RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 240.773 van 22 februari 2018
in de zaak A. 224.366/XII-8500

In zake: de BVBA EV-POINT INVEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1/10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 januari 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de Bestendige Deputatie van de Provincie Oost-Vlaanderen van 11 januari 2018 tot gunning, na concurrentiedialoog, van de aanneming van diensten met als voorwerp het plaatsen, indienststellen en uitbaten gedurende minimum zestig maanden van laadpunten voor elektrische voertuigen, aan de NV Blue Corner".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 februari 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en jurist Eric Torrekens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 verwerende partij beslist op 22 maart 2017 een concurrentiedialoog te organiseren voor het plaatsen, in dienst stellen en uitbaten van laadpunten voor elektrische voertuigen.

3.2. In het "finaal bestek" worden de volgende gunningscriteria opgenomen: 1) kostprijs voor het bestuur, op korte (= de installatie) en lange termijn (= 60 maanden uitbating) (50 punten); 2) De ambitie van het bestuur in verband met het project het dichtst benaderen van: 2.1. De omvang van het laadpuntennetwerk, het aantal voor bezoekers en personeel (15 punten), 2.2. De klantvriendelijkheid, de toegankelijkheid en de kostprijs voor de gebruiker (15 punten), 2.3. De mate waarin het Provinciaal beleid van klimaatneutraliteit in dit project zichtbaar wordt gemaakt (10 punten); 3) Solvabiliteit en verzekering van elke inschrijver en diens eventuele partners en relevante onderaannemers (10 punten).

3.3. In een verslag van nazicht van 9 oktober 2017 bij de vier ingediende offertes wordt de nv Blue Corner als eerste gerangschikt.

3.4. Op 11 januari 2018 beslist de verwerende partij de opdracht voor het plaatsen van 12 laadpalen op het provinciaal patrimonium en de uitbating ervan gedurende 10 jaar te gunnen aan de nv Blue Corner voor een bedrag van 15.000 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing, waarvan aan de verzoekende partij kennis wordt gegeven bij aangetekende brief en e-mailbericht van 12 januari 2018.

De motivering van die beslissing luidt:

> "[…]
> Na een eerste overlegronde is een finaal bestek opgemaakt. De geselecteerde kandidaten hebben hierop een voorstel ingediend. De voorstellen werden ontvangen op 9 oktober 2017.
>
> Voor de uitbating, de afrekening en het onderhoud van de laadpalen vragen de inschrijvers bijna allemaal een duurtijd van de uitbating van 120 maanden. En dit vooral omdat de juiste terugverdientijd en rendement op korte termijn onzeker zijn.
>
> Het belangrijkste gunningscriterium is de prijs voor de installatie en de uitbating op lange termijn. De prijzen hiervoor lopen erg uiteen en de opbouw van de kost is heel divers.
> Alle inschrijvers hebben prijs gegeven voor de gevraagde minimum van 8 locaties, sommigen hebben meer installaties voorgesteld.
>
> De inschrijvers bieden voor het installeren en de uitbating een kost aan die varieert voor de best ingeschatte locaties (waarbij het duidelijk is dat deze veel zullen gebruikt worden) tot zelfs 0 EUR.
> Voor de minder goede locaties of waarbij het gebruik minder goed is in te schatten, geven de inschrijvers een locatiekost tot 2630 EUR/laadpaal op.
> Naast de installatiekost van de laadpaal is er nog steeds een kost voor het bestuur van ca. 1200 EUR/laadpaal voor het aanbrengen van een verkeersbord en de inrichting van het parkeervak.
> Daarbovenop komt nog de elektriciteitsaansluiting/bekabeling en de graafwerken die nogal kan variëren van locatie tot locatie.
>
> Voor het voorzien van de zware elektriciteitsaansluiting van de semi-snelladers hebben de inschrijvers verscheiden prijsvoorstellen gedaan. Het is economischer en makkelijker om deze werken zelf uit te voeren, bijvoorbeeld met het raamcontract elektriciteitswerken.
>
> Het aantal aangeboden laadinstallaties varieert van 8 tot 42.
> Voor de betere locaties waar voldoende ladingen kunnen verwacht worden, en de return voor de investeerder aanvaardbaar is, zijn de kosten gespreid over 10 jaar, relatief klein.
> Die kosten stijgen uiteraard naarmate minder gunstige laadpunten worden uitgebaat, en zelfs exponentieel voor de minst gunstige.
> Er is onderzocht welke locaties het beste in aanmerking komen op gebied van bekabelingswerken en grondwerken en er is een inschatting gemaakt op welke site er redelijkerwijs een voldoende vraag zou zijn om op te laden.

Het optimum waarbij de ambitie het best benaderd wordt, lijkt op 12 laadpunten te liggen.

Aan de hand van de verschillende voorstellen en een eerste beoordeling, is nog verder onderhandeld en verduidelijking gevraagd met de best gerangschikte kandidaat.

De geprefereerde aanbieder, zijnde Blue Corner, heeft uiteindelijk het volgende voorstel gedaan:

- Het leveren en plaatsen van 12 (dubbele semi-snel oplaadpunten) van 22 kW binnen een termijn van 6 maanden. (volgens de technische details beschreven in het bestek). En dit op volgende locaties:
  […]
- Plaatsen van een verkeersbord per laadpaal en aanduiden van 2 parkeervakken.
- onderhoud en uitbaten (afrekenen) van de laadpalen.
- Een laadtarief volgens abonnement formule.
- Voordeel tarief voor Provinciaal personeel en medewerkers.
- Kosteloos uitbaten en onderhoud van 1 reeds bestaand laadpunt (in het Leen).
- De provincie voorziet in het gratis ter beschikking stellen van het terrein en de plaats t.b.v. 2 parkeerplaatsen.
- De provincie (= individuele locaties) rekenen jaarlijks het elektriciteitsverbruik af aan de uitbater. De elektriciteit wordt aan aankoopprijs (afhankelijk van site tot site) aangeboden aan de uitbater.
- Na afloop van het project en het einde van de uitbatingsperiode wordt de Provincie eigenaar van de laadpunten.

De kost voor een bijkomend laadpunt is 1250 € (Excl. BTW en bekabelingswerken). Afhankelijk van de afname is er een jaarlijkse onderhoudskost die varieert tussen de 0-600€/laadpunt. De jaarlijkse kosten zouden wegvallen indien blijkt dat de afnamen op het laadpunt een bepaald aantal kWh zou overschrijden.

De nodige aansluitingswerken elektriciteit in eigen regie worden geraamd op 35 000 EUR, exclusief BTW.
De gunning daarvan wordt per site nog apart voorgelegd aan de Deputatie.

Voor de uitbating, de plaatsing en het onderhoud stelt de dienst Patrimonium een overeenkomst voor, af te sluiten met Blue Corner voor de periode van 120 maanden.
De kostprijs hiervan is 600 EUR/jaar, exclusief btw, indien er nog laadpalen bijkomen, kan dit nog wijzigen.

De dienst Patrimonium stelt voor om de opdracht ‘het plaatsen van 12 laadpalen en de uitbating ervan gedurende 10 jaar’ toe te wijzen aan de

firma Blue Corner, Rijnkaai 37 te 2000 Antwerpen voor het bedrag van 15000 EURO (exclusief btw) of 16837,50 EUR, inclusief btw."

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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' 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 kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij beroept zich in een tweede middel op een schending van de formelemotiveringsverplichting, steunend op de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'.

Zij betoogt daartoe meer bepaald dat:

> "De verwerende partij motiveert niet op een correcte, pertinente en draagkrachtige wijze waarom de nv Blue Corner als best gerangschikte kandidaat werd weerhouden noch waarom de offerte van de nv Blue Corner als economisch voordeligste werd weerhouden.
> Minstens blijkt deze motivering nergens uit.
> 'De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die de verzoekende partijen afleiden uit de voornoemde wet van 29 juli 1991, 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.'
> […]
>
> 2.2. De verzoekster heeft zelfs geen kennis gekregen van de quoteringen (scores) die door de verwerende partij werden toegekend (of geacht worden te zijn toegekend) m.b.t. de verschillende gunningscriteria.
> Verre van dat de verzoekster kennis heeft gekregen van de concrete overwegingen die aan de basis liggen van die quoteringen (indien bestaand). Aldus is het voor de verzoekster totaal onduidelijk waarom zij niet werd weerhouden als best gerangschikte kandidaat en waarom haar offerte niet werd weerhouden als economisch voordeligste.
> De verzoekster tast volkomen in het duister waarom de nv Blue Corner in deze een economisch voordeliger offerte zou hebben ingediend dan de verzoekster.
>
> 2.3. Indien de verwerende partij al een quotering mocht hebben gemaakt (scores hebben gegeven) voor ieder gunningscriterium dan zal dit op zich nog niet volstaan, maar dan moet nog altijd worden aangegeven hoe en waarom de verwerende partij, in het licht van de inhoud van de verschillende offertes, tot die concrete scores is kunnen komen.
> […]

2.4. Of er een concrete evaluatie werd gemaakt, of er concrete scores werden toegekend en of er elementen zijn die de quotering zoals gedaan verantwoorden, is zoals gezegd op heden onbekend.
Minstens dient de verwerende partij de nodige motivering voor te leggen en inzage te geven in de documenten die hieromtrent werden opgemaakt.
Indien de nodige documenten door de verwerende partij als vertrouwelijk zouden worden aangemerkt, zodanig dat het aan de verzoekster wordt verhinderd om er kennis van te nemen, dient de Raad van State de vertrouwelijkheid ervan op te heffen nu deze informatie onontbeerlijk is om de rechtsgeldigheid van de gunningsbeslissing te controleren/evalueren.
2.5. Zolang de verwerende partij niet aantoont dat haar beslissingen om de NV Blue Corner als best gerangschikte kandidaat te weerhouden en om diens offerte als de economisch voordeligste te weerhouden, ligt een schending voor van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht."

6. In de nota betoogt de verwerende partij dat het antwoord op de vraag van de verzoekende partij "waarom finaal kon beslist worden om het voorstel van de nv Blue Corner te weerhouden als de economisch voordeligste" precies terug te vinden is in het verslag van nazicht, neergelegd als stuk 34 van het administratief dossier, waarvan zij het gedeelte dat betrekking heeft op de beoordeling van de offertes integraal weergeeft in haar nota.

Zij wijst erop dat in het besluit uitdrukkelijk werd verwezen naar het verslag van nazicht dat aan deze beslissing ten grondslag lag en dat werd ondertekend en als bijlage toegevoegd bij het besluit, dat de verzoekende partij meteen is overgegaan tot het indienen van een schorsingsverzoek bij de Raad van State vooraleer zij heeft kennis genomen van de inhoud van de bijlage van de betwiste gemotiveerde beslissing en dat de brief waarmee de kennisgeving werd gedaan bovenaan ook duidelijk de mogelijkheid vermeldt om inlichtingen in te winnen bij een administratieve medewerker van de provincie.

Zij meent dan ook dat "het […] niet redelijk [is] om een schorsingsprocedure bij de Raad van State in te leiden, met als enige bedoeling om inzage te krijgen in een bijlage van de gunningsbesluit, m.n. het verslag van nazicht. Er bestaan andere wegen om inzage te krijgen, een eenvoudige e-mail naar

de contactpersoon die vermeld staat op de kennisgeving, een mondeling verzoek aan de projectleider tijdens een bezoek aan de dienst, of een formele aanvraag bij de Provinciegriffier op grond van de passieve openbaarheid van bestuur overeenkomstig het Decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur. Verzoekster toont niet aan dat zij een van deze mogelijkheden heeft aangewend en dat ze daarbij niet het gewenste resultaat zou hebben bekomen."

Beoordeling

7. De uitdrukkelijke motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht, onder meer vervat in de geschonden geachte artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, 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.

8. In de bestreden beslissing, die aan de verzoekende partij is medegedeeld, is een "motivering" opgenomen, maar de verwerende partij betwist niet dat in die motivering niet voor alle gunningscriteria overwegingen zijn weergegeven. Dit euvel wordt volgens de verwerende partij hersteld door de verwijzing, in artikel 3 van die beslissing, naar het verslag van nazicht, dat blijkens die beslissing daaraan "als bijlage" is toegevoegd.

9. In dit verband kan worden opgemerkt dat een motivering door verwijzing naar andere stukken een afdoende motivering is indien de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurde ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende is gemotiveerd, de daarin vervatte voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevallen en er geen tegenstrijdige adviezen zijn.

10. De volledige beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria is opgenomen in het voornoemde verslag van nazicht, waarvan de conclusie werd gevolgd. Aldus werd ook de inhoudelijke motivering van dat verslag overgenomen, minstens wat de motivering van de scores op de

gunningscriteria betreft die niet als dusdanig werden besproken in de gunningsbeslissing zelf.

11. Het verslag van nazicht werd echter niet vóór het indienen van het verzoekschrift aan de verzoekende partij meegedeeld, wat de verwerende partij ook uitdrukkelijk erkent in haar nota.

Het blijkt evenmin dat de verzoekende partij van dat verslag op een andere wijze kennis kreeg vóór 29 januari 2018, datum waarop zij haar vordering inleidde.

Ten tijde van het instellen van de vordering lijkt de verzoekende partij dan ook niet alle evaluaties te hebben gekend waarop de bestreden gunningsbeslissing steunt, die in principe wezenlijke motieven voor een gunningsbeslissing zijn, en lijkt de formelemotiveringsplicht dan ook te zijn geschonden.

12. Het feit dat het verslag van nazicht door de verzoekende partij niet werd opgevraagd vóór het instellen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, al dan niet in het kader van de openbaarheid van bestuur, lijkt de verzoekende partij haar belang bij dit middel niet te ontnemen. Het komt namelijk toe aan de verwerende partij om kennis te geven van de volledige motivering waarop de bestreden beslissing daadwerkelijk is gesteund.

13. Het hiervóór beschreven doel van de formelemotiveringsplicht sluit tevens uit dat de verzoekende partij vrede zou moeten nemen met een mededeling van de motieven nadat zij een rechtsmiddel – meer bepaald een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid – heeft aangewend. Met een integrale weergave in de nota ingediend in het kader van de huidige procedure, van de motieven die waren opgenomen in het verslag van nazicht mag bijgevolg geen rekening worden gehouden. Die werkwijze kan immers niet goedmaken dat de verzoekende partij, door de handelwijze van de verwerende partij, in strijd met het oogmerk van de formelemotiveringsverplichting, zich over het instellen van de initiële vordering moest beraden en haar grieven heeft moeten

formuleren zonder kennis te hebben van alle dragende motieven van de door haar bestreden beslissing.

14. Het tweede middel is in de besproken mate ernstig.

VI. Besluit en kosten

15. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient te worden bevolen.

16. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen van 11 januari 2018 tot gunning van het plaatsen van twaalf laadpunten voor elektrische voertuigen en de uitbating ervan gedurende tien jaar aan de nv Blue Corner.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 februari 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Silja Doms, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**

‡CCCSLDHCI-BDCHIGV‡