

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.754 van 27 januari 2011
in de zaak A. 198.653/XII-6455**

In zake: de NV CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leen De Vuyst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD SINT-NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 december 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Sint-Niklaas van 13 december 2010 om de beide percelen van de opdracht : ‘Leveren, plaatsen, onderhouden en exploiteren van autobuswachthuisjes, stadplanborden en installaties voor het collecteren van afval op het grondgebied Sint-Niklaas, gebonden aan het verwerven voor een termijn van 15 jaar van het alleenrecht op het voeren van publiciteit op deze constructies toe te wijzen aan de firma JC Decaux Belgium nv, Groendreef 50, 1000 Brussel, voor een periode van 15 jaar op basis van voorstel wachthuisje Traffic’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 januari 2011, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten David D’Hooghe en Leen De Vuyst, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Jochen Honnay, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De Stad Sint-Niklaas schrijft een overheidsopdracht onder de vorm van een algemene offerteaanvraag uit voor het leveren, plaatsen, onderhouden en exploiteren van straatmeubilair op het openbaar domein van de stad. De opdracht wordt gegund voor een periode van 15 jaar, ingaande op dag na betekening van de toewijzing van de opdracht.

3.2. De opdracht wordt op 6 mei 2010 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 8 mei 2010 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven in het bestek:

“De opdracht bestaat uit het ter beschikking stellen van straatmeubilair aan het stadsbestuur voor enerzijds het verstrekken van stedelijke, administratieve, socio-culturele en toeristische informatie aan de bevolking en anderzijds het vervullen van specifieke stedelijke functies zoals de uitrusting van halten voor openbaar vervoer en het bevorderen van de reinheid op de openbare weg.

De opdracht bestaat uit 2 percelen die afzonderlijk kunnen toegewezen worden:

- Perceel 1: Leveren, plaatsen, onderhouden en exploiteren van autobuswachthuisjes;
- Perceel 2: Leveren, plaatsen, onderhouden en exploiteren van stadsplanborden en installaties voor het collecteren van afval”.

Voorts bepaalt het bestek de volgende gunningscriteria:

- “1. Het uitzicht en de integratie van het stadsmeubilair in het stadsbeeld, zowel wat de hoofdopdracht betreft als het straatmeubilair dat desgevallend ter compensatie wordt aangeboden, de aansluiting van het eigen stedelijk karakter en de uniformiteit van stijl van de verschillende elementen van het meubilair, de harmonie van de materialen, de vorm en het design (20 punten);
2. De omvang van de jaarlijkse financiële vergoeding en de financiële waardering van het ter compensatie aangeboden straatmeubilair. De jaarlijkse financiële vergoeding moet groter dan of gelijk zijn aan de financiële waardering van de verplichte vergoedingen in materiaal en dienstverlening (60 punten);
3. De kwalitatieve aspecten van de beschrijving van het professionele karakter waarmee de installatie van het straatmeubilair en het materiaal dat ter compensatie wordt aangeboden op het openbaar domein zal gebeuren (5 punten);
4. De herstellings-, reinigings- en onderhoudsvoorwaarden van het straatmeubilair, met inbegrip van de interventietijd (15 punten)”.

Het indienen van vrije varianten is volgens het bestek toegelaten.

In verband met het indienen van de offerte bevat het bestek onder het hoofdstuk Technische bepalingen nog de volgende relevante bepalingen:

“Art. 2. Technische fiches

De inschrijver doet een aanbod voor de volgende producten:

Perceel 1. Autobuswachthuisjes (verschillende types);

En/of

Perceel 2. Stadsplanborden en installaties voor het collecteren van afval;

Door de inschrijver te leveren, te plaatsen, te onderhouden en te exploiteren.

Het samenvoegen van percelen is toegestaan. Hierdoor kunnen extra vergoedingen aangeboden worden (zie artikel 7) [...]”.

Onder deze technische bepalingen wordt opgemerkt dat voor wat betreft perceel 1 in totaal gestreefd wordt naar een 150-tal uitgeruste autobushaltes, welk aantal evenwel een vermoedelijke hoeveelheid is, die mogelijks pas in de loop van de duurtijd van de opdracht zal worden gehaald.

“Art. 6. Bestaande aflopende contracten

De inschrijver vermeldt in zijn offerte de wijze en planning betreffende een eventuele vernieuwing/vervanging/verwijdering van het reeds bestaande straatmeubilair en het ter vergoeding aangeboden materiaal zoals beschreven in artikel 2 van Hoofdstuk 0 – Voorafgaande uiteenzetting.

De inschrijver vermeldt bovendien in zijn offerte dat hij zich ertoe verbindt om op éézijdig verzoek van de stad het ter vergoeding aangeboden materiaal zoals beschreven in artikel 2 van Hoofdstuk 0 – Voorafgaande uiteenzetting, in eigendom aan de stad over te dragen tegen de boekhoudkundige restwaarde. Deze restwaarde wordt in de offerte opgenomen en wordt gestaafd aan de hand van boekhoudgegevens.”

Art. 7. Vergoeding

De vergoeding die de inschrijver aanbiedt aan de stad in ruil voor de levering, plaatsing, onderhoud en exploitatie van het straatmeubilair zoals beschreven in artikel 3,4 en 5 van dit hoofdstuk kunnen bestaan uit materiaal en dienstverlening of uit een jaarlijkse financiële vergoeding, of

een combinatie van beide. Om aan de stad de mogelijkheid te bieden een keuze te maken dient in de offerte vermeld te worden:

1. Het jaarlijkse financiële bedrag uitgedrukt in euro, dat ter vergoeding wordt aangeboden (zowel voor perceel 1, voor perceel 2, als voor de samenvoeging van beide percelen);
2. De financiële waardering van de vergoeding in materiaal en dienstverlening, zowel van de verplichte als van de facultatieve, uitgedrukt in euro op jaarbasis, die bepaald wordt als 1/15de van de som van:
 1. De objectwaarde van het ter vergoeding aangeboden materiaal
 2. De installatie-, aansluitings- en verbruikerskosten van het materiaal,
 3. De exploitatie-, onderhouds- en herstellingskosten over de totale periode van 15 jaar.

De stad heeft vervolgens de keuze om ten bedrage van de voorgestelde jaarlijkse financiële vergoeding (cfr. 1 supra) naar behoeven een pakket in materiaal en dienstverlening (cfr. 2 supra) samen te stellen, of de combinatie te maken tussen één of meer vergoedingen in materiaal en dienstverlening, aangevuld met het restant van de niet aangewende jaarlijkse vergoeding. [...]”.

De verplichte vergoedingen in materiaal en personeel betreffen voor perceel 1 de openbare toiletten en voor perceel 2 de hoogtechnologische beeldschermen en bewegwijzering. De facultatieve compensaties kunnen onder meer betrekking hebben op een fietsenpool, zitbanken, e.d.m.

3.4. Vervolgens dienen twee inschrijvers, verzoekende partij en nv JC Decaux Belgium, een offerte in.

De voorstellen van beide inschrijvers worden in het gunningsverslag samengevat als volgt:

“Offertes:

1) Clear Channel Belgium nv stelt het volgende voor:

Basisvoorstel:

Clear Channel Belgium nv geeft aan dat een 'basisvoorstel' voor perceel 1 zou kunnen zijn dat de bestaande wachthuisjes worden vervangen. Zij formuleert daarvoor echter geen bieding, zgn om 'economische en ecologische redenen'.

Clear Channel Belgium nv stelt als 'basisofferte' voor perceel 2 om alle stadsplanborden miv doggybagborden te vervangen na verwijdering ervan door de stad, die eigenaar is. Zij zal eveneens nieuwe vuilnisbakken leveren, die al dan niet 'gepersonaliseerd' zijn. Er worden ook toiletten geleverd. Clear Channel Belgium nv biedt voor dit perceel een jaarlijkse financiële vergoeding aan van 112.200 EUR.

Clear Channel Belgium nv meldt dat dit bedrag met 50% verhoogd wordt indien het wordt opgenomen in natura.

Clear Channel Belgium nv heeft (hoewel dat uitdrukkelijk in het bestek werd opgelegd) pas na uitdrukkelijke vraag van de stad een prijslijst opgegeven van de 'facultatieve compensaties'. Deze prijzen worden bovendien bestempeld als 'louter indicatief'.

Variante:

Clear Channel Belgium nv biedt voor perceel 1 alleen aan om de bestaande wachthuisjes en automatische toiletten te behouden, met uitbreiding met nieuwe wachthuisjes gelijk of gelijkend op bestaande wachthuisjes.

Voor perceel 2 stelt Clear Channel Belgium nv het behoud en de exploitatie voor van de bestaande stadsplanborden, met uitbreiding met planborden 'die een zekere uniformiteit vertonen met de bestaande borden' en levering en plaatsing van nieuwe doggybagborden. Clear Channel Belgium nv biedt in haar offerte een jaarlijkse financiële vergoeding aan van 112.000 EUR voor perceel 1 en 46.000 EUR voor perceel 2; 158.000 EUR voor beide percelen samen.

Clear Channel Belgium nv meldt dat dit bedrag met 50% wordt verhoogd indien wordt opgenomen in natura.

Clear Channel Belgium nv heeft (hoewel dat uitdrukkelijk in het bestek werd opgelegd) pas na uitdrukkelijke vraag van de stad een prijslijst opgegeven van de 'facultatieve compensaties'. Deze prijzen worden bovendien bestempeld als 'louter indicatief'.

Bovenop de verplichte vergoedingen in natura, biedt Clear Channel Belgium nv heeft een 'Smartbike-systeem' van 100 fietsen en 10 stations aan, op voorwaarde dat beide percelen aan haar worden toegewezen.

2) JC Decaux Belgium nv stelt het volgende voor:

JC Decaux Belgium nv dient enkel biedingen in voor beide percelen samen.

Basisvoorstel:

Voor wat betreft perceel 1: vervanging van de bestaande wachthuisjes door wachthuisjes van ander type, nl. type Sint-Niklaas Szekely en Foster (luxe-type).

Voor wat betreft perceel 2: aanbod van planborden die worden ontworpen en geproduceerd door JC Decaux Belgium nv. Blijkbaar worden de bestaande borden deels vervangen door andere. Daarnaast worden er conform aan het bestek vuilnisbakken en toiletten geleverd.

JC Decaux Belgium nv biedt voor dit perceel een jaarlijkse financiële vergoeding aan van 300.000 EUR/jaar.

Als facultatieve vergoedingen in natura biedt JC Decaux Belgium nv zitbanken, een 'fietsenpool', 'vandalbestendige' afvalkorven en medewerking aan infocampagnes van de stad aan. JC Decaux Belgium nv geeft daarvoor ook (in tegenstelling tot Clear Channel Belgium nv zonder voorbehoud) een prijslijst op.

Variante:

Er wordt gekozen voor het behoud van de bestaande wachthuisjes, aangevuld met luxewachthuisjes type Foster.

JC Decaux Belgium nv biedt voor dit perceel een jaarlijkse financiële vergoeding aan van 330.000 EUR/jaar”.

3.5. Volgens verzoekende partij heeft zij geen offerte ingediend voor perceel 1 omdat dit volgens haar zinloos was op basis van de omschrijving in het bestek dat volgens haar uitging van de levering van nieuwe wachthuisjes voor het eerste perceel waarbij voorbij gegaan zou zijn aan het feit dat de stad inmiddels eigenaar was geworden van de bestaande wachthuisjes die werden geleverd en geplaatst in uitvoering van het bestek van 1997. Wel diende zij naar eigen zeggen een zogenaamde “variante” in die echter niet zozeer een alternatieve uitvoering van de opdracht maar wel een alternatieve omschrijving van het voorwerp van perceel 1 zou betreffen waarin de bestaande wachthuisjes, welke zich in goede toestand bevinden, worden behouden.

3.6. Vervolgens wordt beide inschrijvers de mogelijkheid geboden hun offerte voor te stellen en te verduidelijken tijdens een vergadering.

3.7. Op 3 september 2010 stelt verwerende partij nog enkele vragen aan de inschrijvers, die door de inschrijvers bij brief van 24 september 2010 worden beantwoord.

3.8. Op 28 september 2010 richt verzoekende partij nog een schrijven aan verwerende partij waarbij zij nog een aantal vragen en bemerkingen overmaakt aan de stad omtrent het eigendomsrecht van het bestaande meubilair en de ongelijke behandeling van de inschrijvers.

3.9. Op 13 december 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht te gunnen aan nv JC Decaux Belgium op grond van de volgende motieven:

“Overwegende dat voorstel 1 van Clear Channel Belgium nv, waarbij enkel voor perceel 2 een offerte werd ingediend, niet wordt weerhouden omdat de stad wenst te profiteren van het financiële voorstel bij toewijzing van beide percelen samen;

Overwegende dat om financiële redenen, en eveneens om ecologische redenen, de stad de voorkeur geeft aan het behoud (met uitbreiding) van de bestaande wachthuisjes (dit is de variante van beide inschrijvers)

Overwegende dat de voorkeur gegeven wordt aan de financiële vergoeding in plaats van aan de voorgestelde vergoedingen in natura, gelet op de betere beheersbaarheid en controleerbaarheid van de voorstellen keuze voor zekerheid) en de optimale vrijheid voor het opdrachtgevend bestuur om dit in te vullen;

Overwegende dat er momenteel geen beleidsbeslissingen genomen zijn inzake het al dan niet inrichten van een fietsenpool; kan desgevallend het bestuur overwegen om hiervoor een afzonderlijke overheidsopdracht uit te schrijven, waarbij al dan niet zal worden toegestaan om tegen vergoeding publiciteit aan te brengen;

Gelet op het gunningsverslag als bijlage waaruit blijkt dat de volgende eindscores behaald werden:

- JC Decaux Belgium nv – variante 100/100
- JC Decaux Belgium nv – basisvoorstel 94,55/100
- Clear Channel Belgium nv – variante 65,73/100 [...]”.

Het gunningsverslag bevat onder meer een vergelijkende tabel van de offertes per gunningscriterium, een vergelijkende tabel voor wat betreft het

tweede gunningscriterium inzake de financiële bijdrage en een afzonderlijke bijlage met verantwoording van de quoterings van het laatste gunningscriterium inzake het onderhoud.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 15 december 2010 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van voormelde beslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekendgemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing.

De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de partijen

6. Het eerste middel wordt door verzoekende partij zelf samengevat als volgt:

“23. Het eerste middel is genomen uit de schending van artikelen 16 en 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, uit een schending van de artikelen 101 en 115 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken alsook uit een schending van artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen.

24. Uit de voormelde bepalingen vloeit voort dat percelen te beschouwen zijn als afzonderlijke opdrachten, waarbij inschrijvers een offerte kunnen

indienen voor één of meerdere percelen. De verschillende percelen kunnen afzonderlijk worden toegewezen aan verschillende inschrijvers: per perceel zal, na verificatie van de regelmatigheid van de offerte voor het betrokken perceel, worden nagegaan welke de meest voordelige inschrijving is in het licht van de vooropgestelde gunningcriteria.

Wel kan het bestek toelaten dat verbeteringsvoorstellen worden geformuleerd indien meerdere percelen aan eenzelfde inschrijver zouden worden toegekend. In dat geval zal de aanbestedende overheid nagaan of de gegroepeerde toewijzing van meerdere percelen aan een enkele inschrijver voordeliger is dan een combinatie van de meest voordelige individuele percelen.

25. Het voorwerp van de voorliggende opdracht omvat twee afzonderlijke percelen, waarbij inschrijvers voor één of voor elk van de percelen kunnen inschrijven. Daarbij dienen zij krachtens artikel 7 van het bestek expliciet een afzonderlijke jaarlijkse financiële vergoeding per perceel op te geven.

26. Uit het gunningsverslag moet worden afgeleid dat JC Decaux geen afzonderlijke offerte heeft ingediend per perceel. Alleszins stelt het gunningsverslag dat JC Decaux in haar offerte geen jaarlijkse financiële bijdrage heeft opgegeven per afzonderlijk perceel; klaarblijkelijk is slechts een financieel voorstel gedaan voor een gecombineerde toewijzing van de twee percelen samen aan JC Decaux. Het voorstel van JC Decaux dat zonder meer uitgaat van een enkele opdracht (perceel 1 + 2) kan dan ook niet worden weerhouden. Uit het verslag blijkt alvast niet op grond van welke motieven de offerte van JC Decaux alsnog in aanmerking kon worden genomen.

27. Minstens blijkt ook nergens uit het verslag dat is nagegaan of de gunning van de afzonderlijke percelen aan verschillende inschrijvers voordeliger zou geweest zijn. Er wordt in de gunningbeslissing immers niet onderzocht of – indien JC Decaux alsnog een afzonderlijke offerte heeft ingediend per perceel, m.i.v. de financiële bijdragen per perceel zoals vereist in het bestek – een toewijzing van de afzonderlijke percelen mogelijks tot een ander resultaat m.b.t. de toewijzing van de percelen zou hebben geleid. Er blijkt dus niet dat een toewijzing van beide percelen aan JC Decaux voordeliger zou zijn.

Wel integendeel, het gunningsverslag stelt zonder meer dat de Stad Sint-Niklaas het voorstel van Clear Channel per perceel niet in aanmerking neemt ‘omdat de stad Sint-Niklaas wenst te profiteren van het financiële voordeel bij toewijzing van beide percelen samen’, terwijl dit voordeel net moet blijken uit de vergelijking van de gunning van de percelen afzonderlijk met de gunning van de percelen gezamenlijk, rekening houdend met de gedane verbeteringsvoorstellen”.

7. Volgens verwerende partij legt geen enkele wettelijke bepaling op dat een aanbestedende overheid geen rekening mag houden met een offerte waarin enkel een bod wordt gedaan voor alle percelen samen, maar niet voor de afzonderlijke percelen. Er valt niet in te zien hoe artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten zou kunnen zijn geschonden. Evenmin valt in te zien hoe artikel 18, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 zou kunnen zijn geschonden, nu beide percelen werden toegewezen. Ook uit artikel 101 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken blijkt volgens verwerende partij niet dat een inschrijver niet de mogelijkheid zou hebben om enkel een voorstel te formuleren voor het geval alle percelen tegelijk aan hem zouden worden toegewezen. Volgens verwerende partij heeft de gekozen inschrijver per perceel in detail beschreven hoe hij de opdracht wenst uit te voeren en aldus voor elk gekozen perceel een offerte ingediend. Het feit dat hij alleen een gezamenlijke prijs voor beide percelen samen aanbiedt, zou geen schending uitmaken van deze bepaling. Voorts zou verzoekende partij er geen belang bij hebben om een schending in te roepen van de bepaling vervat in artikel 101, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat de offerte voor elk van de percelen in beginsel in de vorm van een afzonderlijk document moet worden ingediend, aangezien zij zelf haar voorstellen evenmin in afzonderlijke documenten heeft ingediend. Ook de Europese regelgeving zou geen specifieke bepalingen ter zake bevatten. Het lijkt volgens verwerende partij minstens juridisch zeer betwistbaar te zijn dat het verplicht waren van een inschrijver omdat hij geen afzonderlijke prijs heeft aangeboden voor elk van de percelen, maar wel voor alle percelen samen, verenigbaar zou zijn met de richtlijn, die oplegt dat de opdracht dient te worden toegewezen aan de economisch meest voordelige inschrijving.

Voorts dient volgens verwerende partij te worden vastgesteld dat haar beoordeling in de concrete omstandigheden van de zaak geheel rechtmatig was, rekening houdend met de specifieke bepalingen van het bijzonder bestek en

de concrete modaliteiten van de offertes die werden ingediend. Volgens verwerende partij kan uit het bijzonder bestek worden afgeleid dat het uitgangspunt steeds was dat beide percelen samen zouden worden toegewezen. Volgens haar kan het moeilijk aan een inschrijver worden verweten dat hij alleen een prijs heeft aangeboden voor een optie die blijkens de formulering in het bijzonder bestek het uitgangspunt vormde voor de opdracht. De verplichting om per perceel een jaarlijks financieel bedrag te vermelden zou uiteraard enkel gelden voor een inschrijver die effectief zowel voor elk perceel afzonderlijk als voor de samengevoegde percelen prijs wenst op te geven.

Bovendien zou verwerende partij gelet op het spectaculair prijsverschil bij samenvoeging van de percelen kennelijk gekozen hebben voor de economisch meest voordelige offerte.

Beoordeling

8.1. Overeenkomstig artikel 16 van de wet van 24 december 1993 dient de opdracht bij algemene of beperkte offerteaanvraag te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

8.2. Artikel 18, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat wanneer de opdracht verschillende percelen betreft, de aanbestedende overheid het recht heeft er slechts enkele toe te wijzen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund, op voorwaarde dat zij zich dit recht uitdrukkelijk heeft voorbehouden in het bestek of de als zodanig geldende stukken.

8.3. Artikel 101 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat indien het bestek meerdere percelen bevat, de inschrijver een offerte kan indienen voor één of meer percelen. Voor elk gekozen perceel dient hij een offerte

in. Deze offertes kunnen in één document worden opgenomen indien het bestek het toelaat. Indien het bestek het toelaat, mag de inschrijver zijn offertes op de verschillende percelen aanvullen met prijsvermindering of, in geval van offerteaanvraag, met verbeteringsvoorstellen die hij per perceel toestaat in geval van samenvoeging van bepaalde percelen waarvoor hij een offerte indient.

In het Verslag aan de Koning bij voormeld besluit wordt bij artikel 101 onder meer opgemerkt dat het de aanbestedende overheid toekomt om in het bestek aan te duiden of de opdracht verdeeld is in percelen en wat dan de modaliteiten ervan zijn. Verder stelt het verslag dat volgens het eerste lid elke inschrijver de keuze heeft om een offerte in te dienen, dit wil zeggen zich juridisch te verbinden ten overstaan van de aanbestedende overheid, voor één, voor meerdere of voor alle percelen. De inschrijver is echter verplicht om een offerte in te dienen voor elk perceel dat hij op deze wijze gekozen heeft.

8.4. Artikel 115, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht en dat wanneer, bij toepassing van artikel 101, inschrijvers een verbetering van de offerte hebben aangeboden bij samenvoeging van verscheidene percelen, de keuze van de begunstigde wordt bepaald door de gegroepeerde percelen die de meest interessante offerte in de zin van artikel 16 van de wet vormen.

9.1. Het op de voorliggende opdracht toepasselijke bestek bepaalt uitdrukkelijk dat de opdracht bestaat uit 2 percelen die afzonderlijk kunnen worden toegewezen (p. 6), en dat de inschrijver een aanbod moet doen voor perceel 1 en/of perceel 2 (p. 11). Wat betreft de financiële vergoeding bepaalt het bestek dat de inschrijver onder meer “het jaarlijkse financiële bedrag uitgedrukt in euro, dat ter vergoeding wordt aangeboden (zowel voor perceel 1, voor perceel 2, als voor de samenvoeging van beide percelen)” (p. 14) dient op te geven. Ook in het model van offerteformulier, toegevoegd aan het bestek wordt gevraagd om opgave te doen

van de jaarlijks financiële bijdrage voor beide percelen afzonderlijk evenals bij samenvoeging van perceel 1 en 2.

Gelet op voormelde bewoordingen van het bestek en het inschrijvingsbiljet lijkt op het eerste gezicht het standpunt van verwerende partij dat uit het bijzonder bestek zou kunnen worden afgeleid dat het uitgangspunt steeds was dat beide percelen samen zouden worden toegewezen en dat de verplichting om per perceel een jaarlijks financieel bedrag te vermelden enkel zou gelden voor een inschrijver die effectief zowel voor elk perceel afzonderlijk als voor de samengevoegde percelen prijs wenst op te geven, niet te kunnen worden gevolgd.

9.2. Uit de offerte van nv JC Decaux Belgium blijkt dat de onderdelen van het offerteformulier waarin voor de percelen 1 en 2 telkens afzonderlijk de opgave wordt gevraagd van de jaarlijkse financiële bijdrage en de samenvatting van het voorstel per perceel niet werden ingevuld. Enkel het onderdeel “Bij samenvoeging perceel 1 + perceel 2” wordt ingevuld. Er wordt dus enkel een jaarlijks financiële bijdrage opgegeven in geval van samenvoeging van beide percelen.

9.3. Op het eerste gezicht wordt vastgesteld dat de nv JC Decaux Belgium aldus in strijd met artikel 101 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 nagelaten heeft om voor elk gekozen perceel een offerte in te dienen. Bij gebrek aan omschrijving van het aanbod per perceel in het offerteformulier en vooral van opgave van de geboden “jaarlijkse financiële bijdrage” per perceel lijkt immers bezwaarlijk te kunnen worden aangenomen dat er sprake is van een offerte per perceel. Verzoekende partij voert wat de schending van dit artikel betreft trouwens in essentie aan dat de nv JC Decaux Belgium geen offerte per perceel heeft ingediend omdat ze geen prijs per perceel heeft opgegeven, eerder dan omdat ze geen afzonderlijke documenten zou hebben ingediend.

De bestreden gunningsbeslissing lijkt op het eerste gezicht dan ook genomen te zijn met schending van artikel 101 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

9.4. Overigens lijkt zij ook in strijd met de aangehaalde besteksbepalingen. In elk geval wordt met verzoekende partij vastgesteld dat het gunningsverslag geen motivering bevat waarom de offerte van JC Decaux Belgium – die afwijkt van voormelde besteksbepalingen – alsnog in aanmerking kon worden genomen.

9.5. Verzoekende partij heeft, niettegenstaande het volgens verwerende partij spectaculair prijsverschil bij samenvoeging van de percelen in het nadeel van verzoekende partij, belang bij het middel nu *prima facie* de regelmatigheid van de offerte van de nv JC Decaux Belgium in het geding lijkt.

9.6. Het eerste middel is in de besproken mate ernstig.

VI. Besluit

10. Er is voldaan aan de schorsingsvoorwaarden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas van 13 december 2010 om de beide percelen van de overheidsopdracht voor het “leveren, plaatsen, onderhouden en exploiteren van autobuswachthuisjes, stadsplanborden en installaties voor het collecteren van afval op het grondgebied Sint-Niklaas” te gunnen aan de nv JC Decaux Belgium.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 januari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	waarnemend voorzitter,
	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra