

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 215.170 van 15 september 2011
in de zaak A. 201.514/XII-6678**

In zake: de BVBA DELEK BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Wauters
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 augustus 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van de Vlaamse Minister van Mobiliteit en Openbare Werken dd. 5 augustus 2011 met betrekking tot de concessie voor openbare werken dd. 15 november 2010 betreffende de concessie voor de dienstenzones te Nazareth – Kruishoutem langs de autosnelweg E17 krachtens bestek nummer 1614/10/002, waarbij beslist werd om de bovenvermelde opdracht toe te wijzen aan de nv Total Belgium op basis van haar offerte dd. 15 november 2010 en de bijgaande ingediende plannen nummers 1 tot en met 7 en documenten, aangevuld met de op 18 februari 2011 voorgestelde verbeteringspunten en

gewijzigde plannen nummers 2A, 3A en 6A van 14 februari 2011 volgens brief met kenmerken afdeling Retail van 18 februari 2011”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 september 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, 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. Het Vlaamse Gewest schrijft een concessie voor openbare werken uit voor de herinrichting van de dienstenzones te Nazareth en te Kruishoutem-Waregem langs de autosnelweg E17.

3.2. De concessie wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 mei 2010.

3.3. De concessie voor openbare werken wordt in de aankondiging en het bestek als volgt omschreven:

“De concessie heeft betrekking op de herinrichting van de twee dienstenzones te Nazareth en de twee dienstenzones te Waregem-Kruishoutem langs de autosnelweg E17

Onder dienstenzone wordt de zone langs de autosnelweg verstaan waar aan de weggebruiker een aantal basisdiensten en -producten wordt aangeboden die voldoen aan de behoeften van de moderne reiziger inzake comfort, netheid en hygiëne, toegankelijk en veilig zijn 24 uur op 24, 7 dagen op 7, en aan een redelijke prijs worden aangeboden.

In de dienstenzones te Nazareth die het voorwerp uitmaakt van dit bestek zijn de te leveren basisdiensten en -producten:

1. aan beide zijden van de autosnelweg :
 - het tanken, bestaande uit de gewone voorzieningen zoals bij ieder tankstation en de aanbidding van alle brandstoftypes voor voertuigen;
 - het aanbieden van rustplaatsen voor alle soorten weggebruikers, bestaande uit een parkeerplaats met rustbanken, picknickmogelijkheden en ontspanningsmogelijkheden (speelruimte) voor kinderen;
 - het aanbieden van parkeerplaatsen voor vrachtwagens;
 - algemene sanitaire voorzieningen (toiletten, douches, enz.) en extra was-, douche- en toiletfaciliteiten voor vrachtwagenchauffeurs;
 - het aanbieden van een ruim aanbod aan drank, snacks, lectuur, snoep en rookwaren;
 - een beperkt aantal voorzieningen inzake telecommunicatie, zoals openbare telefoon, internetaansluiting en fax.
2. enkel in de richting naar Gent: restauratie met ruim aanbod gaande van ontbijt, snacks, tot koude en warme schotels en een specifiek aanbod gericht naar de vrachtwagenbestuurders;
3. Deze dienstenzones dienen inzake veiligheid te voldoen aan de volgende eisen:
 - de dienstenzones moet doorzichtig zijn om de sociale controle te vergroten; alle delen van de zone moeten voldoende verlicht zijn;
 - een camerabewaking aan de uitrit van de dienstenzone (vast toestel) die de uitrijdende voertuigen in beeld brengt en de nummerplaten leest, waarbij de beelden lokaal opgenomen worden. Deze camera's moeten ook in slechte weersomstandigheden en tijdens de nacht de beelden kunnen opnemen en de nummerplaten kunnen uitlezen;
 - een overzicht – camerabewaking (PTZ dome) om een algemeen beeld van de dienstenzone weer te geven, ook bij slechte weersomstandigheden en tijdens de nacht;
 - een duidelijke scheiding tussen het vrachtvervoer en het personenvervoer waarbij de vrachtwagen een verplicht traject doorheen de parking moet afleggen om aldus de bewaakte parking te bereiken.

In beide richtingen van de dienstenzones te Kruishoutem-Waregem die het voorwerp uitmaakt van dit bestek zijn de te leveren basisdiensten en -producten:

1. Een uitbreiding en aanpassing van de bestaande wegnis in die zin dat de dienstenzone als een bewaakte parking uitsluitend voor vrachtwagenbestuurders bestemd zal zijn. Hierbij moet de bestaande parkeercapaciteit voor 22 vrachtwagens uitgebreid worden tot 35 parkeerplaatsen; de zone rond de weegbruggen en de bijhorende parking van 10 vrachtwagens dient behouden te blijven zodanig dat de controle van overladen voertuigen door de bevoegde politiediensten steeds mogelijk blijft.

2. De afvalverwijdering en het groenonderhoud van gans de dienstenzone;

3. De constructie en uitbating van een sanitair paviljoen gekoppeld aan een beperkte restauratie mogelijkheid bestemd voor de vrachtwagen bestuurders.

4. De dienstenzone dient inzake veiligheid te voldoen aan de volgende eisen:

de dienstenzones moet doorzichtig zijn om de sociale controle te vergroten; alle delen van de zone moeten voldoende verlicht zijn;

een overzicht - camerabewaking(PTZ dome) om een algemeen beeld van de dienstenzone weer te geven, ook bij slechte weersomstandigheden en tijdens de nacht;

een specifieke omheining van het gedeelte van de parking, aangevuld met automatische slagbomen;

een camerabewaking aan de uitrit van de dienstenzone (vast toestel) die de uitrijdende voertuigen in beeld brengt en de nummerplaten leest, waarbij de beelden lokaal opgenomen worden; aangevuld met specifieke real time camerabewaking van de parking voor vrachtwagens door de concessiehouder of een privébewakingsfirma in onderaanneming van de concessiehouder. Deze camera's moeten ook in slechte weersomstandigheden en tijdens de nacht de beelden kunnen opnemen en de nummerplaten kunnen uitlezen;

de plaatsing van een lus op de in- en uitrit van de parking zodanig dat men de bezetting van de parking in real time kan opvolgen;

de concessiehouder mag voor het gebruik van deze bewaakte parking een toegangsprijs vragen mits aan de volgende voorwaarden voldaan is:

de toegang van het afgesloten terrein gecontroleerd wordt met een elektronisch identificatiesysteem;

bepaalde parkeerplaatsen uitgerust zijn met elektriciteitsvoorziening;

het beheer van deze bewaakte parking toevertrouwd wordt aan een erkende bewakingsfirma en waarbij bij het toetreden bedrijfsgegevens en of persoonsgegevens en gegevens betreffende de lading kunnen opgevraagd worden zodat vrachtwagens met bijzondere transporten (bv gevaarlijke producten) naar daartoe specifiek uitgeruste parkeerplaatsen kunnen geleid worden. De parking moet dan ook zo ingedeeld zijn dat deze afzonderlijk kunnen opgesteld worden. Dit impliceert het aanstellen van een

veiligheidsmanager, het uitwerken van een veiligheidsplan/protocol en het opstellen van een veiligheidshandleiding

Na 5 jaar wordt het gebruik van de bewaakte parking geëvalueerd.

Indien blijkt dat 5 jaar op een rij, de verhouding van betalende parkinggebruikers ten opzicht van niet betalende parkinggebruikers < 60 %, kunnen de exploitatievoorwaarden in gemeen overleg tussen de concessiehouder en de concessieverlener herzien worden, inclusief de mogelijkheid om af te zien van het verdere beheer van de beveiligde parking. [...]”.

3.4. Twee kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in, namelijk verzoekende partij en nv Total Belgium.

3.5. Beide kandidaten worden geselecteerd.

3.6. Inzake de gunningswijze bepaalt het bestek dat de gunning van de opdracht geschiedt bij wijze van de procedure voor concessies voor openbare werken overeenkomstig de artikelen 123, 124 en 126 tot en met 131 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Het bestek vermeldt tevens de volgende gunningscriteria en wijze van beoordeling:

“Art 131 - Gunningscriteria

De gunningscriteria zijn in dalende volgorde van belangrijkheid:

- van zeer groot belang: de algemene aanleg, de integratie in de directe omgeving, de herkenbaarheid van de site en de architecturale kwaliteiten van het concept;
- van groot belang: de architectonische kwaliteiten: de functionaliteit van het ontwerp (o.a. de planorganisatie), de constructie, de materialen en de technische uitrusting;
- van groot belang: de financiële bieding, de retributie.

Dit komt respectievelijk overeen met een quotering van 5, 4 en 4 op een ordinale schaal van 1 tot en met 5.

Om een bepaald gunningscriterium te beoordelen worden enkel ordinale schalen (van 1 tot en met 5) gebruikt bij het evalueren van de offertes (overeenkomstig de Argusmethode als multicriteria-analyse).

Voor de financiële bieding wordt de prijs beoordeeld op een ratioschaal waardoor het mogelijk is numerieke waarden te hanteren.

1°) de algemene aanlag, de integratie in de directe omgeving. de herkenbaarheid

van de site en de architecturale kwaliteiten van het concept

Dit criterium wordt onder andere getoetst aan de hand van:

- de ruimtelijke link met de directe omgeving;
- de ruimtelijke invulling en structuur van de zone (incl. de verkeersafwikkeling);
- de organisatie van de ruimte met het oog op de verkeers- en algemene veiligheid;
- de inpassing van de constructies;
- de ecologische aspecten en milieuzorg op de site(incl. waterhuishouding);
- het belang gehecht aan de rustfunctie van de dienstzone;
- de identiteit van het concept;
- de evaluatie van het beheersplan.

Aan elk van deze subcriteria wordt een even groot belang gehecht.

De mogelijke beoordelingen voor dit criterium en zijn subcriteria kunnen zijn:

- Uitstekend
- Zeer goed
- Goed
- Matig
- slecht.

2°) de architectonische kwaliteiten: de functionaliteit van het ontwerp (o.a. de planorganisatie). de constructie, de materialen en de technische uitrusting.

Dit criterium wordt onder andere getoetst aan de hand van:

- de samenhang tussen visuele stijlkenmerken, de functie en de constructies;
- de helderheid, afleesbaarheid en functionaliteit van het concept;
- de relatie tussen het gebouw en de directe omgeving van binnen naar buiten en omgekeerd, zowel functioneel als vormelijk (incl. het aspect toegankelijkheid);
- het gebruik van materiaal, textuur, kleur en licht;
- maten en verhoudingen en ruimten, volumes en vlakverdeling;

- het comfort en de veiligheid van de gebruiker (incl. voor mindervaliden);
- de belasting van het milieu,
- de levensduur, het onderhoud en het mogelijk hergebruik.

Aan elk van deze subcriteria wordt een even groot belang gehecht.

De mogelijke beoordelingen voor dit criterium en zijn subcriteria kunnen zijn:

- Uitstekend
- Zeer goed
- Goed
- Matig
- slecht.

3°) de financiële bieding op basis van het vast percentage van de variabele retributies en de geraamde omzet

De retributie die de som is van de vaste retributie en de producten van het percentage van de variabele retributie en de door de aanbestedende overheid geraamde omzet per categorie van producten of diensten, wordt beoordeeld op een ratioschaal.

Voor de beoordeling van de financiële bieding wordt uitgegaan van volgende fictieve jaarbasis:

- brandstoffen: 21.000.000 liters
- restauratie: 1.053.000 euro als prijsheffingsbasis
- andere producten: 5.120.000 euro als prijsheffingsbasis

De mogelijke voorkeuren voor dit criterium worden als volgt uitgedrukt:

- >zeer sterke voorkeur;
- > sterke voorkeur;
- >matige voorkeur;
- >kleine voorkeur;
- >geen voorkeur.”

3.7. Beide kandidaten dienen een offerte in.

3.8. De offertes worden vervolgens aan een onderzoek onderworpen door een werkgroep. Na vergelijking van de offertes wordt in het verslag vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij een kleine voorkeur geniet voor het eerste en tweede gunningscriterium en dat de offerte van Total een zeer sterke voorkeur geniet voor het derde gunningscriterium. Als “algemene rangorde

volgens de argusmethode” wordt vastgesteld dat beide offertes “onvergelijkbaar” zijn. In dit verslag worden tevens een aantal punten opgesomd die vatbaar zijn voor verbetering in beide offertes.

3.9. Hierna voert verwerende partij onderhandelingen met beide inschrijvers, en wordt gevraagd hun offertes aan te passen mits deze aanpassingen geen invloed hebben op de financiële bieding.

3.10. Op 4 februari 2011 worden aan nv Total Belgium in een onderhoud met verwerende partij een aantal vragen voorgelegd om het ingediende project te verbeteren. In een brief van 18 februari 2011 heeft nv Total Belgium een aantal verbeteringen voorgesteld.

3.11. Op 7 februari 2011 worden aan verzoekende partij in een onderhoud met verwerende partij eveneens een aantal vragen voorgelegd om het ingediende project te verbeteren. In een brief van 15 februari 2011 heeft verzoekende partij een aantal verbeteringen voorgesteld.

3.12. Op 23 februari 2011 oordeelt de Vlaamse Commissie van de Nevenbedrijven langs de Autosnelwegen dat beide offertes nu vergelijkbaar zijn en dat een nieuwe toepassing van de Argusmethode als rangschikking oplevert:

1. nv Total Belgium,
2. bvba Delek Belgium.

3.13. In het gunningsverslag na de onderhandelingen wordt vastgesteld dat verzoekende partij met betrekking tot het eerste gunningscriterium (van zeer groot belang) een kleine voorkeur geniet ten aanzien van nv Total Belgium, dat wat betreft het tweede gunningscriterium (van groot belang) de offertes gelijkwaardig zijn en dat voor het derde criterium (van groot belang) nv Total Belgium een zeer sterke voorkeur geniet. Aldus wordt nv Total Belgium als eerste gerangschikt.

3.14. Met een aangetekend schrijven van 3 maart 2011 en 14 april 2011 aan respectievelijk het Departement Mobiliteit en Openbare Werken en de Vlaamse Minister van Mobiliteit en Openbare Werken uit verzoekende partij haar bezorgdheid over het verloop van de procedure.

3.15. Op 5 augustus 2011 beslist de Vlaamse Minister van Mobiliteit en Openbare Werken om de concessie voor openbare werken te gunnen aan nv Total Belgium. Deze beslissing is gemotiveerd als volgt:

“In toepassing van art. 24 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

Gelet op de volledigheid van de offerte en op de aanvaardbaarheid van de verschillende documenten die er deel van uitmaken;

Op basis van de in het bestek vastgestelde toewijzingscriteria, namelijk:

- de algemene aanleg, de landschapsintegratie, de herkenbaarheid van de site en de architecturale kwaliteiten van het concept;
- de architectonische kwaliteiten: de functionaliteit van het ontwerp (o.a. de planorganisatie), de constructie, de materialen en de technische uitrusting;
- de financiële bieding;

Op grond van het verslag N/ Nazareth+ Kruishoutem 1M2B5B-Scr SD-U-2011- van 23/02/2011 met zijn bijlagen van de Vlaamse Commissie van de nevenbedrijven langs de autosnelwegen, verslag dat integraal deel uitmaakt van de toewijzingsbeslissing en van het advies van 23/02/2011 van de Vlaamse Commissie van de nevenbedrijven;

Overwegende dat de in de offerte van Total Belgium nv voorgestelde ‘coffee corner met verse broodjes’ geen fundamentele afwijking inhoudt van de in het bestek als substantieel omschreven voorwaarden of zogenaamd harde voorwaarden, op basis waarvan de offerte zou moeten worden geweerd;

Overwegende dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden door Total Belgium nv tijdens de onderhandelingen toe te laten haar offerte te verbeteren op de gunningscriteria waarop zij minder goed scoorde (mn. gunningscriteria 1 en 2), terwijl Delek bvba niet de mogelijkheid werd geboden haar offerte bij te sturen op het gunningscriterium waarop zij minder goed scoorde, met name het financieel voorstel (gunningscriterium 3) omdat de optimalisatie van de offertes zoals die tijdens de

onderhandelingen werden bedongen door het bestuur, geen weerslag kon hebben op de initieel door de betrokken inschrijvers voorgestelde retributie;

Overwegende dat artikel 131 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 inzake overheidsopdrachten bepaalt dat, in geval van een concessie voor openbare werken, de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om te onderhandelen over de voorwaarden van het contract, behalve indien het bestek anders bepaalt, maar niet voorschrijft hoe de onderhandelingen dienen te verlopen;

Overwegende dat analoge principes gelden als deze voor de onderhandelingsprocedure, en dat de onderhandelingen dus op de financiële voorwaarden, de technische voorwaarden en de administratieve voorwaarden betrekking kunnen hebben, waarbij het bestuur de vrijheid behoudt te beslissen over welke onderwerpen het wenst te onderhandelen en het dus niet vereist is dat de onderhandelingen op alle gunningscriteria betrekking hebben;

Overwegende dat het voorstel van aanpassing van de offerte dat op initiatief van Delek Belgium bvba bij het bestuur werd ingediend op 3 maart 2011 en dat de voorgestelde retributie — mocht er rekening mee gehouden zijn — geen wijziging in de rangschikking zou hebben teweeggebracht;

heb ik besloten de bovenvermelde opdracht toe te wijzen aan de N.V. Total Belgium op basis van haar offerte d.d. 15/11/2010 en de bijgaande ingediende plannen nrs 1 tot en met nr 7 en documenten, aangevuld met de op 18 februari 2011 voorgestelde verbeteringspunten en gewijzigde plannen nrs 2A, 3A en 6A van 14/02/2011. (cfr: brief met kenmerken: Afdeling Retail van 18/02/2011)”.

3.16. Met een aangetekend schrijven van 9 augustus 2011 wordt verzoekende partij in kennis gesteld van de 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. Evenwel is te dezen 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 van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het eerste en enige middel

6. Verzoekende partij voert een eerste en enig middel aan, “genomen uit de schending van art. 24 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, art. 131 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de bepalingen van het bestek nr. 1614/10/002, inz. de artikelen 1.3 en 11.1, van de formele en materiële

motiveringsplicht, het beginsel *patere legem*, de beginselen van behoorlijk bestuur, inz. het *fair play* beginsel, het zuinigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, de Europeesrechtelijke en grondwettelijke principes van gelijke behandeling, inmededingingstelling en transparantie inzake overheidsopdrachten, uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

In een eerste onderdeel voert verzoekende partij in essentie aan dat de offertes werden aangepast na onderhandelingen met de inschrijvers, terwijl onderhandelingen te dezen niet toegelaten waren, gelet op de omstandige uitwerking van een bevragingsmethode met gunningscriteria, subgunningscriteria en ponderatie van deze criteria met een ordinale schaal en berekening via de argusmethode. Aangezien de beoordeling van de offertes exhaustief werd geregeld in het bestek, bestond volgens verzoekende partij geen mogelijkheid om van deze vastgelegde beoordelingswijze af te wijken. Bijgevolg diende te worden gegund aan verzoekende partij als meest voordelige inschrijver, rekening houdend met haar betere score op twee gunningscriteria, minstens had zij de mogelijkheid moeten krijgen om een volledig nieuwe, verbeterende offerte in te dienen. Verder acht verzoekende partij ook de formele en materiële motiveringsplicht geschonden aangezien niet blijkt waarom de offertes van verzoekende partij en nv Total Belgium vóór de onderhandelingen niet vergelijkbaar zouden zijn geweest en waarom de rangschikking vóór de onderhandelingen niet in het voordeel diende te zijn van de verzoekende partij.

In een tweede onderdeel voert zij aan dat de onderhandelingen minstens dienden plaats te vinden met eerbiediging van de bepalingen en de beginselen aangehaald in het middel, die een gelijke behandeling tussen de inschrijvers beogen te waarborgen, dat deze rechtsregels voorschrijven dat elke inschrijver een eerlijke kans dient te krijgen om de opdracht na onderhandeling te verkrijgen. Te dezen zouden de zogezegde onderhandelingen echter gestuurd zijn en beperkt door verwerende partij op een zodanige wijze dat verzoekende partij geen kans meer had, minstens geen ernstige kans, om de opdracht alsnog binnen te

halen, meer bepaald omdat geen onderhandeling werd toegestaan over het enige criterium waarvoor verzoekende partij bij de eerste beoordeling van de offertes een slechtere beoordeling kreeg dan nv Total Belgium, namelijk de cijns die voor de concessie werd aangeboden (het derde gunningscriterium). Indien onderhandelingen toegelaten waren, had men volgens verzoekende partij minstens de mogelijkheid moeten geven om een volledig nieuwe, verbeterde offerte in te dienen, eerder dan te onderhandelen over bepaalde aspecten ten voordele van één van de inschrijvers. De keuze van de pijnpunten en topics waarover onderhandeld zou worden is volgens verzoekende partij allesbehalve objectief en zou nv Total Belgium onmiskenbaar bevoordelen. Bovendien werd verzoekende partij in het ongewisse gelaten over haar manifest slechtere score met betrekking tot het derde gunningscriterium. Daarnaast zou volgens verzoekende partij het gelijkheidsbeginsel tevens geschonden zijn omdat nv Total Belgium in haar initiële offerte in strijd met het bestek in restaurants aan beide kanten van de autoweg zou hebben voorzien en in het kader van de onderhandelingen de gelegenheid zou hebben gekregen om haar offerte te conformeren aan het bestek. Minstens had men volgens verzoekende partij moeten motiveren waarom de cijns als enige criterium werd uitgesloten van de onderhandelingen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7. Luidens artikel 24 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, mag een concessie voor openbare werken worden toegekend onder de voorwaarden bepaald door de Koning en verstaat men in de zin van deze wet onder concessie voor openbare werken een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij in uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

Voorts bepaalt artikel 131 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat bij concessies voor openbare werken het bestek de gunningscriteria dient te vermelden en dat de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om te onderhandelen over de voorwaarden van het contract, behalve indien het bestek het anders bepaalt.

In de context van een concessie voor openbare werken is de onderhandeling dus geen uitzonderlijke procedure, doch is deze overeenkomstig voormeld artikel 131 steeds toelaatbaar, behalve indien het bestek het anders bepaalt. De concessieverlener is, aldus mits naleving van de bekendmakingsregels, vrij in zijn keuze van de meest geschikte procedure voor de gunning van de concessie en kan dus steeds volgens een onderhandelingsprocedure te werk gaan, tenzij het bestek anders bepaalt.

8. Te dezen bepaalt het bestek inzake de gunningswijze dat de gunning van de opdracht geschiedt bij wijze van de procedure voor concessies voor openbare werken overeenkomstig de artikelen 123, 124 en 126 tot en met 131 van het meer vermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, zijnde de bepalingen die dergelijke concessies regelen.

Voorts bepaalt het bestek ook de gunningscriteria, de weging en de wijze van beoordeling aan de hand van die criteria.

9. Op het eerste gezicht sluit het bestek aldus de toepassing van de onderhandelingsprocedure nergens uit, zodat de verwerende partij met toepassing van artikel 131 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wel degelijk mocht overgaan tot onderhandelingen. Verzoekende partij blijft in gebreke aan te geven welke wettelijke of reglementaire bepaling de verwerende partij ertoe zou verplichten om de voorwaarden van de onderhandelingsprocedure op te nemen in het bestek.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij laat uitschijnen, lijkt bovendien een omstandige omschrijving in het bestek van de gunningscriteria, hun weging en beoordelingsmethode, de toepassing van een onderhandelingsprocedure niet uit te sluiten. De omschrijving van de gunningswijze valt immers geenszins samen met de omschrijving van de gunningscriteria. Het voeren van onderhandelingen lijkt ook geenszins uit te sluiten dat de offertes worden beoordeeld overeenkomstig de in het bestek vermelde gunningscriteria, weging en beoordelingsmethode.

10. Ook het standpunt van verzoekende partij dat de formele en materiële motiveringsplicht geschonden zouden zijn aangezien niet blijkt waarom de offertes van verzoekende partij en nv Total Belgium voor de onderhandelingen niet vergelijkbaar zouden zijn en waarom de rangschikking voor de onderhandelingen niet in het voordeel diende te zijn van verzoekende partij kan op het eerste gezicht niet worden gevolgd.

In geval van onderhandelingsprocedure onderhandelt, overeenkomstig artikel 122ter, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de door hen ingediende offertes om die aan te passen aan de eisen die zij in de aankondiging van de opdracht, het bestek of de eventueel aanvullende documenten heeft vermeld en om de beste offerte te kiezen. Noch een eventuele gelijkwaardigheid van de initiële offertes, ook al blijkt deze op eerste gezicht niet duidelijk uit de voorgelegde stukken, noch de assumptie van de verzoekende partij dat haar initiële offerte beter zou zijn geweest dan de offerte van nv Total Belgium, lijken de toepassing van dergelijke onderhandelingen uit te sluiten.

11. Het eerste onderdeel van het enig middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

12. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij in essentie aan dat de onderhandelingen minstens dienden plaats te vinden met eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel, welk beginsel te dezen niet gerespecteerd zou zijn aangezien enerzijds slechts onderhandelingen werden toegelaten over de eerste twee gunningscriteria en dus niet over het derde gunningscriterium waarop verzoekende partij het slechtste scoorde, en anderzijds de gekozen inschrijver zijn offerte alsnog zou hebben kunnen conformeren aan het bestek lopende de onderhandelingen. Verzoekende partij wijst daarbij op een kennelijke strijdigheid met het bestek, aangezien de gekozen inschrijver aan de beide zijden van de autosnelweg in restauratiemogelijkheid voorzag.

13. De procedure van de concessie van openbare werken voorziet niet in bijzondere regels betreffende de regelmatigheid van de offertes en van de prijzen zoals deze wel voorhanden zijn bij de procedures van de aanbesteding of de offerteaanvraag en bijgevolg mag de regelmatigheid bij dergelijke concessies enkel worden beoordeeld op grond van de bestekbepalingen, de regel van gelijke behandeling van de inschrijvers en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

14. Te dezen bepaalt het bestek in titel I.2. “Voorwerp van de opdracht” onder meer het volgende:

“In de dienstenzones te Nazareth die het voorwerp uitmaakt van dit bestek zijn de te leveren basisdiensten en -producten:

1. aan beide zijden van de autosnelweg :

[...]

het aanbieden van een ruim aanbod aan drank, snacks, lectuur, snoep en rookwaren;

[...]

2. enkel in de richting naar Gent: restauratie met ruim aanbod gaande van ontbijt, snacks, tot koude en warme schotels en een specifiek aanbod gericht naar de vrachtwagenbestuurders;”

In de technische specificaties van het bestek wordt dit nader toegelicht als volgt:

“Art. 2 – Inrichting van de dienstenzones’

[...]

a) Voor wat de dienstenzone te Nazareth richting Kortrijk betreft:

[...]

Het gaat naast een klassieke installatie, om de uitbating van een shop omvattende een ruim aanbod aan producten die te koop aangeboden worden, met name:

[...]

- Verpakte eetwaren: ontbijtkoeken, bereide sandwiches of gebak,...;

[...]

Voornoemd overzicht is niet limitatief en kan gewijzigd worden in functie van gewijzigde wensen van de autosnelweggebruikers.

De uitbater van het tankstation mag geen warme maaltijden bereiden om ze te koop te stellen.’

Art. 9 – De Shop

De shop sluit aan, hetzij bij het tankgebeuren (art. 7), hetzij bij het restaurant (art. 8), hetzij bij beiden, en maakt er integraal deel van uit.

De uitbating van een shop omvat dus een ruim aanbod aan producten die te koop aangeboden worden, met name:

[...]

- Verpakte eetwaren: ontbijtkoeken, bereide sandwiches of gebak:

[...]

Voornoemd overzicht is niet limitatief en kan gewijzigd worden in functie van gewijzigde wensen van de autosnelweggebruikers.

Buiten de openingsuren van het restaurant, wordt in de shop een minimum restauratie voorzien, bestaande uit belegde broodjes, croissants, slaatjes of koude schotels en bereide maaltijden die door de klant ter plekke (bv. in een microgolfoven) kunnen opgewarmd worden”.

15. De initiële offerte van nv Total Belgium voorzagt in “een coffee corner met verse broodjes” en vermeldt dienaangaande:

“De enquête van Foodstep geeft duidelijk aan dat er minder vraag is naar voorverpakte broodjes, maar dat de klant verse broodjes wenst waarbij hij volledig zelf de keuze kan invullen (wit of grof brood, met of zonder groentjes, met of zonder boter,...) Total wil daaraan tegemoetkomen door een beperkt aanbod van verse broodjes te voorzien. Vermits er geen

bereidingen of warme maaltijden worden voorzien, blijft dit in overeenstemming met het lastenboek”.

16. Daarbij valt op te merken dat te dezen geen bestekbepalingen lijken voor te liggen waarvan de niet-naleving uitdrukkelijk wordt gesanctioneerd met onregelmatigheid of nietigheid. Verwerende partij was er op het eerste gezicht dan ook niet toe gehouden om de offerte van nv Total Belgium wegens het voorstel van “een coffee corner met verse broodjes” te weren.

Overigens valt op het eerste gezicht te betwijfelen of dit voorstel überhaupt afwijkt van voormelde bestekbepalingen: het verbod op warme maaltijden wordt gerespecteerd en het bestek bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat de opgesomde lijst van producten die in de shop te koop kunnen worden aangeboden niet limitatief is en gewijzigd mag worden afhankelijk van gewijzigde wensen van de autosnelweggebruikers. Voorts blijkt uit het eerste verslag van vergelijking van de offertes voor de onderhandelingen dat voormelde broodjesverkoop werd opgenomen als punt vatbaar voor verbetering in de offerte van nv Total Belgium, niet omdat dit een afwijking van het bestek zou inhouden, doch wel omdat dit een conflictsituatie zou kunnen doen ontstaan met een andere concessionaris.

17. Uit het voorgaande kan worden besloten dat het tweede onderdeel van het enig middel niet ernstig is in de mate dat een schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd omdat de gekozen inschrijver zijn offerte alsnog zou hebben kunnen conformeren aan het bestek lopende de onderhandelingen.

18. Daarnaast voert verzoekende partij nog aan dat het gelijkheidsbeginsel zou zijn geschonden door slechts onderhandelingen toe te laten over de eerste twee gunningscriteria.

19. Daarbij valt op te merken dat in de gunningsbeslissing uitdrukkelijk wordt overwogen “dat het voorstel van aanpassing van de offerte dat

op initiatief van Delek Belgium bvba bij het bestuur werd ingediend op 3 maart 2011 en dat de voorgestelde retributie – mocht er rekening mee gehouden zijn -, geen wijziging in de rangschikking zou hebben teweeggebracht”. In het licht van voormelde overweging in de gunningsbeslissing lijkt het belang van verzoekende partij bij dit onderdeel van het middel twijfelachtig.

20. Voorts valt het in elk geval *prima facie* binnen de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid om te bepalen waarover onderhandeld kan worden, in zoverre hierbij de bepalingen van het bestek en het gelijkheidsbeginsel worden geëerbiedigd. Zoals gezegd bevat het bestek te dezen geen specifieke bepalingen over de wijze waarop onderhandeld zou worden.

In de bestreden beslissing wordt er reeds op gewezen dat de optimalisatie van de offertes geen weerslag kon hebben op de initieel voorgestelde retributie.

In haar nota geeft verwerende partij voorts drie redenen op waarom het haar zelfs niet toegestaan was om te onderhandelen over de financiële bieding, namelijk het feit dat dit tot een fundamentele wijziging van de offertes zou kunnen leiden, het risico van openbaarmaking van geheime gegevens, evenals het risico van irrealistische prijzen nadelig voor de uitvoering. Op het eerste gezicht lijken de vereisten gesteld door de formele en materiële motiveringsverplichting aldus nagekomen.

Voorts dient te worden vastgesteld dat de initiële offerte van verzoekende partij wat het eerste en tweede gunningscriterium betreft slechts een kleine voorkeur genoot tegenover de offerte van nv Total Belgium. Met betrekking tot beide offertes werden een aantal punten voor verbetering vatbaar geacht.

Verwerende partij heeft er vervolgens voor gekozen om onderhandelingen te voeren met beide inschrijvers. Aan beide inschrijvers heeft zij meegedeeld dat zij een aantal verbeteringen aan de door hen ingediende offertes

konden doorvoeren, mits deze geen invloed zouden hebben op de financiële bieding. Beide inschrijvers blijken ook van deze mogelijkheid gebruik te hebben gemaakt en een aantal verbeteringen aan hun offertes te hebben aangebracht.

Wat de bewering van verzoekende partij betreft dat de keuze van de pijnpunten en topics waarover onderhandeld zou worden allesbehalve objectief was, valt op het eerste gezicht op te merken dat de wijzigingen die verzoekende partij aan haar offerte heeft aangebracht niet beperkt lijken te zijn tot de in het eerste beoordelingsverslag in fine aangehaalde punten van verbetering betreffende haar offerte.

Ten slotte lijken de wijzigingen die beide inschrijvers voorstelden, geen fundamentele wijzigingen van de offertes in te houden. In het verslag na onderhandelingen behoudt verzoekende partij overigens een kleine voorkeur wat het eerste gunningscriterium betreft; wat het tweede gunningscriterium betreft wordt nu besloten tot gelijkwaardigheid van de offertes.

21. Ook het tweede onderdeel van het enig middel is niet ernstig, zodat niet is voldaan aan de voorwaarde van een ernstig middel.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 september 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest