

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 235.526 van 19 juli 2016
in de zaak A. 219.558/XII-8173**

In zake: de NV TOTAL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de nv G&V Servicestations
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nele Vercruysse
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 15
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 23 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 26 mei 2016 waarin (enerzijds) beslist wordt om de opdracht ‘Leveren van brandstoffen voor voertuigen door middel van een gedecentraliseerd

tankbeurtensysteem' (op basis van het bijzonder bestek ECO/2015/064-ID2757) te gunnen aan de nv G&V Servicestations en waarin (anderzijds) de impliciete weigeringsbeslissing ligt vervat om deze opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 1 juli 2016 heeft de nv G&V Servicestations gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 juli 2016, om 10.00 uur.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Fien D’Haenens, die *loco* advocaat Nele Vercruysse verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Op 14 januari 2016 vraagt het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij aan de gemeenteraad om het bestek vast te stellen voor de overheidsopdracht van leveringen voor het leveren van
‡BJHQLACFJ-BCGAHIV‡

brandstoffen voor voertuigen door middel van een gedecentraliseerd tankbeurtensysteem met als procedure de open offerteaanvraag met Europese bekendmaking. Deze opdracht staat open voor de Groep Gent. De totale raming is vastgesteld op 4.132.231,40 euro + 867.768,59 euro (21 % btw) = 5.000.000,00 euro. De raming voor de stad Gent bedraagt 3.265.000 euro inclusief btw.

3.2. De gemeenteraad van de verwerende partij keurt op 22 februari 2016 de lastvoorwaarden en de gunningswijze goed.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “Leveren van brandstoffen voor voertuigen door middel van een gedecentraliseerd tankbeurtensysteem ECO/2015/064-ID2757”. Het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek als volgt omschreven:

“Deze opdracht bestaat uit het bevoorraden van brandstof voor voertuigen van de Stad Gent, de stadsbedrijven, de politiezone Gent, de diensten ressorterend onder het OCMW Gent en de entiteiten van de Groep Gent aan pompen van de inschrijver, met ingebruikname van een registratiesysteem dat toelaat het voertuigenpark op te volgen en dit met een regelmatige overdracht van gegevens, zoals bepaald in dit bestek.

De hoeveelheden brandstof, voor de hele duur van de opdracht (4 jaar) worden geraamd als volgt:

- loodvrije benzine: - Stad Gent – 300.000 liter
- Lokale Politie Gent – 280.000 liter
- OCMW – 40.000 liter
- Brandweer Zone Centrum – 100.000 liter
- gasolie diesel: - Stad Gent – 1.760.000 liter
- Lokale Politie Gent – 680.000 liter
- OCMW – 120.000 liter
- Brandweer Zone Centrum – 420.000 liter

De opgegeven hoeveelheden zijn indicatief en worden enkel opgegeven ten titel van inlichting. Vermindering van de geraamde hoeveelheden geven geen recht op enige vorm van schadevergoeding of vermindering van de aangeboden kortingen.

De opdracht omvat één perceel.

[...]

De Stad Gent treedt voor deze opdracht op als een aankoopcentrale in de zin van artikel 2,4° van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten. Dit betekent dat de Stad Gent leveringen verwerft die bestemd zijn voor aanbestedende overheden, overheidsbedrijven of aanbestedende entiteiten.

Daarnaast kan de Stad Gent ook optreden als opdrachtcentrale in de zin van artikel 2, 4° van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten. Dit betekent dat de Stad Gent de opdracht gunt m.b.t. de leveringen die bestemd zijn voor de andere aanbestedende overheden, overheidsbedrijven of aanbestedende entiteiten.

De Stad Gent treedt op als opdrachtcentrale voor volgende entiteiten, die potentiële afnemers zijn van onderhavige opdracht van leveringen:

- Hulpverleningszone Centrum (Brandweer),
 - Lokale Politie Gent,
 - gemengde intergemeentelijke vereniging Ivago Gent,
 - OCMW Gent,
 - WoninGent,
 - Digipolis,
 - leden van de vzw Green Track [...],
 - huidige en toekomstige IVA's van de Stad Gent en het OCMW Gent (bv. mobiliteitsbedrijf Stad Gent, ...),
 - huidige en toekomstige EVA's van de Stad Gent (bv. Havenbedrijf van Gent, ...),
 - huidige en toekomstige AG's van de Stad Gent (bv. sogent, STAM, SMAK, ...),
 - huidige en toekomstige verenigingen die verbonden en erkend zijn door de stad Gent of het OCMW Gent (vb. StudentEnMobiliteit, ...).
- [...].”

Ten aanzien van de gunningscriteria wordt in het bestek bepaald:

“II.6 Gunningcriteria

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

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	Korting	85 punten
2	Tankstations	15 punten

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 opdracht gegund worden aan de volgens deze afweging voordeligste inschrijver.

Toelichting bij de gunningscriteria

1. Korting (85 punten)

De grootte van de korting die onvereenkomstig artikel 13 zal worden toegekend op de officiële maximumprijzen die worden vastgelegd door het Ministerie van Economische zaken, onafhankelijk van de reël getankte hoeveelheden per tankbeurt.

De prijs zal beoordeeld worden d.m.v. de volgende formule:

$$\text{Score} = 85 \text{ punten} \times \frac{(\text{prijs offerte})}{\text{laagste prijs offerte}}$$

2. Tankstations (15 punten)

Het aantal en de ligging van de tankstations waar de kaarten kunnen worden gebruikt op het grondgebied van de Stad Gent (inclusief fusiegemeenten) en de aanpalende randgemeenten. Pompstations waar rode diesel voor werktuigen, CNG en Addblue kan verkregen worden of in de toekomst zal kunnen verkregen worden is een meerwaarde. Ook stations waar gratis lucht voor bandenspanning kan verkregen worden, is een pluspunt.”

Wat betreft de wijze van prijsbepaling wordt in het bestek het volgende vermeld:

“II.7. Prijs (Art. 13 – 20 KB Plaatsing)

II.7.1 Prijsvaststelling

Onderhavige levering is een opdracht tegen prijslijst (P.L. of V.H.): de eenheidsprijzen voor de verschillende posten zijn forfaitair en de

hoeveelheden vermoedelijk of worden uitgedrukt binnen een vork.

De opdracht wordt gegund op basis van de eenheidsprijzen opgegeven in de offerte. [...]

De inschrijver moet een vaste korting op de officiële dagprijs aanbieden waarin de kosten van de indienststelling en de exploitatie van het kaartensysteem zijn verrekend. Hij moet hiertoe verplicht gebruik maken van alle bij het bestek behorende formulieren, die volledig moeten ingevuld zijn op straffe van nietigheid van de inschrijving.

De eenheidsprijzen worden in de offerte in euro, exclusief btw, opgegeven. De inschrijver mag de opgegeven bedragen tot vier cijfers na de komma afronden. Het bedrag van de offerte en de eenheidsprijzen worden voluit geschreven. De aanslagvoet van de btw is afzonderlijk te vermelden op het inschrijvingsbiljet.

[...].”

3.4. Er worden drie offertes ingediend namelijk door:

- de nv G&V Servicestations (de tussenkomende partij);
- de nv [K. P. (B.)];
- de nv Total Belgium (de verzoekende partij).

3.5. Op 13 mei 2016 wordt een gunningsverslag opgesteld. De inschrijver nv [K. P. (B.)] wordt niet geselecteerd. De overige twee offertes worden onderzocht en regelmatig bevonden. Met betrekking tot de vergelijking van de offertes aan de hand van de gunningscriteria wordt in het gunningsverslag het volgende weergegeven:

“De offertes worden beoordeeld op grond van de volgende gunningscriteria:

A. Prijs – 85 punten

B. Tankstations- 15 punten

A. Prijs: 85 punten

De punten worden toegekend naargelang de grootte van de korting die zal worden toegekend op de officiële maximumprijzen die worden vastgelegd door het Ministerie van Economische Zaken, onafhankelijk van de reëel getankte hoeveelheden per tankbeurt.

De score wordt beoordeeld d.m.v. volgende formule:

$$\text{Score} = 85 \text{ punten} \times \frac{\text{prijs offerte}}{\text{prijs laagste offerte}}$$

Nr	Naam	Korting per liter exclusief btw	Score
1	G&V Servicestations *	0,1300 euro	85,00
3	Total Belgium	0,1230 euro	80,42

Opmerking

- kortingen zijn niet van toepassing op snelwegstations
- de korting wordt onmiddellijk afgetrokken op de factuur
- indien de pompprijs lager is dan de officiële prijs min de korting wordt automatisch de meest voordelige aankoopprijs gefactureerd.

* niet van toepassing op Texaco stations

B. Tankstations: 15 punten

Het aantal en de ligging van de tankstations waar de kaarten kunnen gebruikt worden op het grondgebied van de Stad Gent (inclusief fusiegemeenten) en de aanpalende randgemeenten is heel belangrijk. Pompstations waar rode diesel voor werktuigen, CNG en AD Blue kan verkregen worden of in de toekomst zal kunnen verkregen worden is een meerwaarde. Ook stations waar gratis lucht voor bandenspanning kan verkregen worden is een pluspunt.

G&V Servicestations nv

- netwerk van meer dan 1.000 tankstations in de Benelux. Naast eigen G&V en Esso netwerk worden de tankkaarten ook aanvaard op volgende partner netwerken: Esso Partners België, Esso Partners Luxemburg en Nederland, Desimpel/Van Raak/Heite/Maes Brandstoffen (geen kortingen bij stations van Texaco)
- Er zijn vier stations van de G&V-groep in Gent, 6 stations in de fusiegemeenten en ook nog een 5-tal stations in randgemeenten (Evergem, Heusden-Destelbergen, Melle, Merelbeke, Sint-Martens-Latem)
- er is een app die kan gedownload worden (Caps FuelFinder) voor het zoeken naar het dichtstbijzijnde station, de routebeschrijving, enz.
- G&V beschikt over een 10-tal CNG-stations, maar geen enkele in Gent en omstreken (zijn er wel mee bezig in samenwerking met Q8)
- enkel in het station van Evergem is AD Blue verkrijgbaar aan de pomp, in de andere stations wel in bidons
- rode diesel voor werktuigen is niet te verkrijgen in de stations
- het gebruik van de bandenblazers is betalend (niet in station Rooigemlaan)

Total Belgium nv

- Total heeft 2 tankstations in Gent en 2 in de fusiegemeenten (Oostakker en Gentbrugge). Daarnaast een station in Zelzate, Destelbergen, Melle, Merelbeke, Sint-Martens-Latem, Evergem en Ertvelde
- rode diesel is verkrijgbaar in het station van Ertvelde
- in alle stations is gratis lucht voor de bandenspanning verkrijgbaar
- AD Blue is in 42 stations in België verkrijgbaar aan de pomp, ofwel beschikbaar in bidons in de shops
- Total beschikt over 40% van alle autostradestations in België
- Total heeft praktisch geen onbemande stations
- applicatie Total4you, gratis te downloaden

Overzicht

- aantal stations in Gent
- aantal stations in fusiegemeenten
- aantal stations in randgemeenten
- rode diesel, CNG, AD Blue verkrijgbaar
- bandenblazer gratis

Nr	Naam	a	b	c	d	e	Score op 15 (zie hieronder)
1	G&V Servicestations nv (Texacostations niet opgenomen)	4	6	5	neen*	neen***	12,71
2	Total Belgium nv	2	2	7	neen**	ja	7

* AD Blue verkrijgbaar aan de pomp in Evergem

** rode diesel enkel in station in Ertvelde

*** enkel in station Rooigemlaan

G&V Servicestations beschikt over pompstations 10 stations, goed gespreid over Gent en de fusiegemeenten.

Total Belgium heeft slechts vier stations in Gent, heeft wel de meeste

stations in de randgemeenten, maar daar wordt slechts heel sporadisch getankt. Rode diesel, CNG en AD Blue zijn nagenoeg niet te verkrijgen aan de pomp (enkel AD Blue bij G&V Servicestations in Evergem en rode diesel bij Total in Ertvelde).

Het gebruik van de bandenblazers in de tankstations van Total is gratis. Bij G&V Servicestations is dit, met uitzondering van het pompstation in de Rooigemlaan, betalend.

Bij de verdeling van de punten werd rekening gehouden met de ligging van de pompstations. Uit de cijfers van het huidige contract bij Q8 blijkt dat de grootste afnames (meer dan 50.000 liters) gebeurt in 3 stations in Gent (Muidelaan, Heymanslaan en Zeeschipstraat) en 3 pompstations in de fusiegemeenten (Mariakerke, Gentbrugge en Sint-Amandsberg). In de randgemeenten wordt praktisch niet getankt. Het aantal beschikbare pompstations in Gent én de fusiegemeenten wordt daarom als even belangrijk beschouwd. Het belang van de mogelijkheid om te tanken in de randgemeenten is miniem.

G&V Servicestations heeft een tankstation in de omgeving van de 6 plaatsen met de grootste afnames. Total enkel een station in Einde Were, Gent Zeehaven en Gentbrugge.

Score

De te behalen punten werden met de regel van drie omgedeeeld volgens het aantal pompstations (hoogste aantal krijgt maximum van de punten).

Voor het beschikbaar zijn van AD Blue, rode diesel en gratis bandenblazers kunnen nog een aantal punten behaald worden (verklaring a, b, c, d, e, zie hierboven).

Nr	Naam	a. 6 p	b. 6 p	c. 1 p	d. 1 p	e. 1 p	Score op 15
1	G&V Servicestations nv	6	6	0,71	-	0	12,71
2	Total Belgium nv	3	2	1	-	1	7

Samenvatting

Ingevolge voorgaand administratief en technisch onderzoek van de offertes, is de eindrangschikking van de offertes als volgt:

Nr	Naam	Prijs 85 punten	Tankstations 15 punten	Totale score 100
1	G&V Servicestations nv	85,00	12,71	91,71
2	Total Belgium nv	80,42	7,00	87,42

”

3.6. Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 26 mei 2016 wordt goedkeuring verleend aan het gunningsverslag van 13 mei 2016 en wordt beslist de opdracht te gunnen aan de nv G&V Servicestations.

Dat is de bestreden gunningsbeslissing.

3.7. Bij een ter post aangetekende brief van 7 juni 2016 deelt de verwerende partij de gunningsbeslissing vergezeld van het gunningsverslag mee aan de verzoekende partij.

IV. Tussenkost

4. De nv G&V Servicestations blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Vertrouwelijkheid van sommige stukken

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij leggen een aantal stukken als vertrouwelijk neer. Zij leggen deze stukken afzonderlijk neer. De als vertrouwelijk bestempelde stukken hebben betrekking op de ingediende offertes. Zij vragen elk om met toepassing van artikel 87, § 2, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ deze neergelegde stukken vertrouwelijk te behandelen. De partijen wijzen erop dat de offertes commercieel gevoelige informatie bevatten waarvan het vrijgeven van de inhoud van de offertes de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen in de toekomst zou kunnen schaden.

5.2. De verzoekende partij vraagt echter dat voor een gedeelte van de offerte van de tussenkomende partij het vertrouwelijk karakter zou worden gelicht. Het betreft het deel van de offerte waarin wordt vermeld dat de door de tussenkomende partij aangeboden korting niet van toepassing is op de Texaco-stations. Zij is van oordeel dat dit noodzakelijk is ter vrijwaring van het recht op een eerlijk proces. Zij meent ook dat de gevraagde informatie kan worden vrijgegeven zonder dat een zakengeheim van de tussenkomende partij zal worden geschonden. Zij wijst erop dat de passus “niet van toepassing op de Texaco stations” ook al in het gunningsverslag werd opgenomen.

5.3. De verwerende partij verzoekt de Raad van State om de stukken die zij in het dossier als vertrouwelijk heeft neergelegd, vertrouwelijk te behandelen. Het betreft zowel de “vertrouwelijke” stukken van de verzoekende partij als deze van de tussenkomen de partij.

De tussenkomen de partij verzet zich tegen het lichten van de vertrouwelijkheid van haar offerte.

Beoordeling

6. Door de verwerende partij is als stuk I.13 van het administratief dossier een bladzijde uit de offerte van de tussenkomen de partij neergelegd waaruit blijkt op welk netwerk van tankstations het voorstel van offerte betrekking heeft. Hieruit heeft de verwerende partij afgeleid dat het voorstel van offerte geen betrekking heeft op de Texaco-stations. De tussenkomen de partij heeft aan de Raad van State geen opmerkingen overgemaakt met betrekking tot de neerlegging door de verwerende partij van dit stuk als niet-vertrouwelijk stuk.

Bijgevolg lijkt hiermee in de huidige stand van het geding op voldoende wijze te zijn tegemoetgekomen aan de wens van de verzoekende partij wat betreft het lichten van de vertrouwelijkheid van de offerte van de tussenkomen de partij.

VI. 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 beslissingen 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 beslissingen kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. In het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van:

“het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, artikel 95, §§ 3 en 4, [van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’], het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en artikel 25 [van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’];

Doordat G&V Servicestations voor het eerste gunningscriterium ‘Prijs’ een korting heeft opgegeven die “niet van toepassing (is) op (haar) Texaco stations”, en mogelijkerwijze ook niet van toepassing op stations gelegen aan de autosnelweg;

En doordat de verwerende partij oordeelde dat de offerte van G&V Servicestations conform de opdrachtdocumenten is, in overeenstemming is met de essentiële bepalingen inzake prijzen en geen voorbehoud bevat met als gevolg dat er geen reden was om de inschrijving van G&V Servicestations te weren wegens onregelmatigheid;

Terwijl de verwerende partij in het bestek bepaalt dat de inschrijvers een ‘vaste korting’ moeten aanbieden voor het bepalen van hun score voor het gunningscriterium ‘Prijs’ op 85 van de 100 punten;

En terwijl het bestek bepaalt dat offertes die ‘bepalingen bevatten die strijdig zijn met het bestek (...) onontvankelijk verklaard (worden)’;

En terwijl de verwerende partij het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’ moet eerbiedigen en dus haar eigen bestekbepalingen moet naleven;

Zodat een offerte onregelmatig is als ze afwijkt van de bepalingen van het KB Plaatsing van 15 juni 2011 of van de opdrachtdocumenten betreffende de prijzen, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of als deze offerte een voorbehoud bevat;

En terwijl een aanbestedende overheid die beslist een opdracht te plaatsen bij offerteaanvraag, die opdracht moet gunnen aan de inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met de gunningscriteria;

Zodat de bestreden beslissing, die de inschrijving van G&V Servicestations als regelmatig beschouwt, terwijl deze inschrijver voor de berekening van het eerste gunningscriterium ‘prijs’ een ‘korting’ blijkt te hebben opgegeven die niet ‘vast’ is, een schending inhoudt van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, artikel 95, §§ 3 en 4 KB Plaatsing van 15 juni 2011, het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en artikel 25 Wet Overheidsopdrachten.”

8.2. In de toelichting bij haar eerste middel wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium “prijs” in het gunningsverslag heeft vermeld, dat de korting die werd geboden door de nv G&S Servicestations niet van toepassing is op de Texaco-stations. De verzoekende partij vermoedt dat dit werd afgeleid uit de offerte maar heeft hieromtrent geen zekerheid. Daarom vraagt zij dan ook inzage in het deel van de offerte van de nv G&S Servicestations waaruit blijkt dat de aangeboden korting niet geldt voor de Texaco-stations. Zij meent dat op haar verzoek tot het gedeeltelijk lichten van de vertrouwelijkheid van deze offerte moet worden ingegaan omdat het essentieel is ter vrijwaring van haar recht op een eerlijk proces. Anderzijds kan deze informatie worden vrijgegeven zonder dat hierdoor het zakengeheim wordt geschonden. De passus is overigens reeds opgenomen in het gunningsverslag.

Volgens de verzoekende partij hield de verwerende partij bij de vergelijking van de offertes en de berekening van de prijs bijgevolg rekening met een prijs berekend op basis van een korting die niet van toepassing is op de Texaco-stations en die dus slechts op een gedeelte van het G&V-netwerk geldt. Voor de nv G&V Servicestations wordt bijgevolg een niet-vast of een variabel kortingscijfer gehanteerd voor de berekening van het gunningscriterium “prijs”.

De verwerende partij bepaalde in het bestek echter uitdrukkelijk dat de inschrijvers een “vaste korting” moeten opgeven voor de berekening van het eerste gunningscriterium “prijs”. Een inschrijver handelt aldus de verzoekende partij dan ook niet in overeenstemming met het bestek wanneer hij geen vaste maar een variabele korting opgeeft.

Overeenkomstig het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* diende de verwerende partij bijgevolg de offerte van de nv G&V Servicestations dan ook te weren. Dit geldt des te meer aangezien in het bestek wordt aangegeven dat alle offertes die afwijken van het bestek onontvankelijk worden verklaard.

Dat het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* werd geschonden, blijkt volgens de verzoekende partij ook nog uit het feit dat het bestek bepaalt dat het opgegeven kortingspercentage moet worden vermeld exclusief btw, dat het mag worden bepaald tot vier cijfers na de komma, dat het bedrag voluit moet worden geschreven, maar dat het bestek nergens bepaalt dat een variabele korting mag worden opgegeven. Het blijkt ook uit het feit dat noch de bekendmaking van de opdracht, noch het inschrijvingsformulier vermelden dat een variabel kortingspercentage mogelijk is en het feit dat het bestek onder titel II.7.1 met betrekking tot de prijsvaststelling benadrukt dat mocht een inschrijver in zijn offerte algemene en bijzondere verkoopsvoorwaarden hebben vermeld of eraan toegevoegd, deze als onbestaande worden beschouwd.

8.3. Voorts voert de verzoekende partij ook de schending aan van artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’.

De vereiste dat een vaste korting wordt gegeven, betreft het prijscriterium en heeft een essentieel karakter. Dit kan enerzijds worden afgeleid uit het feit dat in het bestek wordt bepaald dat alle afwijkingen van het bestek onontvankelijk worden verklaard, wat inhoudt dat ze op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven. Bovendien impliceert een afwijking van het betreffende voorschrift dat de inschrijver ongelijk wordt behandeld en dat manipulatie en speculatie mogelijk wordt. Daardoor komt de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang.

‡BJHQLACFJ-BCGAHIV‡

De betreffende besteksbe­paling heeft ook betrekking op het voornaamste gunningscriterium waaraan 85 van de 100 punten werden gegeven. Ook om die reden is de beoor­deling van het gunningscriterium essentieel voor de gunning van de opdracht.

Minstens is de offerte substantieel onregelmatig omdat ze een voorbehoud bevat met betrekking tot de korting voor het be­palen van het gunningscriterium “prijs”.

8.4. Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden doordat een inschrijver die in strijd met het bestek een variabele prijs kan opgeven, zijn kortingscijfer kan differentiëren met het oog op een betere score voor het eerste gunningscriterium “prijs”. Een inschrijver die niet van deze bepaling afwijkt, kan bijvoorbeeld niet anticiperen op de eventueel grotere kostprijs van een bepaald tankstation door in zijn offerte op te nemen dat de korting voor dat bepaalde station niet geldt.

De offerte van de verzoekende partij maakt geen voorbehoud voor bijvoorbeeld tankstations aan autosnelwegen. Vanzelfsprekend hield de verzoekende partij daar rekening mee voor het be­palen van het kortingscijfer. Had zij hiervan op de hoogte geweest, dan had zij een andere, concurrentiëlere offerte kunnen indienen.

8.5. Ten slotte wordt door de verzoekende partij nog de schending aangevoerd van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Volgens haar is de offerte van de tussenkomende partij onregelmatig en had bijgevolg de opdracht niet aan deze laatste mogen worden gegund. Bovendien is voornoemd artikel 25 bijkomend geschonden omdat de verwerende partij heeft toegestaan dat de tussenkomende partij een variabel kortingspercentage opgaf voor het eerste gunningscriterium en zulks in strijd met het bestek, in het bijzonder met de bestekregel die bepaalt hoe dit gunningscriterium moet worden aangewend.

Beoordeling

9.1. Op het offerteformulier dat door de tussenkomende partij is ingediend, wordt vermeld dat deze een prijs biedt onder de vorm van een korting van 0,1300 euro per liter. Er worden op het offerteformulier geen opmerkingen geformuleerd bij dit bedrag.

Voorts blijkt uit de offerte dat de inschrijver de CAPS fuel card aanbiedt, die in beginsel toegang lijkt te bieden tot meerdere netwerken van tankstations, namelijk tot het eigen G&V-netwerk en Esso-netwerk (regio's West-Oost-Vlaanderen, Brussel en Henegouwen) en daarnaast tot partner-netwerken (Esso Partners België (regio Antwerpen, Limburg en Ardennen), Esso Partners Luxemburg & Nederland, Texaco Belux inclusief 15 snelwegstations, Desimpel/Van Raak/Heite/Maes Brandstoffen). In de toelichting bij de offerte wordt bij deze CAPS fuel card echter vermeld dat binnen het kader van de huidige opdracht, de aangeboden korting slechts van toepassing is op het G&V Retail & Truck-netwerk, op het Esso-netwerk België Retail en Truck en op het netwerk Maes/Heite/Desimpel en Van Raak. De korting is dus niet van toepassing op de partnernetwerken Texaco Belux, Esso Nederland/Luxemburg en ook niet op de snelwegstations. Voorts wordt in de offerte een lijst opgenomen met de tankstations in de regio Gent.

Op de terechtzitting heeft de tussenkomende partij hieraan nog toegevoegd dat het gebruik van de CAPS fuel card steeds kan worden beperkt tot specifieke tankstations.

Er mag dan ook op het eerste gezicht worden aangenomen dat de tussenkomende partij heeft ingeschreven met het G&V Retail & Truck-netwerk, het Esso-netwerk België Retail en Truck en het netwerk Maes/Heite/Desimpel en Van Raak, zodat de aangeboden korting enkel op deze tankstations van toepassing is.

Dat blijkt op het eerste gezicht trouwens ook uit de beoordeling van de offerte aangezien hier bij de beoordeling van het aantal en de ligging van de tankstations onder het tweede gunningscriterium, slechts rekening werd gehouden

‡BJHQLACFJ-BCGAHIV‡

met de tankstations die deel uitmaken van de hiervoor vermelde netwerken waarop de aangeboden korting integraal van toepassing is. Bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium heeft de aanbestedende overheid immers uitdrukkelijk aangegeven:

“

Nr	Naam	a	b	c	d	e	Score op 15 (zie hieronder)
1	G&V Servicestations nv (Texacostations niet opgenomen)	4	6	5	neen*	neen***	12,71
2	Total Belgium nv	2	2	7	neen**	ja	7

”

De Texaco-stations werden dus niet meegenomen in de beoordeling, aangezien ze geen deel uitmaken van het aanbod in de offerte. Hetzelfde lijkt op het eerste gezicht te gelden voor de snelwegstations, minstens toont de verzoekende partij niet aan dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van het aantal en de ligging van de tankstations rekening zou hebben gehouden met snelwegstations die geen deel uitmaken van het aanbod in de offerte.

9.2. Uit een geïsoleerde lezing van sommige bestekbepalingen zou mogelijk kunnen worden afgeleid – zoals de verzoekende partij poogt aan te tonen – dat de offerte niet beperkt is tot de tankstations in de regio Gent.

Uit de selectiecriteria blijkt evenwel dat men minstens vier tankstations moet hebben op het grondgebied van de stad Gent (inclusief fusiegemeenten) en in de technische uitvoeringsbepalingen van het bestek wordt uitdrukkelijk vermeld dat de inschrijver binnen de maand de verwerende partij op de hoogte moet brengen van ondermeer elke wijziging met betrekking tot de benzinestations op het grondgebied van de stad Gent (fusiegemeenten inbegrepen) en de aanpalende randgemeenten waar de kaarten kunnen worden gebruikt.

Ook dient te worden vastgesteld dat de opdracht bestaat uit het leveren van brandstof aan de stad Gent, waarbij er in het bestek lijkt te worden van uitgegaan dat de afname zal gebeuren op het grondgebied van de stad Gent met

‡BJHQLACFJ-BCGAHIV‡

inbegrip van de fusiegemeenten en de randgemeenten. Bij de beoordeling van de gunningcriteria lijkt de aanbestedende overheid enkel de tankstations in de regio Gent, zoals opgegeven op de lijst gevoegd bij de offerte van de gekozen inschrijver, bij de beoordeling te hebben betrokken.

9.3. Uit wat voorafgaat, blijkt dat het eerste middel feitelijke grondslag mist voor zover daarin wordt uitgegaan van het gegeven dat de tussenkommende partij een variabele korting zou bieden in plaats van een vaste korting.

10. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

11.1. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van:

“het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van de materiële motivering als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alsook van het transparantiebeginsel als beginsel van aanbestedingsrecht en opgenomen in artikel 5 Wet Overheidsopdrachten, en van artikel 25 Wet Overheidsopdrachten

Doordat bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium (‘Tankstations’) werd gebruikgemaakt van subcriteria, minstens van beoordelingselementen of een beoordelingsmethodiek, op een wijze die de gunningscriteria wijzigen, discriminerend werken en niet onvoorzienbaar waren;

En doordat bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium op een determinerende wijze wordt gebruikgemaakt van een beoordelingselement dat niet op voorhand werd meegedeeld, onvoorzienbaar is en de bestreden beslissing niet afdoende kan dragen;

Terwijl de verwerende partij het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* moet eerbiedigen en dus haar eigen bestekbepalingen moet naleven;

Terwijl het transparantiebeginsel – en het gelijkheidsbeginsel dat erdoor wordt beschermd – zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst zou gebruikmaken van in een bestek niet nader geduide subgunningscriteria of beoordelingselementen (i) die de in het bestek vastgelegde gunningscriteria wijzigen, (ii) die, indien ze aan de inschrijvers bekend waren geweest op het ogenblik van het opstellen van hun offertes, hun offertes hadden kunnen beïnvloeden, (iii) of die discriminerend werken ten aanzien van één van de inschrijvers;

Terwijl de beoordeling in een gunningsverslag met de vereiste zorgvuldigheid dient te gebeuren en moet worden gebaseerd op feiten en motieven die de concrete beoordeling kunnen dragen en verantwoorden;

En terwijl een aanbestedende overheid die beslist een opdracht te plaatsen bij offerteaanvraag die opdracht moet gunnen aan de inschrijver die een

regelmatische offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdende met de bekendgemaakte gunningscriteria;
[...].”

11.2. In de toelichting bij haar tweede middel voert de verzoekende partij aan dat in het bestek wordt aangegeven dat de beoordeling van het tweede gunningscriterium “tankstations”, zou gebeuren in functie van twee groepen, namelijk (1) tankstations in de stad Gent (inclusief fusiegemeenten) en (2) tankstations in de aanpalende randgemeenten. De verwerende partij vermeldde daarbij niet, aldus de verzoekende partij, dat de ene groep zwaarder zou doorwegen dan de andere groep, zodat mag worden aangenomen dat beide groepen evenveel gewicht zouden hebben.

In het gunningsverslag worden de twee groepen echter drie groepen waarbij de groep “Stad Gent” plots wordt opgesplitst in “Stad Gent” en “fusiegemeenten”. Vervolgens worden de drie groepen afzonderlijk gewogen door aan elke groep een maximaal aantal punten toe te wijzen. Daarbij wordt een afzonderlijke weging voorzien voor het aantal stations in Gent, het aantal stations in de fusiegemeenten, het aantal stations in de randgemeenten, voor het aanbod aan rode diesel, CNG, AD Blue en voor het gratis aanbod van een “bandenblazer”. Het gaat daarbij om subgunningscriteria die niet op voorhand als zodanig werden bekendgemaakt.

Het aantal stations in de randgemeenten is daarbij zo goed als verwaarloosd geworden in de weging van het tweede gunningscriterium. Er zijn daarentegen twee hoofdzakelijke criteria gehanteerd, namelijk het aantal stations in Gent en het aantal stations in de fusiegemeenten. Beide leveren elk maximaal 6 van de 15 punten op. Het aantal stations dat een inschrijver heeft in de randgemeenten levert daarentegen slechts 1 punt meer op. Ter vergelijking levert ook iets dat volgens het bestek een pluspunt kon opleveren, maximaal 1 punt op. Bijgevolg blijkt het aantal stations in de randgemeenten niets meer te zijn geworden dan een pluspunt.

Om willekeur uit te sluiten, mogen volgens de verzoekende partij geen beoordelingselementen of subcriteria worden aangewend die één van de inschrijvers discrimineren, zeker indien de beoordeling niet steunt op eerder in het bestek bekendgemaakte gegevens. De verzoekende partij heeft aanzienlijk meer tankstations in de randgemeenten, namelijk 7 terwijl de tussenkomen de partij slechts 5 tankstations in de randgemeenten heeft. De keuze om aan de tankstations in de randgemeenten dergelijke geringe waarde toe te kennen, is bijgevolg in het nadeel van slechts één inschrijver, namelijk de verzoekende partij.

Op basis van het bestek zou veeleer het omgekeerde worden verwacht, namelijk dat het aantal tankstations in de randgemeenten één van de voornaamste gunningscriteria zou zijn waarmee zelfs tot de helft van de punten, te weten 7,5 punten, kon worden verdiend. De verzoekende partij, die relatief veel tankstations heeft in de randgemeenten, heeft hiermee rekening houdend, haar offerte opgesteld en zou een andere offerte hebben ingediend indien ze op voorhand wist dat het aantal tankstations in de randgemeenten een veel geringere waarde zou krijgen, *in casu* een waarde die als miniem te beschouwen is volgens het gunningsverslag. Had de verzoekende partij geweten dat ze met haar groot aantal tankstations in de randgemeenten slechts beperkt zou scoren, had ze dit kunnen compenseren via bijvoorbeeld een meer competitieve korting voor de berekening van het eerste gunningscriterium “prijs”.

Ook de motivering waarom aan het aantal tankstations in de randgemeenten slechts een minieme waarde kan worden gehecht, namelijk dat in de randgemeenten praktisch niet wordt getankt, is volgens de verzoekende partij onwettig. Die veronderstelling wordt immers afgeleid uit het contract met de vorige opdrachtnemer Q8. Er kan worden aangenomen dat deze opdrachtnemer een eigen specifieke spreiding heeft van het aantal tankstations. De verwerende partij vermeldt echter niet in welke randgemeenten Q8 tankstations had, hoeveel tankstations en waar die precies in de randgemeenten gelegen zijn. Indien Q8 per hypothese een gering aantal tankstations heeft in een randgemeente, kan het feit dat weinig getankt wordt in de randgemeente eerder het gevolg zijn van het beperkte aanbod. Bovendien waren deze gegevens bekend aan de verwerende partij op het ogenblik van het uitschrijven van de opdracht doch heeft zij ervoor gekozen dit niet

bekend te maken aan de inschrijvers, maar wel toe te passen bij de beoordeling van hun offertes.

12. Door de verwerende partij en door de tussenkomende partij wordt een exceptie van gebrek aan belang bij het middel opgeworpen.

Zij wijzen erop dat indien de kritiek van de verzoekende partij wordt bijgetreden en een gelijkwaardig puntenaantal zou worden toegekend, enerzijds aan het aantal tankstations gelegen in de stad Gent zelf, met inbegrip van de fusiegemeenten en anderzijds aan het aantal tankstations gelegen in de randgemeenten, de rangschikking van de offertes geenszins zou wijzigen.

Beoordeling

13.1. Met de verwerende partij kan worden vastgesteld, dat met betrekking tot het eerste gunningscriterium “prijs”, de verzoekende partij reeds een achterstand heeft opgelopen ten aanzien van de tussenkomende partij van 4,58 punten.

13.2. Het tweede gunningscriterium waartegen het middel is gericht, betreft slechts de toekenning van maximaal 15 punten. Volgens de gegevens uit het gunningsverslag beschikt de verzoekende partij over vier tankstations in de stad Gent met inbegrip van de fusiegemeenten en zeven tankstations in de randgemeenten. De tussenkomende partij beschikt over tien tankstations in de stad Gent met inbegrip van de fusiegemeenten en vijf tankstations in de randgemeenten. Wat betreft het totale aantal tankstations dat voor deze opdracht in de beoordeling wordt betrokken, namelijk deze gelegen in de stad Gent met fusiegemeenten en randgemeenten, mag daarbij alvast worden vastgesteld dat de offerte van de tussenkomende partij het beter doet met vijftien tankstations, ten opzichte van elf tankstations voor de offerte van de verzoekende partij.

Daarnaast kan worden vastgesteld, dat zelfs in de mate de ligging van de tankstations beoordeeld zou worden in twee groepen zoals de verzoekende partij vooropstelt, namelijk de ligging in Gent met inbegrip van de fusiegemeenten enerzijds en de ligging in de randgemeenten anderzijds, er toch

een betere score blijft bestaan in hoofde van de tussenkomende partij. Uit een vergelijking van de offertes van de tussenkomende partij en de verzoekende partij blijkt, dat wat het aantal stations in de stad Gent met fusiegemeenten betreft, het verschil tussen beiden veel groter is en in het voordeel is van de tussenkomende partij dan het verschil wat het aantal stations in de randgemeenten betreft, die in het voordeel is van de verzoekende partij.

Enkel wanneer aan de beoordeling van de ligging van het aantal stations in de randgemeenten een belangrijker gewicht zou worden toegekend dan aan de ligging van het aantal stations in de stad zelf, zou dit mogelijks een invloed kunnen hebben op de puntenverhoudingen tussen de beide inschrijvers. Dergelijke beoordeling, waarbij een grotere waardering zou worden toegekend aan het aantal stations gelegen in de randgemeenten dan aan het aantal stations gelegen in de stad zelf en de fusiegemeenten, vindt echter geen enkele steun in de tekst van het bestek, noch in de geest ervan. De verzoekende partij voert in haar middel ook niet aan dat op grond van het bestek een belangrijker gewicht moet worden gegeven aan het aantal stations gelegen in de randgemeenten dan aan het aantal stations gelegen in de stad zelf met inbegrip van de fusiegemeenten. Wel integendeel, in haar middel gaat zij er van uit dat een gelijk gewicht zou moeten worden gegeven aan beide groepen.

13.3. Uit wat voorafgaat, volgt dan ook dat de verzoekende partij niet doet blijken van het vereiste belang bij het tweede middel.

14. De exceptie is gegrond. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Kosten

16. In haar verzoekschrift tot tussenkomst vraagt de tussenkomende partij “[d]e meest gerede partij” te veroordelen tot “de kosten van de procedure met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding”.

17. Luidens artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de tussenkomende partij geen aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv G&V Servicestations tot tussenkomst 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, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 juli 2016,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Bruno Seutin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Bruno Seutin