RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 227.347 van 13 mei 2014
in de zaak A. 212.223/XII-7646

In zake: de BVBA VIRUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jeroen De Coninck
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA AGRAFA COMMUNICATIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Didier Dhaenens en Raoul Vermeulen
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Mechelsesteenweg 12 bus 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 april 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 28 maart 2014 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen, zoals ter kennis gebracht aan [de bvba Virus] bij aangetekend schrijven van 2 april 2014, waarbij werd besloten de overheidsopdracht 'voor de aanneming van leveringen met betrekking tot het leveren, plaatsen, reinigen,

onderhouden, herstellen en exploiteren van borden met socio-culturele communicatie in de publieke ruimte van de stad Antwerpen' aan Agrafa Communication bvba te gunnen en tegen de impliciete beslissing van diezelfde datum om deze overheidsopdracht niet aan [de bvba Virus] te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 25 april 2014 heeft de bvba Agrafa Communications gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 mei 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jeroen De Coninck, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Didier Dhaenens, die verschijnt voor de tussenkomende 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 Antwerpen schrijft een overheidsopdracht uit voor het "leveren, plaatsen, reinigen, onderhouden, herstellen en exploiteren van borden met socio-culturele communicatie in de publieke ruimte van de stad Antwerpen".

De opdracht wordt geraamd op 3.968.800 euro (btw inbegrepen).

Er wordt gekozen voor de procedure van de open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 23 december 2013 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 24 december 2013.

3.3. De totale looptijd van de opdracht bedraagt 10 jaar, wat in het bijzonder bestek met nr. GAC/2013/2212 wordt gerechtvaardigd als volgt:

> "De socio-culturele borden zijn na 48 maanden niet afgeschreven. De productie- en plaatsingskosten kunnen op die korte termijn niet worden 'gecompenseerd'".

Het bestek bepaalt voorts de volgende criteria:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs inclusief onderhoud en beheer	60
	- voor het verhuren per 100 zijden aan derden, per week: 20 punten - voor het vervangen van (i) een paal, (ii) van een bord zonder paal en (iii) van paal én bord: 20 punten - voor (definitieve) verwijdering en verplaatsing vanaf de 21ste prestatie per kalenderjaar: 10 punten - voor de verkoop van 25 borden inclusief beheer en onderhoud, vermoedelijke hoeveelheid, aan de stad tijdens de tienjarige overeenkomst: 10 punten	
2	Functionele en esthetische kenmerken	20
	- de vormgeving en integratie van het meubilair in het stadsbeeld en de uniformiteit van de verschillende elementen - de presentatie van de voorgestelde elementen (plannen, renderings, foto's...)	
3	Plaatsingsvoorstel	20

	Evenwichtige spreiding met degelijke dekking van het hele grondgebied rekening houdend met de grootte en het bevolkingsaantal in de districten m.i.v. een overzichtsplan.	

In een derde gedeelte van het bestek wordt onder meer het volgende bepaald aangaande de hoeveelheid borden en het eigendomsrecht ervan:

> "III. Hoeveelheid
> De opdracht heeft betrekking op 400 socio-culturele borden, wat in totaal 800 zijden voor socio-culturele communicatie oplevert. Hiervan moeten 200 zijden, op 200 verschillende borden, permanent voor de stad te kiezen communicatie worden voorbehouden, hiervoor dient de stad geen enkele vergoeding te betalen. Ook het vervangen van de affiches in de 200 voor de stad voorbehouden zijden maakt deel uit van de opdracht, daar wordt evenmin een vergoeding voorzien.
> De stad moet over de mogelijkheid beschikken extra borden te kunnen aankopen gedurende de duur van het contract, indien zij dit wenselijk acht, met een vermoedelijke hoeveelheid van 25 borden. Deze borden worden onmiddellijk na correcte plaatsing eigendom van de stad. Het beheer en onderhoud blijft gedurende de looptijd van de overeenkomst ten laste van de leverancier.
> [...]
> III.2 Eigendom
> De leverancier blijft eigenaar van de socio-culturele borden, uitgezonderd van de borden die de stad extra bestelt, tot het einde van de overeenkomst en is verantwoordelijk voor het volgende: de levering en plaatsing, het beheer, onderhoud en herstel waarin begrepen de vervanging, verwijdering en reiniging van de socio-culturele borden in de publieke ruimte van het grondgebied van de stad Antwerpen. Alle lasten en kosten (inclusief gebruiksrechten en vergoedingen aan derden) naar aanleiding van dit contract zijn ten laste van de leverancier. De leverancier blijft voor de borden die overgaan in eigendom van de stad instaan voor de affichering. Hiervoor is de stad geen vergoeding verschuldigd.
> De stad Antwerpen wordt eigenaar van de socio-culturele borden na afloop van de overeenkomst".

In de inventaris, gevoegd als bijlage B bij het bestek, worden de volgende posten vermeld:

1. Verhuurprijs voor 1 zijde aan derden, per week - VH: 1;
2. Vervangen van een paal - VH: 20;
3. Vervangen van een bord zonder paal - VH: 20;
4. Vervangen van een paal en bord - VH: 20;

5. Definitieve verwijdering en verplaatsing vanaf de 21ste prestatie per kalenderjaar - VH: 20;
6. Verkoop van borden inclusief beheer en onderhoud, aan de stad tijdens de tienjarige overeenkomst - VH: 20.

3.4. Twee inschrijvers dienen tijdig een offerte in, zijnde de verzoekende partij en de bvba Agrafa Communication.

3.5. Uit het verslag van nazicht van 10 maart 2014 blijkt dat beide inschrijvers eenzelfde score behalen op het tweede en derde gunningscriterium en betreffende het eerste gunningscriterium de verzoekende partij 30 punten en de gekozen inschrijver 48,08 punten.

Aldus wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Agrafa Communicatie.

3.6. Op 28 maart 2014 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen om de opdracht overeenkomstig het verslag van nazicht te gunnen aan de bvba Agrafa Communications.

De beslissing bevat voorts ook volgende algemene opmerkingen:

> "Het bestek beoogt de kosteloze verwerving van ca. 400 socio-culturele borden verspreid over het grondgebied van de stad Antwerpen. Het bestek voorziet ook in de mogelijkheid om extra borden aan te kopen, specifiek voor de stad. Uit de inschrijving blijkt dat hiervoor niets aangerekend zal worden aan de stad Antwerpen.
> De 200 zijden, die op 200 verschillende borden permanent voor door de stad te kiezen communicatie worden voorbehouden, zijn kosteloos voor de stad. Ook voor het vervangen van de affiches in de 200 voor de stad voorbehouden zijden moet de stad geen vergoeding betalen.
> De leverancier is verplicht om per kalenderjaar de eerste 20 prestaties (definitieve verwijdering en verplaatsing van een bord) op vraag van de stad gratis uit te voeren. Vanaf de 21ste prestatie mogen door de leverancier kosten in rekening worden gebracht volgens de opgegeven bedragen in de offerte. Dit bedrag bedraagt € 7.744,00 inclusief btw, indien voorkomend".

De gunningsbeslissing bevat tevens twee bijlagen, namelijk een bijlage "berekening gunningsbedrag" en een bijlage "verslag van nazicht".

3.7. Met een aangetekend schrijven van 2 april 2014 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht niet aan haar werd gegund. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing en het verslag van nazicht. De bijlage "berekening gunningsbedrag" wordt niet meegedeeld.

3.8. Met een brief van 8 april 2014 gericht aan de verwerende partij formuleert de verzoekende partij een aantal wettigheidskritieken betreffende de gunningsbeslissing.

3.9. Hierna volgt nog een onderhoud tussen de verzoekende partij en de verwerende partij op 10 april 2014.

3.10. Bij brief van 10 april 2014 stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij tijdens voormeld onderhoud zou hebben erkend dat zij verkeerdelijk de eerste bijlage bij de gunningsbeslissing niet had bezorgd en bekritiseert zij het feit dat ten onrechte vooruitgelopen zou zijn op een eventuele intrekkingsbeslissing.

3.11. Bij brief van 11 april 2014 repliceert de verwerende partij dat geen nieuwe inhoudelijke elementen werden aangereikt door de verzoekende partij en dat de motieven mondeling nader werden toegelicht wat betreft de beoordeling van het gunningscriterium prijs - de toepassing van "de regel van drie" voor de verschillende onderdelen - en met betrekking tot het gevoerde prijsonderzoek. Zij kondigt aan dat er op grond van de door de verzoekende partij aangebrachte grieven geen reden is om de betwiste gunningsbeslissing in te trekken.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. De verzoekende partij voert de schending aan van "artikel 25 van de Wet Overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en

diensten van 15 juni 2006 […], van de artikelen 21 en 95 van het Koninklijk Besluit Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren […], van artikel 1582 B.W., van de artikelen 10 en 11 van de Gecoordineerde Grondwet, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het patere legem quam ipse fecisti-beginsel en van artikel 1.5 van het Bestek van de verwerende partij".

De verzoekende partij vat in het verzoekschrift de grieven die in het middel zijn vervat als volgt samen:

> "Doordat, verwerende partij een offerte met nulprijzen voor 4 van de 6 posten (eenheidsprijzen) in de meetstaat, met name prijzen die niet met de werkelijkheid (kunnen) overeenstemmen en die de mededinging op ernstige wijze verhinderen, zonder meer heeft aanvaard;
>
> En doordat, verwerende partij een offerte die afwijkt van een essentiële bestekbepaling met betrekking tot de prijs, met name artikel 1.5 van het Bestek dat stelt dat de inschrijver in al zijn eenheidsprijzen afzonderlijk alle kosten en prestaties moet verrekenen, heeft aanvaard zonder daarvoor ook maar enige verantwoording te verstrekken;
>
> En doordat, verwerende partij haar eigen bestekbepaling (artikel 1.5 van het Bestek dat stelt dat de voorgestelde eenheidsprijzen afzonderlijk alle kosten en prestaties moeten bevatten) aldus niet heeft gerespecteerd, daar een nulprijs geen prijs voor de bijzondere onderdelen van de betrokken post kan bevatten;
>
> En doordat, verwerende partij de Opdracht aldus aan een inschrijver met een materieel onregelmatige offerte heeft gegund;
>
> En doordat, verwerende partij een materieel onregelmatige offerte (Agrafa Communications bvba) met een regelmatige offerte (de verzoekende partij) heeft vergeleken;
>
> Terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van artikel 25 van de Overheidsopdrachtenwet de overheidsopdracht in het kader van een open offerteaanvraag aan de inschrijver met de economisch voordeligste regelmatige offerte moet gunnen en zich er daarbij van moet vergewissen dat de criteria ter beoordeling van de offertes een objectieve vergelijking van de offertes mogelijk maken;
>
> En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals de verwerende partij, op grond van artikel 95 van het K.B. van 15 juli 2011 een offerte die afwijkt van een bestekbepaling met betrekking tot de prijs (zoals artikel 1.5 van het Bestek) als materieel onregelmatig en nietig moet aanmerken;

En terwijl, een offerte met abnormaal lage prijzen die niet kunnen worden gerechtvaardigd, zoals de nulprijzen in de offerte van Agrafa Communication bvba, als materieel onregelmatig moet worden geweerd;

En terwijl, een aanbestedende overheid op grond van het vertrouwensbeginsel en het patere legem quam ipse fecisti-beginsel haar eigen spelregels (zoals artikel 1.5 van het Bestek) moet respecteren;

En terwijl, een aanbestedende overheid te allen tijde de gelijkheid tussen de inschrijvers (zoals tevens vereist op grond van de artikelen 10 en 11 van de Gecoördineerde Grondwet) moet naleven;

En terwijl, een aanbestedende overheid op grond van het mededingingsbeginsel gehouden is de eerlijke mededinging te respecteren;

En terwijl, op grond van artikel 1582 B.W vaststaat dat de verkoop een overeenkomst is waarbij de ene partij (in casu de inschrijver) zich verbindt om een zaak te leveren en de andere partij zich tot het betalen van een prijs verbindt;

Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen geschonden zijn".

Beoordeling

7. Artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' bepaalt dat, indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij offerteaanvraag, deze dient te worden gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met de gunningscriteria.

Overeenkomstig artikel 21, §1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren', onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Artikel 21, § 3, van hetzelfde besluit, in de versie zoals van toepassing op de voorliggende opdracht, bepaalt voorts dat wanneer de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens de offerte om die reden te weren, zij de inschrijver in kwestie om een

schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie dient te vragen.

Het eveneens in het middel geschonden geachte artikel 95, derde lid, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011, in de versie zoals van toepassing op de voorliggende opdracht, bepaalt dat een offerte materieel onregelmatig is en derhalve nietig als ze afwijkt van de essentiële besteksbepalingen van de opdrachtdocumenten "betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in artikel 99".

Voorts bepaalt artikel I.5 van het bestek, waarvan de verzoekende partij eveneens de schending inroept, met betrekking tot de prijsopgave het volgende:

> "De inschrijver is gehouden zijn nettoprijs op te geven in euro voor de leveringen vermeld in 'Hoofdstuk III, Technische bepalingen' van dit bestek.
> De inschrijver mag de prijzen tot twee cijfers na de komma preciseren.
> De leverancier wordt geacht zowel in zijn eenheidsprijzen als in ziin globale prijzen alle kosten en heffingen die op de uitvoering wegen te hebben inbegrepen, met uitzondering van de belasting op de toegevoegde waarde. Hiervoor moet duidelijk het ten honderd in de offerte worden opgegeven.
> Inbegrepen in de eenheidsprijzen en globale prijzen van de opdracht zijn m.a.w. alle heffingen welke de opdracht belasten (met uitzondering van de belasting over de toegevoegde waarde) en alle kosten en metingen en prestaties die inherent zijn aan de uitvoering van de opdracht, met name:
> 1. de verpakkingen, behalve wanneer ze eigendom blijven van de inschrijver en het laden, de overslag, het overladen, het vervoer, de verzekering en het inklaren;
> 2. het lossen, uitpakken en stapelen op de plaats van levering, op voorwaarde dat de opdrachtdocumenten de juiste plaats van levering en de toegangsmogelijkheden vermelden;
> 3. de documentatie die met de levering verband houdt;
> 4. het monteren en het bedrijfsklaar maken;
> 5. de voor het gebruik noodzakelijke vorming.
> Er worden geen extra kosten aanvaard. Elke levering dient FRANCO te gebeuren.
> De keurings- en opleveringskosten zijn tevens inbegrepen in de eenheidsprijzen en globale prijzen van de opdracht (op voorwaarde dat de opdrachtdocumenten de wijze bepalen waarop deze kosten zullen worden berekend). De keurings- en opleveringsplaatsen omvatten onder meer de

reis- en verblijfskosten de vergoeding van het met de keuring of oplevering belaste personeel".

8.1. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de offerte van de gekozen inschrijver behept is met abnormale prijzen, die niet kunnen worden gerechtvaardigd, namelijk nulprijzen, en dat de verwerende partij deze offerte aldus ten onrechte zou hebben aanvaard, dient er in de eerste plaats op te worden gewezen dat de offerte van de bvba Agrafa Communications te dezen niet werd afgewezen door de verwerende partij, zodat zij op grond van het hiervoor vermelde artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 dan ook niet gehouden was een prijsverantwoording te vragen.

In de huidige stand van het geding wordt om de volgende redenen bovendien niet *prima facie* aangetoond dat de verwerende partij te dezen met schending van de ingeroepen normen handelde door voor de door de gekozen inschrijver opgegeven nulprijzen voor vier posten geen prijsverantwoording te vragen, noch de offerte te weren.

In de eerste plaats lijkt het bestek de opgave van nulprijzen voor de litigieuze posten 2, 3, 4 en 6 als dusdanig niet uit te sluiten. Het concept van de voorliggende opdracht lijkt er immers in te bestaan dat de vergoeding voor de opdracht in beginsel niet bestaat uit een geldelijke som maar uit het kosteloos verwerven en gebruik van de communicatieve ruimte van de betrokken socio-culturele borden.

Het tweede gedeelte van het bestek "contractuele bepalingen" bepaalt voorts onder meer dat de leverancier verplicht is om per kalenderjaar de eerste 20 prestaties op vraag van de stad gratis uit te voeren, hetgeen kan bestaan uit de definitieve verwijdering van een bord, tijdelijke verwijdering of tijdelijke verplaatsing van een bord naar een andere locatie en herplaatsing op dezelfde locatie of verplaatsing van een bord naar een nieuwe locatie. Vanaf de 21ste prestatie mogen, luidens het bestek, door de leverancier kosten in rekening worden gebracht volgens de opgegeven bedragen in de offerte. Ook hier lijkt het aanrekenen van kosten dus geen verplichting te zijn.

Voorts blijkt op het eerste gezicht uit bijlage 1 “berekening gunningsbedrag” bij de gunningsbeslissing dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver de vooropgestelde raming van 3.968.800 euro overschrijdt. Bij de beoordeling van het abnormaal karakter van de prijzen lijkt de raming in beginsel een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven te vormen.

Bovendien blijkt dat de verwerende partij in voormelde bijlage bij de gunningsbeslissing aan de hand van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver heeft berekend hoeveel inkomsten het verhuren van de 600 zijden deze inschrijver zou opleveren, evenals hoeveel inkomsten deze inschrijver vermoedelijk daar bovenop zou verwerven op grond van de vijfde post inzake de definitieve verwijdering of verplaatsing van borden. Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te zijn gegaan door op grond van deze berekening te oordelen dat deze inkomsten voldoende waren om de bijkomende prestaties genoemd in de posten 2, 3, 4 en 6 te leveren zonder hiervoor een vergoeding te vragen.

Het besproken onderdeel van het middel is dan ook niet ernstig.

8.2. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de offerte van de gekozen inschrijver afwijkt van artikel I.5 van het bestek, blijkt, ongeacht de vraag naar het essentiele karakter van dat artikel, het op het eerste gezicht niet dat de offerte van de gekozen inschrijver door het aanbieden van nulprijzen voor de posten 2, 3, 4 en 6 afwijkt van voormelde besteksbepaling inzake de prijsopgave.

Artikel I.5 van het bestek stelt immers nergens “dat de voorgestelde eenheidsprijzen afzonderlijk alle kosten en prestaties moeten bevatten”, zoals de verzoekende partij doet gelden in haar verzoekschrift, doch bepaalt slechts dat “de leverancier geacht wordt zowel in zijn eenheidsprijzen als in zijn globale prijzen alle kosten en heffingen die op de uitvoering wegen te hebben inbegrepen, met uitzondering van de belasting op de toegevoegde waarde”.

Met de verwerende partij lijkt *prima facie* te mogen worden aangenomen dat in deze bepaling enkel de forfaitaire aard van de aan te bieden

prijzen wordt benadrukt “in die zin dat er - daarbovenop - geen extra kosten zouden worden aanvaard”.

Dit onderdeel van het middel is dan ook niet ernstig.

8.3. Ten slotte voert de verzoekende partij in het eerste middel nog een schending aan van artikel 1582 van het Burgerlijk Wetboek en betoogt zij in de toelichting bij het middel dat door de opgegeven nulprijs voor post 6 die betrekking heeft op de eventuele verkoop van extra borden aan de verwerende partij, immers een wezenlijk bestanddeel van de koopovereenkomst, zijnde de koopprijs, zou ontbreken.

Artikel 1582 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat koop een overeenkomst is waarbij de ene partij zich verbindt om een zaak te leveren, en de andere om daarvoor een prijs te bepalen.

Op het eerste gezicht behoort de beoordeling van dit middelonderdeel, gesteund op de schending van artikel 1582 van het Burgerlijk Wetboek, niet tot de rechtsmacht van de Raad van State. Met dit middelonderdeel lijkt de verzoekende partij de Raad van State er immers toe te brengen zich uit te spreken over subjectieve rechten, wat tot de uitsluitende rechtsmacht behoort van de justitiële rechter.

Dit middelonderdeel lijkt dan ook niet ontvankelijk en het middel in zijn geheel dus niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 4 en 5 van de Wet van 17 juni 2013, de artikelen 21 en 99 van het K.B. van 15 juli 2011, van de materiële motiveringsplicht van de verwerende partij, van de artikelen 2 en 3 van de Wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen van 29 juli 1991 […], van de formele motiveringsplicht van

de verwerende partij, van het zorgvuldigheidsbeginsel, van het patere legem quam ipse fecisti-beginsel en van artikel 1.5 van het Bestek;"

De verzoekende partij vat in het verzoekschrift de grieven die in het middel zijn vervat als volgt samen:

> "Doordat, verwerende partij heeft nagelaten - minstens heeft nagelaten hieromtrent de vereiste motivering in de bestreden gunningsbeslissing op te nemen - een prijsonderzoek uit te voeren;
>
> En doordat, verwerende partij zonder meer en dus op manifest ongemotiveerde wijze de -doorslaggevende - nulprijzen die de inschrijver Agrafa Communication bvba voor de posten 2, 3, 4 en 6 voorstelt, heeft aanvaard;
>
> En doordat, verwerende partij voor wat betreft het prijscriterium geen beoordelingsmethode, noch bedragen op grond waarvan de puntentoekenning geschiedde (zelfs niet voor de eigen offerte van de verzoekende partij), in de bestreden gunningsbeslissing meedeelde;
>
> En doordat, verzoekende partij aldus geen kennis heeft gekregen van de basis of wijze waarop de puntentoekenning geschiedde en dus onmogelijk kan controleren of deze puntentoekenning (zelfs voor haar eigen offerte) correct gebeurde;
>
> Terwijl, verwerende partij nochtans op grond van de artikelen 21 en 99 van het K.B. van 15 juli 2011 verplicht is een diligent, adequaat en zorgvuldig prijsonderzoek uit te voeren;
>
> En terwijl, op basis van de door de aanbestedende overheid weer te geven beoordelingsmethode en motivering (die een aanbestedende overheid op grond van haar motiveringsplicht in een gunningsbeslissing moet opnemen), voor de inschrijvers moet vaststaan waarom een bepaalde score wordt toegekend én op welke wijze de puntenverschillen tussen de inschrijvers tot stand zijn gekomen;
>
> En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van haar materiële motiveringsplicht ertoe gehouden is om haar beoordeling van de ingediende offertes in het licht van de gunningscriteria te steunen op motieven die feitelijk juist of in rechte aanvaardbaar zijn, en dit met de rechtens vereiste zorgvuldigheid moet doen;
>
> Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen zijn geschonden".

Beoordeling

10.1. Het tweede middel wordt in de eerste plaats afgeleid uit een vermeende schending van de verplichting voor de aanbestedende overheid om een prijsonderzoek uit te voeren.

Op het eerste gezicht lijkt het feitelijk uitgangspunt van de verzoekende partij, dat de verwerende partij zou hebben nagelaten om een prijsonderzoek te voeren, echter niet te kunnen worden gevolgd. Het tegendeel blijkt op het eerste gezicht uit de eerste bijlage bij de gunningsbeslissing waarin aan de hand van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver over diverse tijdsperiodes werd berekend hoeveel inkomsten het verhuren van de 600 zijden deze firma zou opleveren, evenals hoeveel inkomsten deze inschrijver vermoedelijk daarbovenop zou verwerven op grond van de vijfde post inzake de definitieve verwijdering of verplaatsing van borden.

10.2. Voorts betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij minstens heeft nagelaten de vereiste motivering met betrekking tot het verplichte prijsonderzoek in de bestreden gunningsbeslissing op te nemen.

De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij ook afleidt uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Luidens artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ bevat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, “de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische

en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben”

10.3. In de bestreden gunningsbeslissing wordt opgemerkt dat de offertes door de gemeenschappelijke aankoopcentrale administratief werden nagezien en regelmatig bevonden. Ook in het gunningsverslag waar de bestreden gunningsbeslissing naar verwijst, wordt opgemerkt dat de offertes als regelmatig worden beschouwd.

Te dezen blijkt niet dat de verwerende partij in de bestreden beslissing bijzondere beschouwingen diende op te nemen naar aanleiding van mogelijke abnormale prijzen. Zoals reeds blijkt uit de beoordeling van het eerste middel had de verwerende partij immers geen intentie om de gekozen offerte te weren wegens abnormale prijzen, en mocht zij de opgegeven eenheidsprijzen op het eerste gezicht als normaal beschouwen.

Het lijkt dan ook niet dat de formelemotiveringsplicht werd geschonden doordat de bestreden beslissing te dezen over de prijzen en het prijsonderzoek geen andere informatie bevat dan wat eerder werd vermeld.

10.4. Ten slotte bekritiseert de verzoekende partij in dit middel nog het feit dat in de gunningsbeslissing voor het prijscriterium zowel de beoordelingsmethode als de bedragen die voor de puntentoekenning werden gehanteerd ontbreken.

Te dezen blijkt dat het verslag van nazicht het volgende vermeldt wat de beoordeling van het prijscriterium betreft:

1	Agrafa Communication bvba	- voor het verhuren per 100 zijden aan derden, per week: 16,52 punten - voor het vervangen van (i) een paal, (ii) van een bord zonder paal en (iii) van paal én bord: 20 punten - voor (definitieve) verwijdering en verplaatsing vanaf de 21ste prestatie per kalenderjaar: 1,56	48,08

		punten - voor de verkoop van 25 borden inclusief beheer en onderhoud, vermoedelijke hoeveelheid, aan de stad tijdens de tienjarige overeenkomst: 10 punten TOTAALSCORE: 48,08 punten Het grote verschil in prijs, wat betreft het vervangen van palen en borden en ook wat betreft de verkoop van borden aan de stad, is doorslaggevend. Agrafa Communication bvba diende een offerte in waarbij voor deze posten 0,00 euro werd gevraagd.	
2	Virus bvba	- voor het verhuren per 100 zijden aan derden, per week: 20 punten - voor het vervangen van (i) een paal, (ii) van een bord zonder paal en (iii) van paal én bord: 0 punten - voor (definitieve) verwijdering en verplaatsing vanaf de 21ste prestatie per kalenderjaar: 10 punten - voor de verkoop van 25 borden inclusief beheer en onderhoud, vermoede-lijke hoeveelheid, aan de stad tijdens de tienjarige overeenkomst: 0 punten TOTAALSCORE: 30 punten Het grote verschil in prijs wat betreft het vervangen van palen en borden, en ook wat betreft de verkoop van borden aan de stad, is doorslaggevend. Virus bvba is goedkoper wat betreft de verhuurprijs aan derden.	30

Aldus dient te worden vastgesteld dat per subgunningscriterium de puntenscore wordt vermeld die de inschrijvers hebben behaald, evenals de totaalscore. Daarnaast wordt de puntenscore ook verder toegelicht waarbij onder meer wordt opgemerkt dat het grote verschil in prijs wat betreft het vervangen van palen en borden, en ook wat betreft de verkoop van borden aan de stad, doorslaggevend is.

10.5. Daargelaten de vraag of de formele motiveringsplicht te dezen eveneens het vermelden van de beoordelingsmethode voor het prijscriterium vereist, lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht geen belang te hebben bij deze grief aangezien uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat tijdens het onderhoud van 10 april 2014, en dus ruim vóór het indienen van het voorliggende verzoekschrift bij de Raad, de motieven van de bestreden beslissing mondeling nader werden toegelicht wat betreft de beoordeling van het gunningscriterium prijs en de verzoekende partij daarbij kennis blijkt te hebben genomen van het feit dat als beoordelingsmethode "de regel van drie" werd toegepast voor de diverse onderdelen. Met een brief van 11 april 2014 blijkt de verwerende partij dit nogmaals formeel te hebben bevestigd aan de verzoekende partij.

De "regel van drie" geldt in elk geval als een van de meest voor de hand liggende en neutrale beoordelingsmethodes wat het prijscriterium betreft.

10.6. Voorts lijkt de verzoekende partij de verwerende partij bezwaarlijk te kunnen verwijten te hebben nagelaten de eenheidsprijzen te vermelden, op grond waarvan voormelde puntenscore werd berekend, aangezien zij in haar verzoekschrift zelf erkent dat het vertrouwelijke gegevens betreft. De verwerende partij lijkt hier dan ook terecht te verwijzen naar artikel 10 van de voormelde wet van 17 juni 2013, krachtens hetwelk de openbaarmaking van bepaalde gegevens niet is toegestaan. Bovendien blijkt uit het verslag van nazicht duidelijk dat de gekozen inschrijver voor de posten inzake het vervangen van palen en borden en voor de verkoop van borden nulprijzen heeft aangeboden en dat dit het verschil in puntenscore voor het prijscriterium verklaart.

10.7. Het tweede middel is dan ook niet ernstig.

VII. Besluit

11. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

12.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 'betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973' toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige, en krachtens artikel 9 van dat besluit in werking getreden op 2 april 2014 voor vorderingen ingesteld te rekenen vanaf die datum, is van toepassing op de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid nu deze werd ingediend op 17 april 2014.

Dit artikel 67 bepaalt:

> "§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.
>
> In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten".

12.2. Er is aldus grond om met toepassing van deze bepaling te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Agrafa Communications tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, verschuldigd aan de verwerende partij.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 mei 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**