

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.855 van 30 maart 2017

in de zaak A. 221.628/XII-8327

In zake: de BVBA CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ROESELARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Michelle Decruy
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 maart 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- Het bijzonder bestek van de stad Roeselare voor ‘Leveren, plaatsen en onderhouden van straatmeubilair in de stad Roeselare’, (WEG/349-2016), meegedeeld bij e-mail van 16.02.2017 in het kader van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, alsook alle met dit bijzonder bestek verband houdende opdrachtdocumenten die nadere toelichting geven bij de inhoud van het bestek,
- De beslissing van de gemeenteraad van de Stad Roeselare van 19 december 2016 houdende vaststelling van het bijzonder bestek voor ‘Leveren, plaatsen en onderhouden van straatmeubilair in de stad Roeselare’, (WEG/349-2016), meegedeeld bij e-mail van 16.02.2017 in het kader van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, alsook tegen de beslissingen van ongekende datum van de stad Roeselare betreffende alle met dit bijzonder bestek verband houdende

opdrachtdocumenten die nadere toelichting geven bij de inhoud [van] dit bestek”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 maart 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 gemeenteraad van de stad Roeselare beslist op 19 december 2016 om een overheidsopdracht uit te schrijven voor het “leveren, plaatsen en onderhouden van straatmeubilair in de stad Roeselare”. De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Met dezelfde beslissing worden een selectieleidraad en het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek vastgesteld.

Dit bestek en de beslissing tot vaststelling ervan vormen de eerste en de tweede bestreden beslissing.

3.2. Uit het administratief dossier blijkt dat het huidig straatmeubilair werd geplaatst door de nv JC Decaux (hierna: JC Decaux) op grond van een overeenkomst gesloten in 1997. Over de beëindiging van die overeenkomst werd eind 2011 een dading gesloten tussen de stad Roeselare en JC Decaux. Het sluiten van die dading werd door de verzoekende partij begin 2012 zonder succes in het kader van bestuurlijk toezicht aangevochten bij de gouverneur van de provincie West-Vlaanderen.

3.3. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Met een e-mailbericht van 2 januari 2017 bezorgt de verzoekende partij een reeks bedenkingen en vragen bij de opdracht en de selectieleidraad aan de verwerende partij.

In navolging van dit schrijven werd op 9 en 11 januari 2017 een wijzigingsbericht met aanvullende informatie gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en het Publicatieblad van de Europese Unie.

Op 13 januari 2017 richt de verwerende partij een antwoord aan de verzoekende partij.

3.4. Blijkens de nota dient de verzoekende partij op 20 januari 2017 een aanvraag tot deelneming in. Met een e-mailbericht van 16 februari 2017 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van haar selectie, wordt haar het bestek bezorgd en wordt zij uitgenodigd om uiterlijk op 16 maart 2017 een offerte in te dienen.

3.5. Met aangetekende brief van 23 februari 2017 deelt de verzoekende partij haar bedenkingen bij een aantal bepalingen van het bestek mee aan de verwerende partij. Zij herhaalt deze in een nieuw schrijven van 27 februari 2017.

3.6. Op 3 maart 2017 stelt de verzoekende partij de huidige vordering in.

‡DADRJECAJ-BCJAGIV‡

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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 kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van “[a]rtikel 5 van de wet van 15 juni 2006 [...] en van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij doet gelden dat de gelijkheid tussen de inschrijvers wordt verstoord door “twee feitelijke elementen” die volgens haar een mededingingsverstorende situatie scheppen: enerzijds, “de ongeoorloofde wijziging van de oorspronkelijke verplichting” die gold onder het bestek van 1996 om het straatmeubilair aan het einde van de opdracht volledig te verwijderen naar een verwijderingsplicht die enkel geldt indien JC Decaux de nieuwe opdracht niet krijgt; anderzijds, de beperkte duur van zes jaar van de nieuwe overeenkomst die ontoereikend is voor een nieuwe opdrachtnemer om een rendabel nieuw netwerk van ongeveer 100 stuks straatmeubilair te installeren en daarvoor een aantrekkelijke forfaitaire jaarprijs aan de stad aan te bieden.

Deze twee elementen leiden ertoe dat het “*de facto* [...] onmogelijk wordt gemaakt voor een nieuwe opdrachtnemer om een concurrentiële offerte aan te bieden met een aantrekkelijke jaarprijs”. JC Decaux kan, als zij ervoor kiest om het bestaande netwerk te behouden, een zeer voordelige prijs bieden omdat er in dat geval voor haar geen investeringskost en geen kosten voor afkoppeling en verwijdering van het bestaande netwerk zijn.

Beoordeling

6. Krachtens het eerste lid van het door de verzoekende partij ingeroepen artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van

15 juni 2006) behandelt de aanbestedende overheid de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze.

7. Het middel lijkt *prima facie* te berusten op een onjuist feitelijk uitgangspunt in zoverre het ervan uitgaat dat het bestek van 1996 zou voorzien in de plicht voor de gekozen inschrijver om het straatmeubilair aan het einde van de opdracht volledig te verwijderen. Op het eerste gezicht komt in het voormelde bestek geen dergelijke verplichting voor. Deze vaststelling lijkt op zich reeds te volstaan om “het eerste feitelijk element” dat door de verzoekende partij in het debat wordt gebracht om aan te tonen dat er te dezen sprake zou zijn van een mededingingsverstorende situatie, onderuit te halen nu er kennelijk geen ongeoorloofde wijziging van de oorspronkelijke verplichting voorhanden is. Zoals hierna zal blijken, lijkt met de verwerende partij bovendien te mogen worden aangenomen dat het gangbare praktijk is bij overheidsopdrachten van straatmeubilair dat de opdrachtnemer straatmeubilair ter beschikking stelt van de stad, in ruil om publiciteit op dit straatmeubilair te mogen aanbrengen en dat zij bij het einde van de opdracht het straatmeubilair, waarvan zij eigenaar blijven, moeten verwijderen. In die zin lijkt er ook geen sprake te zijn van een ongeoorloofde wijziging. Zoals de verwerende partij stelt, is de “niet-verwijdering in het geval van verdere uitvoering met hetzelfde meubilair” dan ook “de logica zelve”.

Voorts lijkt de door de verzoekende partij gevraagde toetsing van de wettigheid van de in 2011 gesloten dading als overeenkomst op het eerste gezicht aan de rechtsmacht van de Raad te ontsnappen.

Het betoog steunt voorts op de argumentatie dat de verzoekende partij, gelet op het geschetste feitelijke voordeel voor de zittende inschrijver, samen genomen met de beperkte duur van de nieuwe opdracht, geen aantrekkelijke en rendabele offerte kan indienen en niet op de premisse dat het bestek het haar onmogelijk maakt om hoe dan ook een offerte van enige betekenis in te dienen. Niet elke feitelijk voordelige toestand voor de zittende inschrijver dient echter *ipso facto* als een mededingingsverstorende situatie te worden beschouwd en de verzoekende partij lijkt er hier alsnog niet in te slagen een dergelijke situatie aan te tonen.

8. Wat de duur van de opdracht betreft, die volgens de verzoekende partij te beperkt zou zijn om een rendabele offerte te kunnen indienen, lijkt het een kritiek te betreffen die vooral de opportuniteit van de vooropgestelde duurtijd van de overeenkomst betreft. Het blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij haar beoordelingsvrijheid ter zake hier op een ondeugdelijke wijze zou hebben uitgeoefend.

Hierbij mag worden opgemerkt dat het niet aan de aanbestedende overheid is om haar bestek aan te passen aan de noden van potentiële inschrijvers en het hun in alle omstandigheden mogelijk te maken om een offerte in te dienen.

9. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 5 wet 15.06.2006 Overheidsopdrachten [en van] de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij doet gelden dat het bijzonder bestek onduidelijkheden bevat die het haar onmogelijk maken om een doordachte offerte op te stellen en die een doeltreffende vergelijking van de offertes verhinderen. Zij ziet de volgende vier specifieke pijnpunten in het bestek:

a) Het bekendmakingsbericht geeft aan dat de opdracht een aanneming van leveringen betreft en dat het gaat om een combinatie aankoop, leasing, huurkoop en huur, zonder nadere duiding: om een offerte te kunnen opmaken, dient de inschrijver echter de juiste juridische kwalificatie te kennen. De offertes kunnen onvergelijkbaar zijn omdat de financiële gevolgen van een koop versus een huur of een huurkoop verschillend zijn. Dit heeft een impact op de jaarlijkse vergoeding die zal worden aangeboden. De juridische kwalificatie heeft ook een impact op het eigendomsrecht dat verbonden is aan het geleverde

straatmeubilair en dus op de kost van de opdracht en op de jaarlijkse prijs die door de opdrachtnemer wordt geboden.

- b) de vraag naar de aanwezigheid van oud straatmeubilair bij aanvang van de uitvoering van de opdracht: het bestek geeft niet aan of dit bestaande straatmeubilair bij de beëindiging van de lopende overeenkomst wordt verwijderd van het openbaar domein. Deze onduidelijkheid en lacune in het bestek maakt het de verzoekende partij onmogelijk om haar juridische situatie en de kwalificatie van de levering te bepalen. De gelijkheid van de inschrijvers wordt geschonden omdat de zittende leverancier wel een duidelijk zicht heeft op de juridische situatie van het eigendomsrecht van het bestaande straatmeubilair en het al dan niet bestaan van een verwijderingsplicht van het bestaande straatmeubilair, dan wel op de modaliteiten van een eventuele verwijderingsplicht bij het einde van de lopende overeenkomst.
- c) het ontbreken van een gunningscriterium ter beoordeling van de leveringstermijn: het bestek legt geen specifieke leveringstermijn op. De inschrijver moet die zelf in kalenderdagen in de offerte voorstellen. Er is echter geen gunningscriterium waarmee dit element wordt beoordeeld. Nochtans heeft de termijn een rechtstreekse impact op de kwaliteit van het voorstel en op de concrete timing van de hinder voor de gebruikers van het openbaar vervoer en voor de mobiliteit in de stad. Deze timing heeft ook een impact op de prijszetting omdat de opdrachtnemer hiermee kan inspelen op organisatorische en financiële opportuniteiten. In de mate dat een verschil in opstarttermijn niet wordt beoordeeld en een latere opstarttermijn niet wordt gesanctioneerd, worden de inschrijvers niet gelijk behandeld. De timing van de opstart van het dossier heeft ook een prijsimpact. Nochtans laat het bestek via de gunningscriteria niet toe om dit kostenaspect mee in het prijscriterium te beoordelen. Dit leidt opnieuw tot een ongelijke behandeling van de inschrijvers.
- d) met het prijscriterium wordt enkel de jaarlijkse vergoeding beoordeeld en wordt geen beoordeling van de kostprijs van het gamma aanvullend straatmeubilair gemaakt: het bestek voorziet in de optie dat het stadsbestuur de jaarlijkse vergoeding in speciën kan omzetten in voorwerpen in natura, die de inschrijver in zijn gamma aanbiedt. De intrinsieke waarde en de concreet gevraagde kostprijs van het in de offerte aangeboden aanvullende straatmeubilair worden niet aan de hand van een gunningscriterium beoordeeld. Dit laat speculatie toe in hoofde van de opdrachtnemer die zijn jaarlijkse vergoeding omgezet kan zien

in aankoop van overgewaardeerd straatmeubilair zodat de verkoop van aanvullend meubilair een mindere kost voor de opdrachtnemer vertegenwoordigt dan de werkelijke kostprijs. Deze lacune in het bestek maakt dat iedere inschrijver de kostprijs van aanvullend straatmeubilair anders kan invullen zodat de offertes onvergelijkbaar zijn en de gelijkheid onder de inschrijvers wordt geschonden.

Beoordeling

11. De verzoekende partij doet hier in essentie gelden dat het bijzonder bestek onduidelijkheden bevat die het haar vrijwel onmogelijk maken om een doordachte offerte op te stellen en die een doeltreffende vergelijking van de offertes verhinderen.

Bij de beoordeling van dit middel mag er op het eerste gezicht niet van worden uitgegaan dat de verwerende partij de bepalingen van het bestek op een onwettige wijze zal toepassen of met schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, doch lijken enkel gebreken in het bestek in aanmerking te mogen worden genomen waarvan nu reeds blijkt dat ze een deugdelijke uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid erg belemmeren of onmogelijk maken.

In dat licht kan ten aanzien van de vier pijnpunten die de verzoekende partij in dit middel voorwerp van het debat maakt, het volgende worden opgemerkt.

12. In de aankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen werd in het veld “Type opdracht” het vak “Leveringen” aangevinkt en vervolgens onder de keuzeopties “aankoop, leasing, huur, huurkoop” het vakje “Een combinatie daarvan”.

Volgens de verzoekende partij zou het voor haar daardoor onduidelijk zijn hoe de opdracht juridisch moet worden gekwalificeerd en biedt het bestek geen verduidelijking.

Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als “leveren, plaatsen en onderhouden van straatmeubilair in de stad Roeselare”. In de nota doet de verwerende partij gelden dat er te dezen geen sprake is van een pure koop, huur, leasing, of huurkoop, maar van een loutere terbeschikkingstelling. De aanbestedende overheid huurt noch koopt dit straatmeubilair. Dit is de gangbare praktijk bij overheidsopdrachten voor straatmeubilair. Het gaat volgens haar om een soort van toelating om straatmeubilair te plaatsen en deze te voorzien van publiciteit.

Dit betoog lijkt op het eerste gezicht niet van alle grond ontbloot. Bij het beoordelen van de duidelijkheid van een bestek dient rekening te worden gehouden met degenen waarvoor het bestek bedoeld is; er mag worden verondersteld dat de gebruikte terminologie voor professionelen in de sector een voldoende duidelijke inhoud heeft. Dit moet voorts worden gezien in het licht van de omschrijving van het voorwerp van de opdracht en de technische bepalingen van het bestek, die een nadere invulling geven aan wat van de inschrijvers verwacht wordt.

De verzoekende partij omschrijft zichzelf op haar website als marktleider in de sector, “een toonaangevende speler” met “18.000 reclameborden en digitale schermen verspreid over gans België, 200 werknemers [en] 50 jaar ervaring en expertise”. Aldus lijkt het niet de perken van de redelijkheid te buiten te gaan om te veronderstellen dat zij mag worden geacht wel degelijk op de hoogte te zijn van de gangbare praktijken bij overheidsopdrachten voor het plaatsen van straatmeubilair en dat zij aldus aan de hand van het bestek en de daarin vermelde gegevens kon inschatten wat er *in concreto* van haar wordt verwacht in het kader van de voorliggende opdracht.

De grief is niet ernstig.

13. Wat de beweerde onduidelijkheid betreft over het al dan niet bestaan van een verwijderingsplicht van het bestaande straatmeubilair, kan reeds uit het administratief dossier op het eerste gezicht worden afgeleid dat de verplichting tot het verwijderen van het oude straatmeubilair aan JC Decaux wordt opgelegd in de in 2011 gesloten dading tussen de stad Roeselare en deze
‡DADRJECAJ-BCJAGIV‡

onderneming, meer bepaald in artikel 2 daarvan. De verzoekende partij blijkt deze overeenkomst als stuk 7 bij haar verzoekschrift te hebben gevoegd en aldus lijkt zij te weten dat JC Decaux wel degelijk zal moeten instaan voor het verwijderen van het oude straatmeubilair.

In dat licht blijkt niet onmiddellijk welk belang zij heeft bij deze grief. Minstens blijkt niet dat het feit dat dit gegeven niet uitdrukkelijk wordt herhaald in het bestek zelf, het de verzoekende partij onmogelijk maakt om een betekenisvolle offerte in te dienen.

De grief is niet ernstig.

14. Wat de derde grief betreft, gaat het ook in grote mate om opportunitetskritiek. Het komt immers aan de aanbestedende overheid toe om de gunningscriteria te bepalen die zij zal hanteren om de offertes te beoordelen en zij beschikt daarbij in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid. De door een aanbestedende overheid vastgestelde gunningscriteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie eerbiedigen. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij, door geen afzonderlijk gunningscriterium “leveringstermijn” in het bestek op te nemen, zou hebben gehandeld in weerwil van deze beginselen.

Daarnaast lijkt het, zoals de verwerende partij opmerkt in de nota, niet te moeten worden vereist dat iedere opgave die de aanbestedende overheid in het bestek van de inschrijvers verlangt, ook zonder meer wordt vertaald in een gunningscriterium en aldus op directe wijze wordt betrokken bij de beoordeling van de offertes.

De grief is niet ernstig.

15. Ook wat de vierde grief betreft, mag worden opgemerkt dat het in grote mate lijkt te gaan om een kritiek op de opportuniteit van de keuze van de
‡DADRJECAJ-BCJAGIV‡

aanbestedende overheid om bepaalde gunningscriteria al dan niet in het bestek op te nemen.

Voorts dient erop te worden gewezen dat de verzoekende partij zelf erkent dat het aanbieden van een gamma aanvullend straatmeubilair een optie betreft waarvan niet op voorhand vaststaat dat de verwerende partij ervan gebruik zal maken. Dit blijkt ook zo in het bestek te zijn bepaald. Voorts kan de verwerende partij worden bijgevalen waar zij doet gelden dat prijslijsten die betrekking hebben op diverse types aanvullend straatmeubilair die van inschrijver tot inschrijver zullen verschillen, moeilijk in een in principe louter mathematisch toe te passen prijscriterium kunnen worden beoordeeld. Tevens lijkt zij niet ten onrechte te doen gelden dat, zelfs al zouden de inschrijvers speculeren door overgewaardeerd straatmeubilair aan te bieden, dit enkel zou resulteren in het ongebruikt blijven van de optie om de geldelijke vergoeding om te zetten in een vergoeding *in natura*. Aldus is op het eerste gezicht in de huidige stand van het geding niet aangetoond dat, door het prijscriterium enkel te betrekken op de jaarlijkse vergoeding en daarin ook niet te peilen naar de prijzen van het gamma aanvullend straatmeubilair, de verwerende partij onzorgvuldig zou hebben gehandeld.

De grief is niet ernstig.

16. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 5 en artikel 26, § 3 van de wet 15.06.2006; artikel 107 KB Plaatsing van 15.07.2011 [en van] de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij doet in essentie gelden dat de gunningscriteria en de beoordelingsmethode onaangepast zijn en op

‡DADRJECAJ-BCJAGIV‡

disproportionele wijze de zittende opdrachtnemer bevoordelen. Er zijn geen adequate gunningscriteria in functie van het in het bestek gevraagde voorstel. De gunningscriteria laten niet toe om de kenmerkende elementen van de offerte te beoordelen en de beschikbare informatie over de beoordelingsmethode biedt geen garantie op een objectieve vergelijking van de offertes op grond van een waardeoordeel. Vervolgens bekritiseert de verzoekende partij elk van de vier gunningscriteria.

18.1. Wat het eerste criterium prijs betreft, meent zij dat het bestek niet verduidelijkt hoe dit criterium zal worden beoordeeld. Hoewel er geen verplichting is om de beoordelingmethode in het bestek op te nemen, geeft dit onzekerheid voor de inschrijver.

Er zijn diverse uitvoeringsaspecten – de leveringstermijn voor de opstart van het dossier, de impact van eventuele vrije varianten met betrekking tot de attractiviteit van de stad, zowel op vlak van mobiliteit als qua belevingswaarde, de onduidelijkheid of het straatmeubilair van de vorige opdrachtnemer verwijderd zal zijn bij aanvang van de opdracht – die een directe prijsconsequentie hebben. In de mate dat het bestek daarvoor geen prijscriterium bevat, voorziet het evenmin in een ander kwalitatief gunningscriterium.

Het gunningscriterium prijs is in de huidige omschrijving discriminatoir en in het voordeel van de zittende opdrachtnemer. Een nieuwe opdrachtnemer moet een investering doen over een periode van zes jaar in een honderdtal stuks straatmeubilair terwijl de zittende opdrachtnemer ten gevolge van de ongeoorloofde wijziging van de contractsverbintenissen onder het bestek van 1996 mogelijks geen investeringen hoeft te doen. De impact van deze investering door een nieuwe opdrachtnemer wordt op geen enkele wijze via het prijscriterium beoordeeld. Voorts is er geen concrete beoordelingsmethode voor de prijs die het voordeel van de zittende opdrachtnemer ten gevolge van de ongeoorloofde wijziging van de contractsverbintenissen onder het bestek van 1996 compenseert ten opzichte van de investering van een nieuwe opdrachtnemer. Het voordeel van de zittende opdrachtnemer weegt in die specifieke feitelijke omstandigheden onredelijk zwaar door zonder dat er daarvoor een objectieve verantwoording bestaat.

‡DADRJECAJ-BCJAGIV‡

18.2. Wat het tweede criterium “Esthetische waarde en uitgebreidheid van de aangeboden keuze mogelijkheden” betreft, betoogt zij dat het onmogelijk is om het verschil tussen de twee subcriteria – esthetische waarde en uitgebreidheid – in één rangschikking uit te drukken . De inhoudelijke beschrijving van de beoordelingsmethodiek voor dit gunningscriterium focust enkel op de esthetische kwaliteit en verduidelijkt niet hoe de uitgebreidheid zal worden beoordeeld en gequoteerd. Dergelijk gunningscriterium is onvolledig en onzorgvuldig. Het brengt onzekerheid voor de inschrijvers.

18.3. Wat het derde criterium “Technische specificaties” betreft, wordt enkel een score gegeven voor een globale rangschikking op de drie subgunningscriteria, waaruit dit criterium volgens de toelichting bestaat: technische kwaliteit, milieuvriendelijkheid en duurzaamheid van de aangeboden wachthuisjes. Daarbij is niet duidelijk hoe de globale rangschikking tot stand zal komen. Een score met telkens vijf punten verschil volgens de rangschikking is arbitrair en laat niet toe om de werkelijke nuanceverschillen tussen de voorstellen op het vlak van de subcriteria correct te vertalen in een corresponderende puntenscore. Er is niet bepaald hoe deze subcriteria worden gequoteerd om tot een globale rangschikking te komen. Niettemin moet voor een Europese opdracht aan alle gunningscriteria, ook subgunningscriteria, een gewicht worden gegeven. Doordat er drie subgunningscriteria zijn, zijn er vele mogelijke combinaties van onderverdeling van het gewicht van deze subcriteria. Zelfs indien de opdrachtgever na opening van het bestek nog het concrete gewicht kan bepalen en daarbij het rechtmatig vertrouwen van een inschrijver niet zou verschalken, dan nog blijkt dat het ontbreken van enige duiding over de beoordelingsmethodiek de inschrijver voor complete onzekerheid plaatst.

18.4. De verzoekende partij formuleert eenzelfde grief met betrekking tot het vierde criterium “Het voorstel en de inhoud van het onderhoud van het aangeboden straatmeubilair”. Volgens haar blijkt uit de toelichting opnieuw dat er *de facto* drie subcriteria zijn: voorstel, inhoud en frequentie van het onderhoud. Het is niet duidelijk wat het verschil is tussen “voorstel” en “inhoud” van onderhoud. De score gebeurt opnieuw op grond van een globale rangschikking, terwijl het niet duidelijk is hoe de globale rangschikking tot stand komt. Een score met telkens

vijf punten verschil volgens de rangschikking is arbitrair en laat niet toe om de werkelijke nuanceverschillen tussen de voorstellen op het vlak van de subcriteria correct te vertalen in een corresponderende puntenscore. Er is niet bepaald hoe deze subcriteria worden gequoteerd om tot een globale rangschikking te komen.

Beoordeling

19. De verzoekende partij oefent hier kritiek uit op de in het bestek gekozen gunningscriteria en de beoordelingsmethode. Deze zouden de zittende opdrachtnemer bevoordelen en niet adequaat zijn in functie van het gevraagde voorstel. De voorgestelde beoordelingsmethode zou geen garantie bieden op een objectieve vergelijking van de offertes.

20. In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van artikel 26, § 3, van de wet van 15 juni 2006, dient te worden vastgesteld dat deze bepaling klaarblijkelijk betrekking heeft op het verloop van de eigenlijke onderhandelingen zelf. Deze fase van de gunningsprocedure is in de voorliggende zaak die betrekking heeft op de beslissing tot vaststelling van het bestek, niet aan de orde. In die mate dient het middel reeds op het eerste gezicht te worden verworpen.

21. Voorts dient bij het onderzoek van een middel dat een *ante factum* kritiek uitmaakt op nog niet gehanteerde gunningscriteria, te worden herhaald dat enkel gebreken in het bestek in aanmerking kunnen worden genomen waarvan blijkt dat zij een deugdelijke uitoefening van de beoordelingsvrijheid erg belemmeren of onmogelijk maken. In overeenstemming met het vermoeden van wettigheid mag niet zomaar worden verondersteld dat de verwerende partij de bepalingen van het bestek op onwettige wijze zal toepassen. Er mag in de huidige stand van het geding worden verondersteld dat zij, zoals rechtens vereist, de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze zal uitleggen en de gunningscriteria bij de beoordeling van de aanbiedingen op objectieve en uniforme wijze zal toepassen op alle inschrijvers.

22. Ook dient hier te worden herhaald dat het niet aan de Raad van State toekomt om zich uit te spreken over de opportuniteit van de keuze voor
‡DADRJECAJ-BCJAGIV‡

bepaalde gunningscriteria. Het is enkel wanneer deze criteria geen verband zouden houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende overheid een onvoorwaardelijke keuzevrijheid zouden geven of de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie niet zouden eerbiedigen, dat er een wettigheidsprobleem zou kunnen rijzen. Dit zou ook het geval kunnen zijn wanneer de gunningscriteria in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zodanig zouden zijn geformuleerd , dat een redelijk geïnformeerd en normaal zorgvuldige inschrijver niet in staat zou zijn de criteria naar behoren te interpreteren. Wat de beoordelingsmethode betreft, kan worden opgemerkt dat de aanbestedende overheid niet gehouden is om de methode aan de hand waarvan zij de offertes zal beoordelen en rangschikken in de aankondiging van de opdracht of het bestek ter kennis te brengen van potentiële inschrijvers , zolang deze methode niet tot gevolg heeft dat de gunningscriteria en het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd.

23. Wat de specifieke grieven betreft die de verzoekende partij doet gelden ten aanzien van elk van de vier gunningscriteria bepaald in het bestek, wordt het volgende overwogen.

23.1. Het eerste gunningscriterium “Prijs” wordt in het bestek op 35/100 punten gewaardeerd en omschreven als: “[de] jaarlijkse geldelijke vergoeding door de inschrijver te betalen aan de stad”.

De verzoekende partij doet in de eerste plaats gelden dat er geen beoordelingsmethode voor dit gunningscriterium is opgenomen in het bestek. In dit verband mag worden verwezen naar wat hiervoor werd opgemerkt. Voorts mag de verwerende partij worden bijgevalen dat de regel van drie een gangbare beoordelingsmethode voor een prijscriterium lijkt.

Waar de verzoekende partij doet gelden dat er diverse uitvoeringsaspecten zijn met directe prijsconsequenties die niet in het prijscriterium worden betrokken, mag op het eerste gezicht het volgende worden vastgesteld:

- het niet-opnemen van een specifiek gunningscriterium ter beoordeling van de leveringstermijn voor de opstart van het dossier werd reeds besproken bij het onderzoek van het tweede middel; er blijkt niet waarom met de leveringstermijn rekening zou moeten worden gehouden in het kader van het prijscriterium;
- er blijkt niet waarom in het bijzonder de impact van eventuele vrije varianten op de attractiviteit van de stad zou moeten worden betrokken bij de beoordeling van het prijscriterium dat te dezen enkel peilt naar de jaarlijkse vergoeding die de inschrijver aan de stad zal betalen;
- de grief betreffende de onduidelijkheid of het straatmeubilair van de vorige opdrachtnemer verwijderd zal zijn bij aanvang van de opdracht werd reeds besproken en verworpen bij het tweede middel; daarbij is gebleken dat de plicht tot het verwijderen van het oude straatmeubilair wel degelijk op de zittende inschrijver rust en dat daaromtrent, alvast in hoofde van de verzoekende partij, op het eerste gezicht geen onduidelijkheid bestaat.

Voorts blijkt niet, minstens toont de verzoekende partij niet aan, dat het prijscriterium zoals omschreven in het bestek kennelijk de zittende inschrijver “onredelijk zwaar” zou bevoordelen. Dat deze in zijn prijszetting een bepaald voordeel zou kunnen genieten ten opzichte van andere inschrijvers werd reeds besproken bij het eerste middel en verworpen als wettigheidsgrief. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de aanbestedende overheid ertoe gehouden zou zijn om het voordeel van de zittende inschrijver in het bijzonder te betrekken in een gunningscriterium inzake prijs en te compenseren ten voordele van andere inschrijvers. Ter terechtzitting laat de verzoekende partij ook na zelf een concreet voorstel te geven betreffende de wijze waarop dit voordeel van de zittende inschrijver in dat gunningscriterium zou moeten worden betrokken.

23.2. Het tweede gunningscriterium “Esthetische waarde en de uitgebreidheid van de aangeboden keuzemogelijkheden” wordt in het bestek op 25/100 punten gewaardeerd en omschreven als:

“De esthetische kwaliteit van het aangeboden meubilair, zowel voor het standaardtype wachthuisje, als voor de wachthuisjes met grotere/kleinere afmetingen en voor deze met een afwijkende vormgeving of noodzaak van bijzonder concept.

Het uitzicht en de integratie in het straatbeeld dient op harmonische wijze te gebeuren. De inschrijver met de beste esthetische waarde krijgt het maximum aantal punten. De volgende in rij wordt telkens 5 punten afgetrokken ten aanzien van de voorgaande.”

De verzoekende partij doet gelden dat dit gunningscriterium uit twee subcriteria zou bestaan die niet in één rangschikking kunnen worden beoordeeld.

Dergelijke kritiek lijkt moeilijk te kunnen worden aanvaard in het kader van een *ante factum* onderzoek en beoordeling zoals die te dezen worden verwacht. De problematiek inzake subcriteria die de verzoekende partij in gedachten lijkt te hebben bij de adstructie van dit middel betreft immers een typisch *post factum* probleem. Voorts kan worden opgemerkt dat niet elke specificatie bij of toevoeging met betrekking tot een gunningscriterium noodzakelijkerwijze als een subgunningscriterium lijkt te moeten worden beschouwd. Soms gaat het om niet meer dan een toelichting teneinde tegemoet te komen aan de verplichting om de gunningscriteria voldoende duidelijk en precies te omschrijven opdat alle inschrijvers er de juiste draagwijdte van kennen en ze op dezelfde manier interpreteren.

Dit laatste lijkt te dezen het geval te zijn. Dat de aanbestedende overheid het aspect “esthetische waarde” van het gunningscriterium nader toelicht in het bestek en het – veeleer vanzelfsprekende – aspect “uitgebreidheid van de aangeboden keuzemogelijkheden” niet van een bijzondere toelichting voorziet, lijkt niet van die aard om te besluiten dat het wel degelijk om subcriteria en afzonderlijke maatstaven van toetsing zou gaan.

Hoewel de toelichting bij de beoordelingsmethodiek niet uitdrukkelijk verwijst naar de uitgebreidheid van de keuzemogelijkheden, lijkt voorsnog te mogen worden verondersteld, gelet op de omschrijving van het gunningscriterium als “Esthetische waarde en de uitgebreidheid van de aangeboden keuzemogelijkheden” dat dit tweede aspect bij de puntentoekening evenzeer afdoende aan bod zal komen.

23.3. Het derde gunningscriterium “Technische specificaties” wordt in het bestek op 25/100 punten gewaardeerd en omschreven als:

“De technische kwaliteit, milieuvriendelijkheid en duurzaamheid van de aangeboden wachthuisjes.

Duurzaamheid (onder meer gebruik van groene stroom), onderhoudsvriendelijkheid, vandalisme-bestendigheid, roestbestendigheid en graffiti-gevoeligheid van alle aangewende materialen.

De inschrijver met de beste technische kwaliteit en duurzaamheid krijgt het meest aantal punten. De volgende in rij wordt telkens 5 punten afgetrokken van de voorgaande.”

Ook wat dit subcriterium betreft, doet de verzoekende partij een reeks kritieken gelden die steunen op de premisse dat er sprake zou zijn van drie subcriteria. Ook bij dit gunningscriterium lijkt het echter op het eerste gezicht te gaan om specificaties of toevoegingen teneinde tegemoet te komen aan de verplichting om de gunningscriteria voldoende duidelijk en precies te omschrijven.

Vervolgens bekritiseert de verzoekende partij de in het bestek vooropgestelde quoteringswijze waarbij, volgens de rangschikking, telkens vijf punten in mindering worden gebracht. Op de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat een aanbestedende overheid bij de keuze van de volgens haar meest geschikte methode om de gunningscriteria te beoordelen en punten toe te kennen over een aanzienlijke appreciatievrijheid beschikt. Voorts dient te worden vastgesteld dat er niet met voldoende zekerheid op voorhand blijkt dat een dergelijke manier om punten toe te kennen in elk denkbaar geval arbitrair zou zijn en sowieso niet de werkelijke verschillen tussen de offertes zou kunnen vertalen in een correcte puntenspreiding.

23.4. Het vierde gunningscriterium “het voorstel en de inhoud van het onderhoud van het aangeboden straatmeubilair” wordt in het bestek op 15/100 punten gewaardeerd en omschreven als:

“Het voorstel, de inhoud en de frequentie van het onderhoud.

De inschrijver met het beste voorstel qua onderhoud krijgt het meest aantal punten. De volgende in rij wordt telkens 5 punten afgetrokken van de voorgaande.”

De verzoekende partij doet ten aanzien van dit gunningscriterium en de vooropgestelde methode van puntentoekenning in wezen dezelfde grieven gelden als deze betreffende het derde gunningscriterium. Op het eerste gezicht lijkt er bij het vierde gunningscriterium evenmin sprake te zijn van subcriteria in eigenlijke zin. Voor het overige kan worden herhaald wat hiervoor reeds werd opgemerkt bij het derde gunningscriterium.

24. Aldus is op het eerste gezicht niet aangetoond dat het bestek gunningscriteria zou bevatten die geen verband houden met het voorwerp van de opdracht of die een objectieve vergelijking van de offertes onmogelijk zouden maken.

Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

D. Vierde middel

25. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 20 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatting), doordat het bestek geen aan de sector aangepaste prijsherzieningsformule bevat en evenmin een verantwoording voor het ontbreken ervan.

26. De verzoekende partij doet ter terechtzitting afstand van het middel.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

27. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift de schending aan van “het zorgvuldigheids en redelijkheidsbeginsel en *fair play* beginsel”.

Het bijzonder bestek voorziet in de verplichting voor de inschrijver om binnen de zeven kalenderdagen na ontvangst van het bestek

schriftelijk en per ter post aangetekende brief de bezwaren tegen de besteksvoorschriften mee te delen. Deze clause staat volgens de verzoekende partij haaks op de redelijkheid, de zorgvuldigheid en de fair play die een bestuur aan de dag moet leggen binnen het kader van de totstandkoming van contractuele verbintenissen. Het bestuur heeft alle tijd gekregen om het bestek op te stellen en een inschrijver krijgt zeven dagen de tijd om na te gaan of hij zich in alle contractuele voorwaarden van het bijzonder bestek kan vinden. Dit staat haaks op de termijn van vijftien dagen om een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State in te stellen en op de termijn van tien dagen in het kader van een aanbesteding of offerteaanvraag om eventuele bezwaren mee te delen die het onmogelijk maken om een prijs op te maken of die de vergelijkbaarheid van de offertes aantasten – artikel 86 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Beoordeling

28. Uit het administratief dossier blijkt dat deze termijn te dezen de verzoekende partij niet heeft belet om meermaals bezwaren bij het bestek te doen gelden. De verwerende partij blijkt deze termijn niet te hebben tegengeworpen aan de verzoekende partij en haar het recht te hebben ontzegd om ook buiten de termijn bezwaren te doen gelden. Deze besteksbepaling heeft de verzoekende partij dus niet belet om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State tegen besteksbepalingen die zij onwettig acht, in te dienen en de verwerende partij heeft deze kritiek ten gronde ontmoet. De verzoekende partij lijkt aldus belang bij haar kritiek te ontberen.

29. Het middel is niet ernstig.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

30. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 5 en artikel 32 van de wet 15.06.2006 en van de materiële motiveringsplicht (algemeen beginsel van behoorlijk bestuur)”.

‡DADRJECAJ-BCJAGIV‡

Zij licht toe dat een raamovereenkomst doorgaans slechts een duur van vier jaar mag hebben. Wanneer in een duur langer dan vier jaar wordt voorzien, moet dit behoorlijk worden gemotiveerd. De langere duurtijd moet dan minstens in verhouding staan tot de economische rendabiliteit van de opdracht, gelet op de specifieke verplichtingen die aan de opdrachtnemer worden opgelegd. In het licht van de investeringen die van een nieuwe opdrachtnemer worden geleverd, meent zij dat de duur van de voorliggende opdracht, die beperkt is tot zes jaar, te kort is. De beperkte duur legt volgens haar een zware financiële last op de nieuwe opdrachtnemer die zich zal vertalen in een lager bedrag voor de jaarlijkse vergoeding dan het bedrag dat een zittende opdrachtnemer kan aanbieden. De motivering die in het bijzonder bestek wordt opgenomen voor de beperking van de duur is enkel verbonden aan het beleid dat de stad wil voeren op het vlak van mobiliteit en houdt dus rekening met het transitietraject, maar houdt geen rekening met de economische eigenschappen en gevolgen van de opdrachteisen.

Beoordeling

31. Artikel 32, vierde lid, van de wet van 15 juni 2006 luidt:

“De duur van de raamovereenkomst, alsook van de opdrachten die erop zijn gesteund, is beperkt tot vier jaar, behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen.”

32. De verzoekende partij doet in essentie gelden dat de afwijking van deze wettelijke standaardtermijn te dezen niet naar behoren gemotiveerd wordt.

Het lijkt dat de voorliggende opdracht – in de voorlopige veronderstelling dat het om een overheidsopdracht zou gaan – niet zozeer als een raamovereenkomst in de zin van artikel 3, 15°, van de wet van 15 juni 2006 moet worden aangemerkt maar eerder als een opdracht in de zin van artikel 26, § 2, 1°, b), van deze wet, dat toelaat om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking wanneer het gaat om werken, leveringen of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen. Deze bepaling wordt in het bestek alleszins

uitdrukkelijk aangehaald als verantwoording voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking terwijl er nergens in wordt vermeld dat het om een raamovereenkomst zou gaan.

De toepassing van het voormelde artikel 32 lijkt hier dan ook niet aan de orde.

Aldus lijkt de opdracht onder de algemene regel vervat in artikel 37 van de wet van 15 juni 2006 te vallen. Met de verwerende partij kan worden vastgesteld dat artikel 37, § 2, van deze wet minder stringent is dan artikel 32 en enkel bepaalt dat de looptijd van een overheidsopdracht “over het algemeen beperkt [dient] te blijven tot vier jaar na het sluiten van de opdracht”.

33. In de aankondiging van de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen wordt de keuze voor een duurtijd van zes jaar als volgt gemotiveerd:

“Het bestuur opteert voor een duurtijd van 72 maanden (6 jaar) gelet op de uitgevoerde interne studie die een transitietraject voorschrijft omtrent de organisatie van het openbaar vervoer in de stad Roeselare.”

In het bestek wordt de keuze voor een duurtijd van zes jaar meer uitgebreid als volgt gemotiveerd:

“Het bestuur opteert voor een duurtijd van 72 maanden (6 jaar), gelet op de uitgevoerde interne studie die een transitietraject voorschrijft omtrent de organisatie van het openbaar vervoer in de stad Roeselare.

Heden zijn er een aantal indicaties (hervorming decreet basistoegankelijkheid, budgettaire keuzes Vlaamse overheid, nieuwe vervoersvormen met alternatieve energie, thuiswerken, ...), die aangeven dat het openbaar vervoer hervormd zal en/of moet worden. Deze studies zijn op dit moment evenwel nog niet rond, terwijl de huidige concessieovereenkomst ten einde loopt.

Vandaar dat het bestek voor de nieuwe opdracht een termijn voorziet die voornamelijk gericht is op het behoud van de bestaande toestand, met optimalisatie waar mogelijk, die toelaat dat een volgende legislatuur werk kan maken van de nodige hervormingen zonder dat dit onmiddellijk bij de start van de legislatuur moet aangevat worden. Hierbij is het evenwel geen garantie dat het bestuur aangesteld voor de volgende legislatuur voormelde beperkte studie, in deze vorm, verder wenst te valoriseren.

Vandaar de beperkte duur van de opdracht.”

Deze motivering lijkt op het eerste gezicht te volstaan in het kader van de te dezen op de verwerende partij rustende plicht tot motivering.

De verzoekende partij maakt overigens niet aannemelijk wat haar belang bij haar middel is door een motivering te eisen voor het overschrijden van een wettelijk vastgestelde, in beginsel beperkte termijn daar waar zij zelf integendeel meent dat de looptijd in elk geval langer moet zijn dan die beperkte termijn en zelfs langer dan de in het bestek voorziene termijn van zes jaar.

34. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

36. Er is te dezen grond om de kosten van de vordering met inbegrip van de niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding ten laste te leggen van de verzoekende partij.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 maart 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra