatie aan het woord “kan”. Voorts moet de eis “één geheel” niet noodzakelijk worden gelezen in een zeer strikte zin van volledige integratie.

Wat betreft de tocht ruimte tussen de wand van de telefooncel en de vloerverharding, wordt nergens in het bestek een maximale of minimale waarde aan deze tussenruimte opgelegd. In de mate dat de verzoekende partij hier de miskenning zou bedoelen van de maximumruimte van 3cm die door het bestek wordt vereist voor de wachthuisjes, dient te worden vastgesteld dat deze bepaling enkel voor de wachthuisjes geldt en niet voor de telefoonsellen.

Voorts maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat een telefooncel niet zal kunnen worden geïntegreerd in de door de tussenkomende partij voorgestelde wachthuisjes van 3,5 meter, gelet op de voormelde voorgestelde techniek van verlenging van de dakconstructie.

Het tweede middelonderdeel is niet gegrond.

Aldus is het derde middel in zijn geheel niet gegrond.

Vierde middel

10. In haar memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij in een -nieuw- vierde middel de schending aan van “artikel 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van de plicht tot het voeren van een zorgvuldig en zuinig bestuur”.

Zij betoogt daartoe :

“Doordat het bestreden besluit van 8 juli 1999 de opdracht heeft gegund aan de n.v. City Advertising na een gunningsprocedure waarin ook de n.v. More Group Belgium een offerte had ingediend;

terwijl reeds op 11 juni 1999 was bekend gemaakt dat de moeder vennootschap van de n.v. City Advertising Belgium werd overgenomen door de moeder vennootschap van de n.v. More Group Belgium en dat ten gevolge daarvan de n.v. City Advertising en de n.v. More Group Belgium zouden fusioneren;

deze omstandigheid erop wijst dat tussen de n.v. City Advertising en de n.v. More Group Belgium mogelijkerwijze afspraken bestonden die de normale concurrentie konden beïnvloeden ten nadele van de derde kandidaat;

deze omstandigheid de stad Gent er minstens had toe moeten aanzetten deze kandidaten om nadere uitleg te vragen en de zaak nader te onderzoeken;

een dergelijk onderzoek of dergelijke vraag om informatie evenwel ontbreekt in het administratief dossier”.

11.1. De verwerende partij noemt in haar laatste memorie het vierde middel niet ontvankelijk wegens de laattijdigheid ervan. Zij argumenteert dat, aangezien het inleidend verzoekschrift 9 juli 1999 is gedagtekend en de fusie van de in het middel aangehaalde vennootschappen reeds op 11 juni 1999 werd bekendgemaakt, de verzoekende partij dit middel reeds had dienen op te werpen in haar inleidend verzoekschrift.

11.2. De Raad van State valt de verwerende partij bij: een middel dat, zoals te dezen, voor het eerst wordt aangebracht in de memorie van wederantwoord, is niet ontvankelijk indien het betrekking heeft op feiten of gegevens die de verzoekende partij reeds kende of kon kennen toen zij haar annulatieberoep instelde. De verzoekende partij voert geen enkele omstandigheid aan die haar zou hebben verhinderd om dit middel reeds in haar inleidend verzoekschrift te ontwikkelen. Het middel is niet ontvankelijk.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot
nietigverklaring, bepaald op 347,06 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in het beroep tot nietigverklaring,
bepaald op 123,95 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
veertien juli 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.