

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.504 van 22 mei 2014
in de zaak A. 212.259/XII-7649**

In zake: de NV PRONTOPHOT BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Luk De Schrijver en Dany Cornelis
kantoor houdend te 9840 De Pinte
Pont Noord 15A
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 AUTOMATED PRODUCTS SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 april 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen dd. 4 april 2014 waarbij de gunning werd goedgekeurd voor het leveren en plaatsen van

fotocabines in de districten op basis van bestek GAC/2013/2129 aan Automated Products Services bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 mei 2014 heeft de bvba Automated Products Services gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 mei 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Luc De Schrijver, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Christophe Coen, 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 met betrekking tot het sluiten van een raamcontract voor het leveren en plaatsen van

fotocabines.

De opdracht wordt geraamd op 127.050 euro (btw inbegrepen).

Er wordt gekozen voor de procedure van de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 26 november 2013.

3.3. Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

“I.11 Gunningscriteria

Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Prijs [...]	20
2	Gebruiksvriendelijkheid [...]	30
3	Functionaliteit en duurzaamheid [...]	30
4	Dienstverlening [...]	20

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de raamovereenkomst gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend”.

3.4. Twee inschrijvers dienen tijdig een offerte in, namelijk de verzoekende partij en de bvba Automated Products Services.

3.5. In het verslag van nazicht van 5 februari 2014 behaalt de bvba Automated Product Services de hoogste score met 93/100, terwijl de verzoekende partij een score behaalt van 87,86/100.

3.6. Op 28 februari 2014 beslist de verwerende partij, op grond van voormeld verslag van nazicht, de opdracht voor het leveren en plaatsen van fotocabines in haar districten aan de bvba Automated Products Services te gunnen.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 4 maart 2014 wordt de niet-gekozen inschrijver, namelijk de verzoekende partij, in kennis gesteld van voormelde beslissing en verslag van nazicht.

Op dezelfde dag wordt ook de gekozen inschrijver, de bvba Automated Products Services, in kennis gesteld van de gemotiveerde beslissing om de opdracht aan haar te gunnen.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 18 maart 2014 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State tegen de gunningsbeslissing van 28 februari 2014.

3.9. Op 28 maart 2014 beslist de verwerende partij om in afwachting van een nieuwe en beter gemotiveerde gunningsbeslissing de beslissing van 28 februari 2014 in te trekken.

3.10. Gelet op de intrekking van de bestreden beslissing, beslist de Raad van State bij arrest nr. 227.043 van 3 april 2014 om de vordering ingesteld tegen de beslissing van 28 februari 2014 te verwerpen.

3.11. Op 24 maart 2014 wordt een nieuw verslag van nazicht opgesteld, waarin de bvba Automated Product Services de hoogste totaalscore behaalt met 93/100, terwijl de verzoekende partij een score behaalt van 89,86/100:

3.12. Op 4 april 2014 wordt door de verwerende partij het verslag van nazicht van 24 maart 2014 goedgekeurd en beslist om de opdracht voor het leveren en plaatsen van fotocabines in haar districten aan de bvba Automated Products Services te gunnen.

Het besluit bevat tevens de volgende samenvattende puntentabel:

Firma	Prijs	Gebruiksvriendelijkheid	Functionaliteit en duurzaamheid	Dienstverlening	Totaal
	20	30	30	20	100
APS	20,00	25,00	28,00	20,00	93,00
Prontophot	19,86	28,00	24,00	18,00	89,86

3.13. Met een aangetekend schrijven van 8 april 2014 wordt voormelde beslissing van 4 april 2014, evenals het verslag van nazicht van 24 maart 2014 ter kennis gebracht van de verzoekende partij en de bvba Automated Product Services.

IV. Tussenkoms

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

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij legt ter terechtzitting een pleitnota neer. De procedureregeling voorziet echter niet in de neerlegging van dergelijk document. De Raad van State zal de pleitnota hierna dan ook niet in zijn beoordeling betrekken, in zoverre deze meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting op de terechtzitting

VI. Ontvankelijkheid

6.1. De tussenkomsde partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing aangezien de overeenkomst

tussen haar en de verwerende partij reeds tot stand is gekomen en reeds ten dele is uitgevoerd. De verzoekende partij blijft volgens haar in gebreke aan te tonen dat zij alsnog belang heeft bij haar vordering.

6.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zouden alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 kan verantwoorden.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert in het eerste middel de schending aan van “de artikelen 106 ev. van het KB van 15 juli 2011, van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in art. 10 en 11 van de Grondwet en van het beginsel van behoorlijk bestuur, van de artt. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, art. 8 van de Wet van 13 juni 2013 alsmede van de algemene motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Zij werpt in de eerste plaats op dat in het bestreden besluit enkel de tabel met de toegekende scores aan de twee indieners van een offerte wordt opgenomen en voor het overige enkel verwezen wordt naar een gemotiveerd gunningsverslag dat in bijlage wordt gevoegd en in het bestreden besluit weliswaar wordt goedgekeurd, zonder dat de motivering hiervan wordt hernomen in het bestreden besluit zelf.

Vervolgens betwist de verzoekende partij de beoordeling van alle gunningscriteria, met uitzondering van het prijs criterium.

Wat de beoordeling van het gunningscriterium “gebruiksvriendelijkheid” betreft, merkt zij op dat ondanks het substantieel voordeel inzake de toegankelijkheid van de cabines voor andersvaliden aan de verzoekende partij zonder nadere motivering of onderbouw, slechts 3 punten meer worden toegekend. Als de vlotte toegankelijkheid voor andersvaliden door de verwerende partij als een belangrijk pluspunt en meerwaarde wordt beschouwd, zoals ook in het aanvankelijk gunningsverslag werd gesteld, gaat het anderzijds niet op dat de grotere omvang van deze cabines die hiervan het noodzakelijk gevolg is, tegelijkertijd als een minpunt in aanmerking wordt genomen omdat de cabine niet op elke locatie kan worden geplaatst. Een dergelijke motivering is volgens de verzoekende partij volstrekt contradictorisch en faalt derhalve.

Voorts merkt zij op dat zij er uitdrukkelijk op gewezen heeft dat het elektronisch betalen reeds operationeel zou zijn in de loop van het jaar en dat enkel nog de keuze diende te worden gemaakt welk betaalsysteem het grootste voordeel zou bieden aan de klanten, wat uiteraard niet hetzelfde is als een betaalmodule die nog slechts in testfase is. In de offerte van APS wordt volgens de verzoekende partij enkel vermeld dat hun cabines kunnen worden uitgerust met een bancontact betaalmodule, wat eerder een vage omschrijving is en geen zekerheid biedt dat de cabines standaard met deze betaalmodule zullen worden uitgerust, temeer daar de huidige cabines van APS volgens haar niet voorzien zijn van een dergelijke module.

Wat de beoordeling van het gunningscriterium “functionaliteit en duurzaamheid” betreft, is het verschil in toegekende score van 4 punten volgens de verzoekende partij niet te verantwoorden en wordt deze ook op geen enkele objectieve wijze onderbouwd. Zij stelt zich in de eerste plaats vragen bij de technische haalbaarheid van een autonomie van 1.600 foto's, aangezien een standaardprinter niet met een dergelijke autonomie is uitgerust. Bovendien is dit punt volgens haar minder relevant naarmate er, zoals in haar offerte het geval is, in een betere service en frequentere bezoeken van techniekers is voorzien. Voorts is duurzaamheid slechts één van de vijftien punten aan de hand waarvan de

beoordeling zou gebeuren zodat dit redelijkerwijze geen verschil van vier punten kan verklaren. Bovendien heeft duurzaamheid niet enkel betrekking op de plaats waar de cabines worden gefabriceerd maar ook op de betrouwbaarheid, zekerheid en stevigheid van de cabines. Als het gebruik door APS van een techniek die het openbaar vervoer gebruikt als een pluspunt in aanmerking wordt genomen, wordt voorts ten onrechte voorbijgegaan aan het veiligheidsaspect hiervan. De verzoekende partij zet een team van drie techniekers in specifiek voor de cabines in de Stad Antwerpen wat volgens haar een substantieel beter serviceniveau garandeert dan één techniek die met het openbaar vervoer ter plaatse dient te gaan. Tenslotte wordt als minpunt in het verslag van nazicht vermeld dat de verzoekende partij drie terugbetaalmethodes voorstelt bij mislukte foto's, waaronder de volgens de verwerende partij minst interessante, zijnde de terugbetaling in contanten, terwijl dit in de offerte van APS de enige terugbetalingsmogelijkheid is.

Ook wat de beoordeling van het gunningscriterium “dienstverlening” betreft, worden volgens de verzoekende partij ten onrechte twee punten meer toegekend aan de offerte van APS. De verzoekende partij wijst er op dat ook haar cabines wel degelijk met een 3G module zijn uitgerust, terwijl dit enkel in hoofde van APS als een pluspunt wordt opgemerkt. Zij voert aan dat de meeste van haar cabines op heden reeds uitgerust zijn met de 3G module, terwijl zij dit nog niet heeft kunnen vaststellen bij de fotocabines die reeds door APS zijn geïnstalleerd.

Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op dat al haar cabines een CE label hebben, wat overigens een wettelijke vereiste is, terwijl geen van de “actuele cabines van APS” momenteel een CE-label zou hebben en in de offerte geen enkel uitsluitel zou worden gegeven of de cabines die in uitvoering van deze opdracht zullen worden geplaatst een CE-label zullen hebben.

Beoordeling

9.1. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij afleidt uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’, 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.

Een motivering door verwijzing naar andere stukken is een afdoende motivering indien de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurse ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende gemotiveerd is, de daarin vervatte voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevalen, en er geen tegenstrijdige adviezen zijn.

Er valt op te merken dat de kritiek van de verzoekende partij dat de bestreden beslissing genomen werd met schending van de formelemotiveringsverplichting aangezien het bestreden besluit enkel de tabel met de toegekende scores bevat en de motivering van het verslag van nazicht niet wordt hernomen in het bestreden besluit zelf, in elk geval niet lijkt te kunnen worden aangenomen.

Uit de vermelding in de bestreden beslissing dat het bijgevoegde verslag van nazicht wordt goedgekeurd, blijkt immers dat het verslag wordt bijgevalen, alsook de daarin opgenomen motivering. De verzoekende partij betwist overigens niet een kopie van dit verslag van nazicht te hebben ontvangen samen met de bestreden beslissing.

Voorts toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de motivering opgenomen in het verslag van nazicht niet voldoet aan voormelde vereisten en geeft zij er in elk geval blijk van dat zij kennis had van de

betrokken motieven, gelet op de kritiek die zij erop levert in haar verzoekschrift: aldus is alvast het doel van de voormelde formele motiveringsverplichting bereikt.

9.2. Vervolgens betwist de verzoekende partij de beoordeling van alle gunningscriteria, met uitzondering van het prijs criterium.

Dienaangaande valt in de eerste plaats op te merken dat de aanbestedende overheid bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid beschikt en de Raad van State zich niet in de plaats van het bestuur mag stellen en zelf de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou zijn onttrokken aan het wettigheids toezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

9.3. Het tweede gunningscriterium “Gebruiksvriendelijkheid”, waaraan een gewicht van 30 punten is toegekend, wordt in het bestek als volgt omschreven: “De evaluatie zal gebeuren aan de hand van eigenschappen zoals, eenvoud van bediening, duidelijkheid van de gebruiksaanwijzing (bijvoorbeeld meertalig), mogelijkheid tot mondelinge instructies, de betaalmogelijkheden, toegankelijkheid, privacy, ...”.

In het verslag van nazicht worden aan de offerte van de verzoekende partij voor dit gunningscriterium 28 punten toegekend met volgende beoordeling:

“1. Toegankelijkheid

Een pluspunt is dat Prontophot twee soorten fotocabines aanbiedt. De fotocabine “Photobooth Anders Validen” en de fotocabine “Photobooth Easy”.

De Photobooth Anders Validen biedt een meerwaarde tegenover de Photobooth Easy omdat:

1. De rolstoelgebruiker er met de rolstoel zelf in past en
2. Slechthorenden gebruik kunnen maken van videobegeleiding en er verbinding mogelijk is tussen het hoorapparaat en de digitale geluidsversterker.

De Photobooth Anders Validen kan echter niet op elke locatie geïnstalleerd worden, hetgeen als een minpunt beschouwd wordt. Het bestuur geeft er immers de voorkeur aan om op elke locatie dezelfde fotocabine te plaatsen. Dit is duidelijker te communiceren naar onze klanten toe. Het niet-plaatsen van deze cabine voor anders validen op bepaalde locaties zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat deze doelgroep niet overal dezelfde dienstverlening kan genieten. Daarenboven vertegenwoordigt deze doelgroep slechts een klein percentage van de totale klantenstroom, waardoor de toegankelijkheid voor anders validen niet zwaar doorweegt op de totaalscore voor dit criterium.

Toch krijgt Prontophot extra punten omdat de cabine voor anders validen mee in het aanbod van de offerte zit.

2. Betaalmogelijkheden

Een minpunt is dat de mogelijkheid tot het elektronisch betalen van de foto's zich momenteel nog in een testfase bevindt en op het moment van de gunning aldus nog geen realiteit is (pas operationeel eind 2014)"

De offerte van de bvba Automated Product Services krijgt een score van 25 punten op grond van volgende motivering:

"1. Toegankelijkheid

De aangeboden fotocabine is goed toegankelijk voor anders validen, maar toch in belangrijke mate minder dan de andere offerte wat minder punten met zich brengt.

2. Betaalmogelijkheden

De cabines kunnen thans reeds uitgerust worden met Bancontact".

Wat betreft de kritiek van de verzoekende partijen dat zij voor het tweede gunningscriterium slechts 3 punten meer behaalt ondanks het substantieel voordeel inzake de toegankelijkheid van de cabines voor andersvaliden, gaat zij er *prima facie* aan voorbij dat de "toegankelijkheid" slechts een van de zes beoordelingselementen betreft die in het bestek onder het gunningscriterium "gebruiksvriendelijkheid" op niet limitatieve wijze lijken te zijn opgesomd.

In de mate dat zij daarbij refereert naar het aanvankelijke gunningsverslag lijkt zij er bovendien aan voorbij te gaan dat de tussengekomen intrekkingsbeslissing tot gevolg heeft dat de eerste gunningsbeslissing wordt

geacht nooit te hebben bestaan en de verwerende partij dan ook in principe niet gebonden is door de motieven waarop deze steunde.

Op het eerste gezicht lijkt het evenmin contradictorisch dat de verwerende partij enerzijds de vlotte toegankelijkheid voor andersvaliden als een belangrijk pluspunt beschouwt, doch het anderzijds als een minpunt beschouwt dat dergelijke cabine niet op elke locatie kan worden geplaatst.

Voorts dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij bij de beschrijving “Photobooth andersvaliden” slechts munten, biljetten en jeton ontvanger als betaalmogelijkheden vermeldt, waaraan wordt toegevoegd “dat de elektronische betaling momenteel nog in testfase is (test van 3 systemen), operationeel eind 2014”. De offerte van de gekozen inschrijver vermeldt daarentegen zonder meer volgende betaalmogelijkheden: “met biljetten (5 euro), met munten (alle munten), met een jeton, met bancontact”. Op het eerste gezicht wijst de beoordeling in het verslag van nazicht dat de cabines thans reeds uitgerust “kunnen” worden met Bancontact niet op onzekerheid over de aanwezigheid van dergelijke betaalmogelijkheid in een standaardcabine zoals de verzoekende partij laat uitschijnen, doch wel op een actuele mogelijkheid, in tegenstelling met de offerte van de verzoekende partij waarin wordt vermeld dat dergelijke elektronische betaalmogelijkheid zich nog in testfase bevindt.

Ter terechtzitting wordt door de verzoekende partij opgemerkt dat de betaalmodule niet zou zijn geïnstalleerd in een aantal geplaatste toestellen van de gekozen inschrijver. Zulks lijkt echter niet relevant nu deze toestellen niet op grond van de in het geding zijnde opdracht lijken te zijn geplaatst.

Op het eerste gezicht lijkt aldus niet aangetoond dat de beoordeling van het tweede gunningscriterium in het verslag van nazicht niet op een deugdelijk motief zou steunen.

9.4. Het derde gunningscriterium “Functionaliteit en duurzaamheid” waaraan een gewicht van 30 punten wordt toegekend, wordt in het bestek als volgt omschreven:

“De evaluatie zal gebeuren aan de hand van

- kwaliteit van de foto's (mogelijkheden tot aanpassing van positionering, keuze kleur of zwart-wit foto's, afkeuringsmogelijkheden, terugbetaling mislukte foto's...
- technische kwaliteit en inplanting van de cabine (uitrusting van de cabine, de autonomie, capaciteit aantal foto's per uur, mogelijkheid tot keuze voor diverse aantal foto's, bediening met touchscreen, integratie van de cabine in de locatie...
- duurzaamheid, gebruik van milieuvriendelijk fotopapier, minimaal of geen chemische producten, energie zuinigheid
- mogelijkheid foto's te integreren in het back office systemen”.

In het verslag van nazicht wordt dienaangaande in de eerste plaats opgemerkt dat beide offertes gelijkwaardig zijn wat betreft de technische kwaliteit en inplanting van de cabine evenals de mogelijkheid om foto's te integreren in back office systemen. Op het vlak van kwaliteit van de foto's en duurzaamheid zijn er volgens het verslag echter verschillen te noteren, dewelke bepalend zijn voor de toegekende score.

Aan de offerte van de bvba Automated Product Services worden 28 punten toegekend, op grond van volgende motivering:

“1. Technische kwaliteit van de foto's:

Op het vlak van kwaliteit van foto's scoort APS beter omdat zij een grote autonomie hebben wat het aantal foto's (1600foto's) betreft.

2. Duurzaamheid

Op het vlak van duurzaamheid scoort APS eveneens beter omwille van volgende redenen:

- hun “cradle to cradle” principe
- zij werken samen met sociale economie (beschermde werkplaats vzw De Brug)
- het onderhoud gebeurt door een lokale techniek die gebruik maakt van het openbaar vervoer
- Belgische productie zorgt voor een minimum aan CO2 uitstoot bij het transport”.

De verzoekende partij scoort 24 punten, op grond van volgende motivering:

“1. Technische kwaliteit van de foto’s

Op het vlak van de kwaliteit van de foto’s scoort Prontophot minder goed omwille van volgende redenen:

- Zij hebben een lagere autonomie wat het aantal foto’s (1200 foto’s) betreft
- Prontophot biedt 3 terugbetalingsmogelijkheden aan van mislukte foto’s. Evenwel de terugbetalingsmogelijkheid in cash geld is nadelig omdat cash geld zo veel mogelijk wordt vermeden omwille van onder meer veiligheidsredenen;

2. Duurzaamheid

Prontophot levert inspanningen op het vlak van duurzaamheid:

- economische laagspanningsverlichting en LED-technologie
- automatische in- en uitschakeling dmv. programmeerbare timer
- montage van de cabines in België
- techniekers die snel ter plaatse kunnen zijn
- recyclage van afval

Deze inspanningen wegen echter niet op tegen deze van APS. APS gaat namelijk nog een aantal stappen verder door hun cradle to cradle-principe, productie en montage in België, samenwerking met sociale économie en door het zo veel mogelijk gebruik maken van het openbaar vervoer”.

Op het eerste gezicht dient aldus te worden vastgesteld dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, in het verslag van nazicht wel degelijk een nadere motivering is terug te vinden. Voorts lijkt voormelde motivering te volstaan om het verschil in toegekende score van 4 punten op een gunningscriterium met een weging van 30 punten te verantwoorden.

In de mate dat de verzoekende partij zich vragen stelt bij de technische haalbaarheid van een autonomie van 1.600 foto’s dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat deze technische specificatie uitdrukkelijk wordt vermeld in de offerte van de gekozen inschrijver. Het loutere feit dat de verzoekende partij zich hierbij “vragen” stelt, lijkt op het eerste gezicht niet van aard om dit te ontkrachten. Bovendien lijkt de verwerende partij door dit bij de

beoordeling van het derde gunningscriterium als een relevant verschilpunt tussen beide offertes te beschouwen, haar beslissing niet op een ondeugdelijk motief te hebben gesteund.

Voorts mist de kritiek van de verzoekende partij, dat duurzaamheid slechts één van de vijftien punten betreft aan de hand waarvan de beoordeling zou gebeuren zodat dit redelijkerwijze geen verschil van vier punten kan verklaren, op het eerste gezicht feitelijke grondslag aangezien in het bestek “duurzaamheid” niet als een van vijftien, maar als een van de vier globale beoordelingselementen bij het derde gunningscriterium wordt opgesomd. Daarbij lijkt het evenmin strijdig met de vereiste van een deugdelijke motivering dat de verwerende partij het feit dat bij de gekozen inschrijver het onderhoud gebeurt door een lokale techniker die gebruik maakt van het openbaar vervoer als een pluspunt beschouwt bij de beoordeling van de duurzaamheid.

Vervolgens valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe de kritiek van de verzoekende partij aangaande het beweerde verschil in dienstverlening door haar inzetbaarheid van drie technikers tegenover één techniker die met het openbaar vervoer ter plaatse dient te gaan bij de gekozen inschrijver - indien deze kritiek al zou berusten op een correcte lezing van de offertes - verband houdt met het derde gunningscriterium “Functionaliteit en duurzaamheid”.

Ten slotte lijkt ook de kritiek van de verzoekende partij betreffende de beoordeling van de terugbetalingsmogelijkheden feitelijke grondslag te missen aangezien de offerte van de gekozen inschrijver eveneens in terugbetaling via jetons of overschrijving blijkt te voorzien, maar juist niet in terugbetaling in cash geld.

9.5. Het vierde gunningscriterium “dienstverlening”, waaraan een gewicht van 20 punten wordt toegekend, wordt in het bestek als volgt omschreven: “De evaluatie zal gebeuren aan de hand van de frequentie van onderhoud, beschikbaarheid noodnummer, interventietijd.”.

In het verslag van nazicht behaalt de offerte van de gekozen inschrijver 20 punten, tegenover 18 punten voor de offerte van de verzoekende partij omwille van het verschil in interventietijd. Met betrekking tot de offerte van de gekozen inschrijver wordt gesteld dat “de monitoring van de cabines via 3G een meerwaarde biedt voor de dienstverlening omdat op die manier elk defect of dreigend voorraadtekort meteen en automatisch gemeld wordt”, terwijl bij de verzoekende partij wordt opgemerkt dat “Telemaintenance op het ogenblik van de gunning nog niet operationeel is, waardoor minder punten worden gescoord”.

In de mate dat de verzoekende partij voormelde beoordeling betwist omdat ook haar cabines wel degelijk met een 3G module zouden zijn uitgerust, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat in de offerte van de verzoekende partij het volgende wordt vermeld: “Telemaintenance: door ingebouwd 3G Systeem worden eventuele storingen automatisch gemeld aan technische dienst → snelle interventie. Operationeel medio 2014”. Aangezien de verzoekende partij zelf aangeeft in haar offerte dat het systeem pas operationeel is medio 2014, kon de verwerende partij bij aannahme van de bestreden beslissing op 4 april 2014 op het eerste gericht terecht vaststellen dat Telemaintenance op het ogenblik van de gunning nog niet operationeel was bij de verzoekende partij en hiervoor minder punten toekennen.

Ten slotte lijkt ook de kritiek van de verzoekende partij dat in de offerte van APS geen uitsluitel wordt gegeven of de cabines die in uitvoering van de opdracht zullen worden geplaatst een CE-label zullen hebben, feitelijke grondslag te missen. De CE-normering blijkt immers uitdrukkelijk te worden vermeld bij de technische bepalingen in de offerte.

Het feit dat geen enkele van de in andere gemeenten geplaatste cabines zou zijn uitgerust met een CE-label, door de verzoekende partij ter terechtzitting te berde gebracht, lijkt niet relevant voor de huidige opdracht die de stad Antwerpen betreft.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. In het tweede middel voert de verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing een schending vormt van “het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel en de algemene motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur en is aangetast door willekeur”.

Zij merkt op dat in het thans bestreden besluit andere prioriteiten en andere argumenten worden vermeld dan in het gunningsbesluit dat door de verwerende partij vrijwillig is ingetrokken, wat volgens haar duidelijk wijst op het arbitrair karakter van de beoordeling en het totaal gebrek aan objectiviteit en transparantie bij de puntentoekenning op de verschillende criteria.

Uit de bestreden beslissing kan volgens haar voorts op geen enkele redelijke wijze afgeleid worden op welke grondslag de in aanmerking genomen scores werden toegekend, minstens ontbreekt hiervoor elke objectieve grondslag. De bestreden beslissing getuigt volgens de verzoekende partij van een onzorgvuldig onderzoek en een gebrekkige motivering en is derhalve aangetast door willekeur.

Beoordeling

11.1. In de mate dat de verzoekende partij wijst op het arbitrair karakter van de beoordeling aangezien in het thans bestreden besluit andere prioriteiten en andere argumenten worden vermeld dan in het gunningsbesluit dat door de verwerende partij vrijwillig is ingetrokken, gaat zij eraan voorbij dat deze intrekingsbeslissing tot gevolg heeft dat de eerste gunningsbeslissing wordt geacht nooit te hebben bestaan. De verwerende partij lijkt dan ook in principe niet

gebonden door de motieven waarop deze steunde. Zij blijkt immers hiervan, en dus ook van het eerste verslag van nazicht, afstand te hebben genomen door de beslissing in te trekken.

11.2. Zoals reeds blijkt uit de beoordeling van het eerste middel kan de grief van de verzoekende partij dat de bestreden beslissing getuigt van een onzorgvuldig onderzoek en een gebrekkige motivering evenmin worden bijgevalen.

11.3. Ook het tweede middel is niet ernstig.

IX. Besluit

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

X. Voorlopige maatregelen

13.1. In ondergeschikte orde en voor zoveel als nodig, vraagt de verzoekende partij tevens en bij wijze van voorlopige maatregel de “niet-tegenstelbaarheid van eventueel ondertussen gesloten overeenkomsten te bevelen in afwachting van de beoordeling ten gronde”.

13.2. Daargelaten de vraag naar de ontvankelijkheid van deze vordering in ondergeschikte orde en de rechtsmacht van de Raad ter zake, opgeworpen in een exceptie van de verwerende partij, dient te worden vastgesteld dat, nu geen van de middelen ernstig werd bevonden en de gevraagde schorsing niet wordt bevolen, er in elk geval geen reden is om het verzoek tot het bevelen van de gevraagde voorlopige maatregel in te willigen.

XI. Rechtsplegingsvergoeding

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

14.2. 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 rechtsplegingsvergoeding 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 22 april 2014.

Dit artikel 67 bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding 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”.

14.3. 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 Automated Products Services tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

4. 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 22 mei 2014, 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