

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.257 van 14 juli 2009
in de zaak A. 87.667/XII-2298.**

In zake : de NV CITY ADVERTISING BENELUX,
geding hervat door de NV CLEAR CHANNEL BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16,

tegen :

de STAD BRUSSEL,
die woonplaats kiest bij
advocaat J.P. Lagasse,
kantoor houdende te Brussel,
Jamblinne de Meuxplein 41,

tussenkommende partij :

de NV J.C. DECAUX BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten B. Cambier en L. Cambier,
kantoor houdende te Brussel,
Winston Churchilllaan 253.

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

Gezien het verzoekschrift dat de nv City Advertising Benelux op
6 januari 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

“(1) het bestek nr. TV/98/47
en bij samenhang (2) het besluit van 14 oktober 1999 van het College van
Burgemeester en Schepenen van de Stad Brussel, waarbij de overheidsopdracht
van leveringen voor de fabricatie, de levering, de plaatsing, de
ingebruikstelling, het onderhoud en de instandhouding van stadsmeubilair voor
informatie, wachthuisjes voor reizigers en reclamehouders klaarblijkelijk werd
gegund aan de N.V. Decaux”;

Gelet op het arrest nr. 83.753 van 30 november 1999 waarbij de
vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de
tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 14 februari 2000;

Gelet op de beschikking van 20 maart 2000 die de tussenkomst van de NV J.C. Decaux toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien de memorie van de tussenkomende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 13 mei 2004 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 11 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 januari 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat E. De Lange, die loco advocaat J.-P. Lagasse verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat B. Asscherickx, die 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

1.1. De gemeenteraad van de verwerende partij besluit op 7 december 1998 om een algemene offerteaanvraag uit te schrijven voor de fabricatie, de levering, de plaatsing, de ingebruikstelling, het onderhoud en de instandhouding van

stadsmeubilair voor informatie, wachthuisjes voor reizigers en reclamehouders waarvan een gedeelte zal kunnen worden gebruikt voor reclamedoeleinden.

1.2. Wat betreft vrije varianten bepaalt het Hoofdstuk III - Technische bepalingen van het bestek het volgende :

“Artikel 10: Vrije varianten - Bijzondere bepalingen

a) De inschrijvers mogen, binnen de grenzen vastgelegd in onderhavig bestek en mits naleving van de bijzondere bepalingen van dit artikel vrije varianten voorstellen.

Deze mogen desgevallend enkel betrekking hebben op de fabricatie, de levering en de plaatsing van de wachthuisjes voor reizigers en/of van de reclamehouders, evenals op hun tijdelijke verwijdering, hun wederinstallatie en verplaatsing, hun onderhoud en instandhouding en op de huur voor publicitaire ruimten.
[...]

c) Voor wat de fabricatie en de afwerking betreft zijn de bepalingen van punt b. van respectievelijke paragrafen 3.2 en 4.2 van artikelen 3 en 4 van onderhavig Hoofdstuk III van toepassing voor de wachthuisjes voor reizigers en de reclamehouders die in vrije varianten zouden worden voorgesteld. Voor de wachthuisjes voor reizigers zijn eveneens de bepalingen van punten c., d. (specifieke toepassing op het type dat zou worden voorgesteld), f. en g. van artikel 3 van onderhavig Hoofdstuk III van toepassing.

Het in variante voorgestelde meubilair zal algemeen qua kleuren conform zijn aan de kleuren die voorgeschreven zijn in de hiervoor vermelde technische bepalingen.

Het zal beantwoorden aan de normen, functionele en esthetische kwaliteiten gelijkwaardig aan deze omschreven in het bijzonder bestek en zijn bijlagen.

d) De bepalingen van artikelen 5 (plaatsingsvoorschriften), 6 (bijkomende leveringen, 7 (onderhoud- en instandhouding), 8 (tijdelijke verwijdering en stockering - wederinstallatie - verplaatsing) en 9 (aanplakking en publiciteit - bijkomende diensten)”).

Klaarblijkelijk is een zinsdeel (“zijn van toepassing op het in variante voorgestelde meubilair” van artikel 10, d), in de Nederlandse versie van het bestek weggefallen, aangezien deze bepaling in de Franse versie van het bestek als volgt luidt :

“d) Aux mobiliers proposés en variante s’appliquent les dispositions des articles 5 (prescriptions de placement), 6 (fournitures complémentaires), [...]”.

Dit bestek is het eerste voorwerp van het beroep.

1.3. Op 25 februari 1999 beslist het college van burgemeester en schepenen van verwerende partij om, met het oog op het onderzoek van de offertes, een jury samen te stellen uit de verschillende diensten van de stad. Deze beslissing wordt gevolgd door een besluit van 16 april 1999 van het college van burgemeester en schepenen waarbij de leden van die jury worden aangesteld.

1.4. Op 19 april 1999 worden de offertes geopend. Er zijn drie inschrijvers : verzoekende partij, tussenkomende partij en de NV More Group Belgium.

Op 22 juni 1999 wordt een gunningsverslag opgemaakt. In dit verslag worden dertien voorstellen regelmatig verklaard en als volgt gerangschikt :

- “1) N.V. JC Decaux Belgium, variant nr. 2
- 2) N.V. JC Decaux Belgium, variant nr. 1
- 3) N.V. JC Decaux Belgium, variant nr. 3
- 4) N.V. JC Decaux Belgium, variant nr. 2
- 5) N.V. JC Decaux Belgium, variant nr. 1
- 6) N.V. JC Decaux Belgium, variant nr. 3
- 7) N.V. JC Decaux Belgium, basisofferte
- 8) More Group Belgium N.V., variant nr. 2
- 9) More Group Belgium N.V., variant nr. 4
- 10) N.V. JC Decaux Belgium, basisofferte
- 11) City Advertising Benelux N.V.: variant nr. 2
- 12) City Advertising Benelux N.V.: variant nr. 1
- 13) City Advertising Benelux N.V.: basisofferte”.

Het college van burgemeester en schepenen van verwerende partij beslist op 14 oktober 1999 om de opdracht toe te wijzen aan tussenkomende partij, voor haar variant nr. 3. Verwerende partij motiveert haar keuze voor dit voorstel - dat samen met variant nr. 1 op de tweede plaats werd gerangschikt - aan de hand van het minieme puntenverschil van één punt met het eerst gerangschikte voorstel en het feit dat de variant nr. 3 qua vormgeving een onbetwistbare artistieke meerwaarde biedt die zal bijdragen aan het opwaarderen van de esthetische kwaliteit van de stedelijke omgeving. Dit collegebesluit is de tweede bestreden beslissing.

Op 4 november 1999 stuurt verwerende partij een kopie van de beslissing van 14 oktober 1999 en van het gunningsverslag aan de raadsman van verzoekende partij.

Eveneens op 4 november 1999 stelt verzoekende partij een beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen het bestek en de toewijzingsbeslissing. Deze vordering wordt door de Raad van State verworpen bij arrest nr. 83.753 van 30 november 1999, wegens het ontbreken van ernstige middelen.

De ontvankelijkheid van het beroep

2.1. Tussenkomen de partij werpt in een eerste exceptie de onontvankelijkheid van het beroep op wegens gebrek aan belang. Zij betoogt hiertoe dat verzoekende partij enerzijds artikel 11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en anderzijds 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, heeft geschonden doordat verzoekende partij en de derde inschrijver, de nv More Group Belgium, ten laatste midden juni 1999 filialen zijn geworden van eenzelfde moedermaatschappij, de nv Clear Channel Belgium. Uit dit feit volgt dat de offertes van verzoekende partij en van de nv More Group Belgium in geen enkel geval in aanmerking mochten worden genomen :

- “- hetzij omdat het gaat om twee offertes ingediend door twee vennootschappen, filialen van de vennootschap Clear Channel, wat een inbreuk betekent op artikel 103 van het KB van 8 januari 1996 dat verbiedt meerdere offertes in te dienen of twee offertes te handhaven;
- hetzij omdat deze inschrijvingen, het weerhouden ervan na de opslorping van de groep Dauphin door Clear Channel en hun opeenvolgende klachten, een schending inhouden van artikel 11 van de wet van 24 december 1993 dat bepaalt: ‘elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden’.”

2.2. De Raad van State stelt vast dat tussenkomen de partij niet aantoont dat verzoekende partij en de nv More Group Belgium een handeling hebben gesteld, een overeenkomst hebben gesloten of een afspraak hebben gemaakt die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen verstoren. Tussenkomen de partij toont aldus niet aan dat artikel 11 van de wet van 24 december 1993 zou zijn geschonden. Daarnaast vormden verzoekende partij en de nv More Group Belgium ten tijde van het uitschrijven van de offerteaanvraag en het openen van de offertes twee onderscheiden rechtspersonen en traden zij op als twee inschrijvers, die elk een onderscheiden offerte hebben ingediend, zodat ook het artikel 103 van voornoemd

koninklijk besluit niet geschonden kan zijn, nu dat gewag maakt van “ieder inschrijver”- in het enkelvoud - aan wie wordt verboden meer dan één offerte in te dienen, afgezien van eventuele varianten. De exceptie wordt verworpen.

3.1. In een tweede exceptie stelt tussenkomende partij dat het beroep onontvankelijk is wegens laattijdigheid. Deze exceptie wordt als volgt verwoord :

“Het bestek of bijzonder lastenboek kan niet meer bestreden worden, vermits de beroepstermijn van 60 dagen reeds verstreken is, zodat de beslissing tot vaststelling van het bestek definitief geworden is.

Bijgevolg kan ook de gunningsbeslissing niet meer ontvankelijk bestreden worden op basis van argumenten die steunen op de onwettigheid van het bijzonder lastenboek.

Bovendien heeft de verzoekende partij geen belang bij het inroepen van middelen die de onwettigheid van het bestek betreffen aangezien de onwettigheid van het bestek enkel tot gevolg heeft dat de opdracht ook niet aan verzoekende partij zou kunnen gegund worden.

Het niet tijdig bestrijden van het bestek heeft tot gevolg dat verzoekende partij ook geen belang heeft om de gunningsbeslissing te bestrijden op grond van middelen die het bestek betreffen.”

3.2.1. Wat het bestek betreft is de exceptie gegrond en is het beroep in zoverre niet ontvankelijk : er mag worden aangenomen dat verzoekende partij bij het indienen van haar inleidend verzoekschrift op 6 januari 2000 meer dan zestig dagen kennis had van het bestek, nu de opening der offertes reeds plaatsvond op 19 april 1999 en de daaraan voorafgaande publicaties van de opdracht in de loop van februari 1999.

3.2.2. Wat de bestreden toewijzingsbeslissing betreft, mogen, zoals de Raad van State in algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak bij arrest nr. 152.173 van 2 december 2005 inzake nv Labonorm, heeft gewezen, de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. Verzoekende partij mag derhalve tot staving van haar beroep tegen de bestreden toewijzingsbeslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij, zoals te dezen het geval is, de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet ontvankelijk heeft aangevochten bij de Raad van State.

De exceptie is niet gegrond in die mate dat ze de toewijzingsbeslissing, het tweede voorwerp van het beroep, betreft.

De gegrondheid van het beroep

4. Verzoekende partij steunt een *eerste middel* op de schending van “artikel 49 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen en diensten, van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering en van het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht en het beginsel van het rechtmatig vertrouwen”. Zij brengt dit middel aan in twee onderdelen.

Het eerste middelonderdeel luidt als volgt :

“Doordat, eerste onderdeel, uit het gunningsverslag blijkt dat de verschillende offertes werden beoordeeld door een jury; dat verwerende partij in de zittingen van 25 februari en 16 april 1999 het beginsel van de samenstelling van een jury goedkeurde; dat in het bestek nergens sprake is van een jury of dat de verwerende partij gebruik zou maken van de formule van de wedstrijdofferte-aanvraag,

terwijl, een wedstrijdofferte-aanvraag gekenmerkt wordt door het optreden van een jury, de omstandigheid dat het bestek een aantal minimumvoorwaarden en vereisten opgeeft waaraan het voorstel moet voldoen en dat de uitwerking aan de opvattingen en vormgeving van de gegadigden wordt overgelaten [...]; dat in huidig geval uit de concrete gegevens van de zaak blijkt dat de kenmerken aanwezig zijn om de overheidsopdracht als een wedstrijdofferte-aanvraag in de zin van artikel 49 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 te bestempelen; dat in casu er een jury aanwezig was en voor het overige aan de gegadigden vrije ruimte werd gelaten aangaande het uitzicht en de esthetiek van het te plaatsen meubilair; dat niet de in het bestek formeel gebruikte benaming van belang is, doch wel de werkelijke inhoud van de gevolgde handelswijze en de doelstellingen die worden nagestreefd [...]; dat het in huidig geval gaat om een wedstrijdofferte-aanvraag;

dat artikel 49 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 stipuleert dat de samenstelling en de wijze van optreden van de jury bepaald worden in het bestek; dat de aanbestedende overheid de zorgvuldigheid moet hebben om de gegadigden er voorafgaand via het bestek ervan te verwittigen dat er een jury zal oordelen over de offertes, waardoor het de gegadigden duidelijk is dat de aanbestedende overheid beroep doet op de wedstrijdofferte-aanvraag; dat de gegadigden mogelijkerwijze op een heel andere manier hun offertes zouden hebben voorbereid mochten zij geweten hebben dat een jury de offertes zou beoordelen; dat hierdoor de gelijke behandeling van de gegadigden kan zijn aangetast, omdat sommige gegadigden, via interne contacten toch op de hoogte geraken van de werkelijke toedracht en hun offerte hierop afstemmen; dat in casu in het bestek niet wordt vermeld dat men beroep zal doen op een jury en dus a fortiori ook niet de samenstelling regelt; dat verwerende partij hiertoe wel voorafgaand aan de opening van de offertes heeft beslist, zodat het eventueel mogelijk is dat de [tussenkomen]de partij hiervan op de hoogte was en haar offerte aldus heeft aangepast; dat het niet naleven van deze formele vereiste substantieel is, omdat zij kan leiden tot een schending van het

gelijkheidsbeginsel en hierdoor de onwettigheid meebrengt van de gunningsbeslissing zelf; dat de aanbestedende overheid in dit geval artikel 49 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 heeft geschonden, waardoor de gunningsbeslissing onwettig is;

dat deze miskennis des te flagranter is, daar is gebleken dat de esthetiek een doorslaggevende rol heeft gespeeld bij de toewijzing; dat verzoekende partij aldus werd verschalkt in het door het bestek gewekt vertrouwen”.

In het tweede middelonderdeel wordt betoogd wat volgt :

“Doordat, tweede onderdeel, in het gunningsverslag (van de jury) offerte nr. 8, nl. de geïndexeerde variante nr. 2 van de N.V. JC Decaux Belgium als beste wordt naar voorgeschoven, daar waar in de gunningbeslissing zelf wordt gekozen voor offerte nr. 10, nl. de geïndexeerde variante nr. 3 van de N.V. JC Decaux Belgium;

terwijl, reeds is aangetoond dat de aanbestedende overheid in casu beroep heeft gedaan op de wedstrijdofferte-aanvraag; dat de opdrachtgever ‘uitermate ernstige redenen’ moet hebben om af te wijken van het advies van de jury [...]; dat in huidig geval de aanbestedende overheid afwijkt van het advies van de jury zonder dit op enige wijze te motiveren; dat bijgevolg de gunningsbeslissing niet op afdoende wijze is gemotiveerd, teneinde verzoekende partij inzicht te verschaffen in het feit waarom verwerende partij is afgeweken van het advies van de jury, wat een schending uitmaakt van de formele motiveringsplicht, zoals deze voortvloeit uit de wet van 29 juli 1991; dat er in elk geval geen enkele deugdelijke reden aanwezig was - ook niet in het administratief dossier - voor verwerende partij om het advies van de jury niet te volgen, zodat de gunningsbeslissing niet steunt op deugdelijke en draagkrachtige motieven, wat een schending uitmaakt van de materiële motiveringsplicht”.

5. De beide onderdelen van het eerste middel gaan uit van de veronderstelling dat er te dezen sprake is van een wedstrijd in de zin van artikel 49 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Deze bepaling luidt onder meer als volgt :

“Artikel 49.

§1. Wanneer de overheidsopdracht voor aanneming van leveringen zowel het opmaken van een ontwerp als de uitvoering ervan betreft, kan worden overgegaan tot een wedstrijd waarbij een jury wordt aangesteld waarvan de samenstelling en de wijzen van optreden in het bestek worden bepaald.

Deze jury bestaat uit minimum vijf leden van wie ten minste één noch behoort tot de aanbestedende overheid noch tot een openbaar bestuur.

De leden van de jury moeten totaal onafhankelijk zijn van de aannemers, leveranciers of dienstverleners die aan de wedstrijd zouden kunnen deelnemen, en moeten in het betrokken domein blijk geven van een onbetwistbare deskundigheid.

§2. Het bestek somt verplicht alle criteria op volgens het hun toegewezen belang die de jury als basis zal nemen voor de beoordeling van de voorgestelde ontwerpen.

De opdracht wordt gegund door de bevoegde overheid na advies van de jury”.

De beslissing van verwerende partij van 7 december 1998 waarbij de kwestieuze opdracht wordt uitgeschreven luidt: “De opdracht zal worden gegund bij algemene offerteaanvraag volgens de gunningscriteria bepaald in het bestek TV/98/47”. Dit bestek draagt midden op de eerste pagina, in hoofdletters, de vermelding “Algemene offerteaanvraag”. Verwerende partij suggereert dus nergens dat de opdracht door middel van een wedstrijd zal worden gegund.

Zoals vastgesteld in het feitenrelaas besluit verwerende partij om de offertes te laten onderzoeken door een werkgroep samengesteld uit ambtenaren van de verschillende stadsdiensten. In tegenstelling tot hetgeen verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord betoogt, is het gebruik van de term “jury” in dat verband niet decisief om te besluiten tot de toepasselijkheid van artikel 49 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Het samenstellen van een comité of een werkgroep om de ingediende offertes te beoordelen en om het aanbestedend bestuur te adviseren middels een verslag is bovendien geen ongewone praktijk bij de gunning van overheidsopdrachten, zodat verzoekende partij voor de Raad van State niet geloofwaardig kan aanvoeren dat een dergelijke werkgroep, samengesteld uit ambtenaren van de verschillende diensten van de stad, noodzakelijkerwijze een jury zou uitmaken in de zin van het aangehaalde artikel 49 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarvan de samenstelling en de werking uitdrukkelijk in het bestek dienen te worden bepaald, die dient te zijn samengesteld uit minimum vijf leden, waarvan ten minste één niet tot het aanbestedende bestuur behoort, en waarvan de leden blijken dienen te geven van een onbetwistbare deskundigheid in het betrokken domein.

Beide onderdelen van het eerste middel zijn ongegrond nu ze gesteund zijn op een onjuiste feitelijke premisse.

Verzoekende partij benadrukt in haar laatste memorie dat “zelfs in de mate dat voorliggende procedure niet aangezien kon worden als een wedstrijd-offerte aanvraag” de afwijzing van een advies van een jury te dezen niet “op enige wijze” werd gemotiveerd.

Dit standpunt wordt niet bijgevalen. Daargelaten de vraag of met deze grief de oorspronkelijke teneur van het middelonderdeel -gesitueerd in de verkeerde toepassing van het voormelde artikel 49- niet wordt gewijzigd, en of verzoekende partij belang heeft bij die grief, berust de argumentatie van verzoekende partij niet op een juiste feitelijke grondslag. In de bestreden beslissing wordt immers uiteengezet dat om reden van esthetische meerwaarde een ander voorstel van de tussenkomen partij werd verkozen boven datgene dat door de “jury” werd voorgesteld.

Het middel is in zijn geheel niet gegrond.

6. In een *tweede middel* voert verzoekende partij de schending aan van “het Bestek nr. TV/98/47, van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel”.

Met dit middel bekritiseert verzoekende partij de keuze van verwerende partij voor de variante nr. 3 ingediend door tussenkomen partij. Zij betoogt daartoe dat verwerende partij bij deze keuze een gunningscriterium heeft gehanteerd waarin het bestek niet voorziet, namelijk de “esthetische kwaliteit” en dat verwerende partij aldus het bestek en de in het middel aangehaalde beginselen heeft geschonden.

7. In het auditoraatsverslag wordt dit middel niet ontvankelijk bevonden bij gebrek aan belang. De drie voorstellen van verzoekende partij werden immers -zonder gebruik te maken van het “esthetische criterium”- door verwerende partij pas op de elfde tot dertiende plaats gerangschikt en aldus zouden deze voorstellen, na een eventuele nietigverklaring van de bestreden gunningsbeslissing, hoe dan ook niet in aanmerking kunnen worden genomen voor de toewijzing van de opdracht. Verzoekende partij bekritiseert bovendien geenszins deze rangschikking van de offertes. In haar laatste memorie komt verzoekende partij evenmin terug op dit middel want zij beperkt zich daar tot een loutere verwijzing naar het inleidend verzoekschrift en haar memorie van wederantwoord. De Raad van State ziet geen

redenen om af te wijken van de bevindingen van het auditorsverslag. Het middel is niet ontvankelijk.

8. Verzoekende partij put een *derde middel* uit de schending van “artikel 16.1 van de Europese richtlijn 93/36/EEG van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen en diensten”.

Verzoekende partij verwoordt dit middel voorts als volgt :

“doordat, verwerende partij bij het nemen van de toewijzingsbeslissing heeft gekozen voor het “Horta-model” van de N.V. JC Decaux Belgium; dat de Raad van State, in het schorsingsarrest nr. 83.753 van 30 november 1999, heeft geoordeeld dat verwerende partij op grond van deze vrije variatie de opdracht aan de N.V. JC Decaux Belgium kon gunnen, daar met betrekking tot de esthetische kwaliteiten van het wachthuisje de vrije varianten krachtens het bestreden bestek slechts gelijkwaardig moesten zijn aan de vereisten van het bestek;

terwijl, artikel 16.1 van de Europese Richtlijn 93/36/EEG en artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 de aanbestedende overheid de mogelijkheid laat de voorgestelde varianten in overweging te nemen, voor zover ze voldoen aan de door de aanbestedende overheid gestelde minimumvereisten, vereisten die de aanbestedende overheid in het bestek dient te vermelden; dat deze bepalingen in de reglementering overheidsopdrachten zijn ingevoerd om te vermijden dat de gegadigden op een vrije wijze zouden kunnen afwijken van de besteksvoorwaarden [...]; dat deze bepalingen voortvloeiën uit de zorg om zoveel mogelijk een gelijke behandeling van de gegadigden te waarborgen; dat deze bepalingen bijgevolg strikt moeten worden geïnterpreteerd;

dat in casu het bestek de mogelijkheid van vrije varianten voorzag en bepaalde dat deze varianten aangaande de normen en de functionele en esthetische kwaliteiten ‘gelijkwaardig’ moeten zijn aan deze omschreven in het bijzonder bestek en zijn bijlagen; dat volgens het Van Dale-woordenboek onder ‘gelijkwaardig’ moet begrepen worden ‘van gelijke waarde, ..., maar in vorm, soort of hoedanigheid verschillend’; dat aldus het begrip ‘gelijkwaardig’ vaag is en ruimte laat voor een brede interpretatie, waardoor de gegadigden als het ware opnieuw bepaalde uitvoeringswijzen kunnen suggereren die min of meer gelijkwaardig zijn; dat dergelijk uitgebreide notie niet past binnen de geest van artikel 16.1 van de Europese Richtlijn 93/36/EEG en artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 en aan de gegadigde aldus de mogelijkheid wordt geboden om op ongeoorloofde wijze af te wijken van de besteksvoorwaarden; dat op die wijze de notie ‘suggestie’ via een achterpoortje terug de reglementering overheidsopdrachten binnenkomt; dat uit het arrest Van Hool blijkt dat suggesties in het kader van de reglementering overheidsopdrachten niet kunnen aanvaard worden [...]; dat artikel 16.1 van de Europese Richtlijn 93/36/EEG en artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 enkel varianten toelaat en geen

suggesties; dat bijgevolg door de handelwijze van verwerende partij de hierjuist vermelde artikelen geschonden zijn;

dat, mocht uw Raad niet overtuigd zijn van deze interpretatie, vraagt verzoekende partij dat volgende vraag tot uitlegging in de zin van artikel 177 EU-Verdrag zou worden gesteld aan het Hof van Justitie:

‘Dient artikel 16.1 van de Europese Richtlijn 93/36/EEG in die zin geïnterpreteerd te worden dat dit artikel niet toelaat aan een aanbestedende overheid in een bestek, wanneer vrije varianten worden toegelaten, bij de omschrijving van minimumvereisten, waaraan de vrije varianten moeten voldoen, stelt dat het voldoende is dat bepaalde kwaliteiten van de vrije variant ‘gelijkwaardig’ zijn aan de besteksvoorwaarden’;

dat, als het antwoord op deze vraag positief wordt beantwoord, het duidelijk is dat de besteksbepaling van artikel 10 c) onwettig is en verwerende partij onmogelijk op grond van een onwettige bepaling een overheidsopdracht kon toewijzen; dat in casu is gebleken dat verwerende partij juist op grond van het begrip ‘gelijkwaardigheid’ de overheidsopdracht heeft kunnen toekennen aan de N.V. JC Decaux Belgium”.

9. Verzoekende partij ontwikkelt dit middel vanuit de invalshoek dat het bestek inzake de vrije varianten enkel zou bepalen dat met betrekking tot de esthetische kwaliteiten van het wachthuisje de vrije varianten “slechts” gelijkwaardig moesten zijn aan de vereisten van het bestek. Zij verbindt aan de zinsnede uit het bestek “beantwoorden aan de normen, functionele en esthetische kwaliteiten gelijkwaardig aan deze omschreven in het bijzonder bestek en zijn bijlagen” de conclusie dat het begrip “gelijkwaardig” een te uitgebreide notie is, niet inpasbaar in de geschonden geachte bepalingen.

Die stelling wordt niet bijgevallen. Het hiervoor aangehaalde artikel 10 van Hoofdstuk III - Technische bepalingen van het bestek, bepaalt immers uitdrukkelijk dat de vrije varianten dienen te voldoen aan voorwaarden, namelijk de voorwaarden uiteengezet in artikel 3.2, b., c., d., f. en g., artikel 4.2., b., en de artikelen 5, 6, 7, 8 en 9 van hetzelfde hoofdstuk van het bestek. Deze bepalingen zijn te beschouwen als de door het bestek voor varianten voor te schrijven minimumvoorwaarden in de zin van artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993 en artikel 16.1 van de voormelde richtlijn.

Het derde middel is niet gegrond aangezien het is gesteund op een foutieve lezing van het bestek. De in het middel opgeworpen prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie dient dan ook niet te worden gesteld, nu die foutieve lezing zich vertaalt in de verwoording van de vraag.

Verzoekende partij ontwikkelt in haar laatste memorie onder de hoofding “derde middel” een argumentatie die ervan uitgaat dat, indien alle vrije varianten aan alle technische voorschriften dienden te voldoen, zij alle substantieel onregelmatig zijn. Die nieuwe invulling van het middel is niet ontvankelijk. Er wordt immers niet aangetoond om welke reden ze ook niet al in het inleidend verzoekschrift kon worden opgenomen.

10. Verzoekende partij voert in een *vierde middel* de schending aan van “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motiveringsplicht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, i.h.b. de materiële motiveringsplicht, het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel en met toepassing van artikel 159 van de Grondwet”.

Zij betoogt daartoe :

“doordat, uit een deskundigenonderzoek van het bureau AIB-Vincotte Belgium is gebleken dat, wat betreft de wachthuisjes (basismodel EO voorgesteld door verwerende partij), het voorwerp van de opdracht zoals gevraagd door de overheid niet conform is aan de veiligheidsnormen, die terzake gelden;

dat via de tweede bestreden beslissing de N.V. Decaux niettemin door verwerende partij zou zijn weerhouden als uitvoerder van de opdracht;

en doordat verzoekende partij, bij de indiening van haar offerte, verwerende partij erop wees dat men op grond van de technische beschrijving wachthuisjes zou bekomen die niet beantwoorden aan de ter zake geldende normen (zie offerte verzoekende partij blz. 55 : verzoekende partij wijst erop dat de conceptie van het dak herzien moet worden, waardoor het basismodel EO moet verlaten worden. Het wachthuisje is niet conform de weerbaarheids- en veiligheidsvoorschriften. Dit volgt uit een rapport van het bureau AIB Vincotte) en dit zonder dat zulks als een verboden voorbehoud kan worden beschouwd, nu deze opwerping betrekking heeft op een decisief, want veiligheidsaspect van het bestek (R.v.St., N.V. VAG, nr. 61.395, 29 augustus 1996);

terwijl, elke eenzijdige administratieve rechtshandeling dient te steunen op juiste feitelijke gegevens en geen vergissingen mag bevatten, die niet stroken met de realiteit (schending van de formele motiveringswet, materiële motiveringsplicht en de regels van gelijkheid en niet-discriminatie); dat deze regel ook geldt voor een bestek in het kader van een overheidsopdracht (zie R.v.St., Rubbens, nr. 28.242, 26 juni 1987); dat de onwettigheid van een bestek, ondermeer op grond van de schending van de materiële motiveringsplicht, mag ingeroepen worden in het kader van de bestrijding van de gunningsbeslissing (R.v. St. , Rubbens, nr. 28. 242, 26 juni 1987);

dat in casu, via het verslag AIB-Vincotte, onomstotelijk is komen vast te staan dat, wat betreft de wachthuisjes, de uitvoering van de technische omschrijving in het bestek (bijlage 5 bij het bestek en de technische plannen) onvermijdelijk leidt tot een wachthuisje dat niet beantwoordt aan de ter zake geldende veiligheidsnormen en niet realiseerbaar is; dat aldus het bestek steunt op een

gegeven dat feitelijk niet juist is, daar de bestekgegevens blijkbaar technisch leiden tot een oplossing die in realiteit niet veilig is; dat het bestek bijgevolg steunt op een niet draagkrachtig motief en de materiële motiveringsplicht schendt, waardoor ook de gunningsbeslissing, die hierop steunt, eveneens aangetast is door een onwettigheid; dat bovendien dergelijk bestek geen gelijke behandeling toelaat, aangezien het voorwerp van de opdracht onvermijdelijk tot een scheeftrekking van de mededinging leidt, nu de overheid wordt gevraagd een keuze te maken uit voorstellen, die (moeten) gesteund zijn op een concept dat niet veiligheidsconform is; dat, wanneer een inschrijver de overheid hierop wijst, de overheid rekening dient te houden met deze terechte opwerping, teneinde precies de gelijke behandeling te kunnen herstellen; dat in casu verzoekster, naast de basisofferte met voormeld, terecht en gerechtvaardigd voorbehoud, een toegelaten variante offerte heeft ingediend, die wel beantwoordt aan de veiligheidsnormen; dat verzoekster zodus niet van meetafaan verplicht was om het bestek aan te vechten, nu zij niet kansloos was (R.v.St., Thierry Bollaerts, nr. 74.399, 23 juni 1998 en verslag Auditeur Stevens, T.B.P., 1998, 843);

dat de zorgvuldigheidsplicht inhoudt dat de aanbestedende overheid moet oordelen of het verantwoord is om een bepaalde vergissing al dan niet recht te zetten, zeker wanneer het gaat om een decisief aspect; dat bovendien een zorgvuldige administratieve overheid zich hoe dan ook zoveel mogelijk moet laten inlichten door deskundigen (Lambrechts, W., ‘Het zorgvuldigheidsbeginsel’, in Opdebeeck, I. (ed.), Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Deurne, Kluwer, 1993, 35-36), vooral wanneer de overheid wordt gewezen op bepaalde anomalieën; dat, vermits verzoekende partij de aanbestedende overheid van meetafaan, dit is in de offerte, hiervan op de hoogte heeft gebracht, evidentierwijze voldaan is aan het bepaalde in artikel 98, 1/ K.B. van 8 januari 1996 en zij bijgevolg niet verplicht is dit nogmaals te signaleren ‘vóór de opening van de offertes’; dat, in casu duidelijk blijkt dat verwerende partij geen rekening heeft gehouden met de technische opmerkingen van verzoekende partij omtrent de niet-haalbaarheid van de basismodel van het wachthuisje omschreven in het bestek; dat verwerende partij helemaal geen beroep meer heeft gedaan op een deskundige, toen verzoekende partij haar op de hoogte bracht van de vergissing in het bestek, dat ten slotte nergens uit blijkt dat verwerende partij de opmerking van verzoekende partij zelfs maar in overweging zou hebben genomen, aangezien zonder meer werd toegewezen aan een derde, precies op grond van datzelfde bestek”.

In het voormelde tussenarrest werd hetzelfde middel als volgt beoordeeld en niet ernstig bevonden :

“Overwegende dat de verwerende partij terecht opmerkt dat verzoekster de opmerkingen van AIB-Vincotte betreffende de beantwoording aan de veiligheidsnormen van het basismodel blijkbaar niet als onoverkomelijk heeft beschouwd, daar zij twee varianten heeft voorgesteld, die als voordeel onder meer hebben de weerstand tegen gewicht, wind en vandalisme te verbeteren; dat verzoekster met betrekking tot haar basisofferte geen voorbehoud heeft geformuleerd; dat zij enkel als laatste argument bij de eerste variante aanstipt dat het dak van het basismodel niet overeenstemt met de veiligheidsnormen; dat overigens artikel 98, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken bepaalt dat, zo de inschrijver

in het bestek of in de aanvullende documenten zodanige vergissingen of leemten vaststelt dat het hem onmogelijk is een prijs te berekenen of dat de vergelijking van de offertes niet meer opgaat, hij daarvan voor de opening der offertes kennis moet geven aan de aanbestedende overheid; dat indien verzoekster tijdig haar opmerkingen had geformuleerd, de verwerende partij had kunnen oordelen, eventueel na raadpleging van deskundigen, of de vergissing dermate belangrijk was dat de opening van de inschrijvingen verdaagd diende te worden om de vergissing te kunnen rechtzetten; dat dit alles aantoont dat verzoekster het gebrek niet onoverkomelijk achtte; dat het alleszins kon worden vermeden door een of meer varianten in te dienen die wel aan de veiligheidsvoorschriften voldeden, wat ook verzoekster heeft gedaan; dat de opdracht aan de NV J.C. Decaux overigens niet werd gegund voor het basismodel maar voer een variante; dat in de huidige staat van de rechtspleging niet blijkt dat de kwestie van de veiligheid van het basismodel en dus, een onregelmatigheid van het bestek, een vergelijking van de offertes onmogelijk heeft gemaakt; dat de verplichting tot formele motivering niet geldt voor overheidshandelingen met een reglementair karakter zoals een bestek; dat het middel niet ernstig is”.

Noch in haar memorie van wederantwoord, noch in haar laatste memorie wijdt verzoekende partij enige bespreking aan deze motieven op grond waarvan haar middel wordt verworpen. Zij beperkt zich tot een verwijzing naar het inleidend verzoekschrift.

De Raad van State ziet dan ook des te minder reden om deze overwegingen niet tot de zijne te maken bij de huidige beoordeling ten gronde en bevindt het middel om dezelfde redenen niet gegrond.

11. In een *vijfde middel* werpt verzoekende partij de schending op van “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 110, §2 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen en diensten, van het Bestek nr. TV/98/47, van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel”.

Verzoekende partij stelt dat tussenkomen partij bij haar offerte niet de door het bestek vereiste nota heeft gevoegd over de technische haalbaarheid van het basismodel voor de wachthuisjes. Doordat verwerende partij desondanks toch de opdracht aan tussenkomen partij heeft gegund, zijn volgens verzoekende partij de in het middel aangehaalde bepalingen geschonden.

Behoudens een laatste alinea, is dit middel omzeggens identiek aan het derde middel dat tot ondersteuning van de vordering tot schorsing werd aangevoerd. Het voormelde tussenarrest wees als volgt het middel af :

“Overwegende dat blijkens de technische bijlage nr 5 bij het bestek de offerte vergezeld moest zijn van ‘une note de calcul justifiant tous les endroits soumis à contrainte... (fixations à T.2 et au tube Po.1, inserts)’; dat zich in het administratief dossier bij de offerte van de NV J.C. Decaux een stuk ‘notes de calcul’, bevattende een onderdeel ‘exemple de calcul pour l’abri EO’ bevindt; dat op het eerste gezicht niet blijkt dat dit stuk niet zou beantwoorden aan wat door het bestek is gevraagd noch dat het slechts naderhand zou zijn neergelegd; dat het middel niet ernstig is”.

Verzoekende partij voegde in haar inleidend annulatie-verzoekschrift aan het middel deze alinea toe :

“dat uit het administratief dossier is gebleken dat Decaux een dergelijk document heeft nagestuurd, minstens dat nergens uit blijkt dat dergelijk document bij de offerte, zoals gevraagd, was gevoegd; dat aldus Decaux blijkbaar de gelegenheid heeft gekregen om haar onregelmatige offerte te ‘regulariseren’, in strijd met de gelijke behandeling”.

Noch in haar memorie van wederantwoord noch in haar laatste memorie doet verzoekende partij iets anders dan louter te verwijzen naar haar verzoekschrift. Zij moet aldus worden geacht zich te hebben neergelegd bij die overwegingen van het tussenarrest, in zoverre dit de grief betrof dat het betrokken document niet was neergelegd. De bijkomende grief, dat het document naderhand zou zijn neergelegd, kan niet uit het administratief dossier worden afgeleid.

Mede onder verwijzing naar de overwegingen van het tussenarrest die de Raad van State ook ten gronde tot de zijne maakt, bevindt hij het middel niet gegrond.

12. Verzoekende partij steunt een *zesde middel* op de schending van “artikel 16 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen en diensten, van artikel 115, 3/ lid van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 en van het Bestek nr. TV/98/47, van het gelijkheidsbeginsel”.

Verzoekende partij betoogt daartoe in essentie dat de door verwerende partij gekozen variante “Horta” niet voldoet aan de minimumvoorwaarden van het bestek. Door toch voor deze variante te kiezen heeft verwerende partij de in het middel aangehaalde rechtsbepalingen geschonden.

Het middel is identiek aan het vierde middel dat ter ondersteuning van de vordering tot schorsing is aangevoerd. Het werd in het betrokken tussenarrest als volgt afgedaan :

“Overwegende dat de verwerende partij terecht opwerpt dat artikel 3 van hoofdstuk III (pp. 32-34) van het bestek geenszins een opsomming bevat van minimumvereisten waaraan ook de vrije varianten moeten voldoen, doch de beschrijving inhoudt van de basisofferte, waarvan artikel 10, b, enkel een beperkt aantal voorschriften van toepassing verklaart op de vrije varianten, namelijk de artikelen 3.2.b, c, d, f en g, en 4.2.f; dat dan ook enkel die laatste bepalingen te beschouwen zijn als door het bestek voorgeschreven minimumvoorwaarden in de zin van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, levering en diensten; dat niet wordt aangetoond dat de gekozen variante van de NV J.C. Decaux met een van die bepalingen strijdt; dat meer bepaald geen ervan betrekking heeft op de esthetiek; dat de verwijzing in artikel 10, c, van hoofdstuk III van het bestek naar de esthetische kwaliteiten omschreven in het bijzonder bestek en zijn bijlagen enkel op een ‘gelijkwaardigheid’ doelt; dat het middel niet ernstig is”.

Verzoekende partij doet in haar memorie van antwoord en laatste memorie niets anders dan te verwijzen naar haar eerdere procedurestukken. De Raad van State ziet mede hierom geen redenen om de overwegingen van het tussenarrest niet tot de zijne te maken. Het middel is niet gegrond.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

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