RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 242.233 van 30 augustus 2018
in de zaken I. A. 225.821/XII-8.593
II. A. 225.947/XII-8.601.

In zake: de NV BLUE CORNER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Pascal Mallien en Elias Van Gool
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24, vijfde verdieping
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Jorien Van Belle en tevens door
advocaten Véronique Vanden Acker en François Viseur
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louisalaan 140
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vorderingen

1. De vordering in de zaak sub I, ingesteld op 1 augustus 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing genomen door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, vertegenwoordigd door zijn bestuur, Gewestelijke Overheidsdienst Brussel, Brussel Mobiliteit betreffende het niet selecteren van de door verzoekster ingediende offerte voor de concessie voor diensten met als voorwerp het leveren, plaatsen en exploiteren van oplaadinfrastructuur voor elektrische voertuigen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest".

De vordering in de zaak sub II, ingesteld op 17 augustus 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing genomen door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, vertegenwoordigd door zijn bestuur, Gewestelijke Overheidsdienst Brussel, Brussel Mobiliteit betreffende het gunnen aan PitPoint BV van de concessie voor diensten met als voorwerp het leveren, plaatsen en exploiteren van oplaadinfrastructuur voor elektrische voertuigen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, […] en het niet gunnen van dezelfde concessie aan verzoekster".

II. Verloop van de rechtsplegingen

2. De verwerende partij heeft in beide zaken een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 augustus 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pascal Mallien, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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. Vertrouwelijkheid van stukken

3. De verwerende partij vraagt niet alleen om de vertrouwelijke behandeling van de verschillende offertes en de analyse ervan, van de uitnodigingen tot onderhandelen en indienen van een BAFO gericht aan Allego en

PitPoint, maar ook van het gunningsverslag met gemotiveerde gunningsbeslissing.

Het verzoek om het gunningsverslag met gemotiveerde gunningsbeslissing vertrouwelijk te behandelen, is echter niet behoorlijk met redenen omkleed.

De andere als vertrouwelijk bestempelde stukken worden voorlopig afzonderlijk in het dossier opgenomen.

IV. Feiten

4.1. Op 31 oktober 2017 publiceert de verwerende partij in het Bulletin der Aanbestedingen de aankondiging van een concessieovereenkomst voor het leveren, plaatsen en exploiteren van oplaadinfrastructuur voor elektrische voertuigen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest met als referentienummer BMB/DS-DB/2017.1056. Deze concessie voor het leveren, plaatsen en exploiteren van oplaadinfrastructuur voor elektrische voertuigen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft als doel dat de concessiehouder publiek toegankelijke oplaadinfrastructuur voor elektrische wagens installeert en exploiteert, waarbij zowel zogenaamde oplaaddiensten als rotatiediensten worden geleverd. Op 3 november 2017 volgt de publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie.

4.2. Bij de aankondiging hoort een concessiedocument dat bestaat uit twee onderdelen:
- het procedurereglement “Indiening van de offertes”;
- de technische, functionele en contractuele specificaties.

4.3. De te sluiten overeenkomst betreft een concessie voor diensten.

4.4. De gekozen procedure wordt bepaald door artikel 3 van het procedurereglement:

"Het procedurereglement bepaalt de procedure voor indiening van de offertes, de analyse ervan, de onderhandeling, de Toekenning en de Sluiting van de Concessie.
Op basis van de in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerde Concessieaankondiging dienen de geïnteresseerde operatoren rechtstreeks een offerte in die alle documenten omvat die betrekking hebben op

- de uitsluitingsgronden voorzien door de Concessiereglementering en die zijn opgenomen onder artikel 11 van onderhavig Proceduredocument
- de selectiecriteria voorzien door de concessieaankondiging die zijn opgenomen onder artikel 12 van onderhavig Procedurereglement
- de gunningscriteria opgesomd en beschreven in artikel 13 van onderhavig Procedurereglement

Een onderhandeling met de Inschrijvers is voorzien conform artikel 13. In ieder geval zijn alleen de volgende offertes toegelaten tot de onderhandelingen

- offertes van niet-uitgesloten inschrijvers die beantwoorden aan de selectievoorwaarden
- offertes die regelmatig of geregulariseerd zijn, m.a.w. die
  - o geldig ondertekend zijn
  - o de DVB's omvatten
  - o voldoen aan alle minimumeisen (zie technische Specificaties)
  - o voldoen aan de eis van een unieke offerte (artikel 10.D)
  - o die voldoen aan de toepasselijke verplichtingen van het milieurecht, sociaal recht of arbeidsrecht waarvan de niet-naleving met strafrechtelijk wordt vervolgd (zie artikel 27 van de wet van 17 juni 2016)

Het voorwerp van de Concessie, de minimumeisen en de gunningscriteria zoals gedefinieerd in de Concessiedocumenten kunnen niet worden gewijzigd tijdens de onderhandelingen.
De Concessie wordt toegewezen aan de economisch meest voordelige regelmatige (finale) offerte op basis van de criteria vastgelegd in artikel 13.
De verschillende stappen van de plaatsings- en sluitingsprocedure van de Concessie worden in detail beschreven in artikel 13.
Binnen de beperkingen die de Concessiereglementering toelaat en met respect voor het transparantieprincipe behoudt de Aanbestedende Overheid zich het recht voor de bepalingen van artikel 13 te wijzigen/aan te passen/toe te lichten".

4.5. Artikel 12 van het procedurereglement beschrijft de kwalitatieve selectievereisten:

"De Aanbestedende Overheid beoordeelt de technische bekwaamheid van de Inschrijver om de Concessie uit te voeren op basis van een lijst van relevante projecten die zijn ervaring en knowhow met het oog op de uitvoering van de

Concessie aantonen.
De volgende projecten worden beschouwd als relevant

- Projecten in uitvoering of die zijn uitgevoerd naar tevredenheid van de klant
- Gericht op
    - o De installatie en de inbedrijfstelling van een netwerk van minimum 50 publiek toegankelijke oplaadinfrastructuren, geschikt voor buitengebruik
    - o De exploitatie gedurende een periode van minimum 3 jaar van minimum 50 publiek toegankelijke oplaadinfrastructuren, bruikbaar door meerdere MSP's, met aanrekening van de kosten aan de eindgebruikers (via MSP en rechtstreeks), ondersteund door webcommunicatie,
    - o Het (preventief) onderhoud, de schoonmaak en de reparatie (met een helpdesk die de klok rond bereikbaar is) van een netwerk van minimum 50 publiek toegankelijke oplaadinfrastructuren geschikt voor het buitengebruik gedurende een periode van minimum 3 jaar.

Om te worden geselecteerd moet de Inschrijver minimaal één relevant project per categorie (installatie, exploitatie en onderhoud/reparatie) hebben. Een project per categorie of een project voor de 3 categorieën mag voorgesteld worden".

4.6. De opening van de offertes vindt plaats op 9 januari 2018.

Drie inschrijvers hebben een offerte ingediend:

1) de BVBA Allego (hierna: Allego);

2) de NV Blue Corner (hierna: de verzoekende partij);

3) de BV PitPoint.EV (hierna: PitPoint).

4.7. De verwerende partij analyseert de initiële offertes. Zij stelt vast dat de verzoekende partij niet voldeed aan de selectievoorwaarden. Het bevoegde orgaan heeft op dat ogenblik geen gemotiveerde beslissing tot niet-selectie genomen.

4.8. Per e-mailbericht van 13 maart 2018 worden Allego en PitPoint uitgenodigd tot presentatie van hun offerte op 28 maart 2018.

4.9. Per e-mailbericht en aangetekend schrijven van 6 april 2018 worden Allego en PitPoint uitgenodigd om tegen uiterlijk 25 april 2018 een BAFO in te dienen.

4.10. De verzoekende partij richt per e-mailbericht van 9 mei 2018 een vraag om informatie aan de verwerende partij:

> "Geachte,
>
> Blue Corner heeft deelgenomen aan de aanbesteding voor de installatie en exploitatie van publieke laadpalen voor elektrische wagens, REF. BMB/DS-SB/2017.1056.
>
> Tot hiertoe hebben we nog geen enkele informatie, noch uitnodiging voor toelichting bij onze offerte gekregen.
> Gezien de huidige timing, vandaag zijn we 9 mei, hadden we hierover reeds een bericht verwacht.
>
> Wij zijn ervan overtuigd dat we aan alle criteria die gesteld werden, ruimschoots voldoen.
> We zijn er eveneens van overtuigd dat we een prima product en kwaliteitsvolle dienstverlening bieden, dit al vele jaren lang.
>
> Blue Corner is in België de pionier op vlak van publieke laadinfrastructuur en tot op heden marktleider met laadsystemen in Vlaanderen, Brussel en Wallonië.
> Wij hadden als eerste, in 2012, een netwerk van meer dan 100 laadpunten. Dit hebben we gerealiseerd, samen met EANDIS in 50 Vlaamse steden.
>
> In onze offerte hebben we ook enkele van de grotere projecten vermeld: Interparking, ZEN-Car, Stad Antwerpen.
> Op het Blue Corner netwerk dat al bestaat sinds 2012, zijn vorig jaar 2017 meer dan 100.000 laadsessies geweest met een verbruik van meer dan 500.000 kWh.
> Via deze laad-sessies werd de elektrische wagen van klanten van alle providers van België en Nederland opgeladen.
> Onze laadpalen zijn voor iedereen toegankelijk. Wij zijn volledig interoperabel met iedereen.
>
> De laadsessies worden real-time via ons centraal platform geregistreerd en de kost wordt aan de eindklanten maandelijks afgerekend.
>
> Onze laadsystemen beantwoorden aan alle Europese technische standaarden en worden in binnen- en buitenland hoog gewaardeerd.
>
> Wij kunnen onmogelijk begrijpen dat we niet uitgenodigd werden voor een gesprek.
> Hierdoor hebben we ons voorstel niet kunnen toelichten.
>
> Kan u ons over onze kandidatuur binnen deze aanbesteding zo snel mogelijk informeren.
> Dank voor uw antwoord".

4.11. Bij gemotiveerde gunningsbeslissing van 13 juli 2018 wordt de concessie nr. BMB/DS-DB/2017.1056 toegewezen aan PitPoint.

Onder een titel “3. KWALITATIEVE SELECTIE” wordt overwogen:

“[…]

Overwegende dat Allego het DVB - deel B - heeft ingevuld en ondertekend en dat de in haar offerte beschreven referentieprojecten aan de voornoemde eisen voldoen;

Overwegende dat PitPoint het DVB - deel B - heeft ingevuld en ondertekend en dat de in haar offerte beschreven referentieprojecten aan de voornoemde eisen voldoen;

Overwegende dat Blue Corner het DVB - deel B - heeft ingevuld en ondertekend maar dat de in haar offerte beschreven referentieprojecten niet aan de voornoemde eisen voldoen om de volgende redenen:

Referentie 1

De eerste referentie van Blue Corner verwijst immers naar een aantal steden en gemeenten (met weinig indicaties) waaronder het grootste project de stad Antwerpen betreft. Dat grootste project betreft een netwerk van 30 locaties ‘in loop van uitvoering’, terwijl het Procedureregelement een netwerk van minimaal 50 geïnstalleerde en in inbedrijf geste[l]de oplaadinfrastructuren vereist.

Deze referentie beantwoordt bijgevolg aan geen van de drie in het Procedureregelement beschreven categorieën.

Referentie 2

De oplaadinfrastructuren zijn in een parkeergebouw geïnstalleerd, terwijl het Procedureregelement vereist dat de infrastructuren voor een buitengebruik geschikt zijn. Deze -summiere- referentie toont niet aan dat de aangehaalde oplaadinfrastructuren voor buitengebruik geschikt zijn.

Deze referentie beantwoordt bijgevolg niet aan de voorwaarden die hierboven in de eerste en de derde categorie die in het Procedureregelement beschreven worden.

Referentie 3

Dit project betreft een netwerk van 33 oplaadinfrastructuren terwijl het Procedureregelement een netwerk van minimaal 50 infrastructuren vereist.

Deze referentie beantwoordt bijgevolg aan geen van de drie in het Procedureregelement beschreven categorieën.

Referentie 4

De oplaadinfrastructuren zijn in een parkeergebouw geïnstalleerd. Deze referentie toont niet aan dat de aangehaalde oplaadinfrastructuren voor buitengebruik geschikt zijn. Bovendien is de oplaaddienst pas sinds 2017 beschikbaar, waardoor niet voldaan is aan de vereiste dat de exploitatie minstens gedurende een periode van 3 jaar dient plaats te vinden.

Deze referentie beantwoordt bijgevolg aan geen van de drie in het

Procedurereglement beschreven categorieën.

Referentie 5

Deze referentie betreft een netwerk van 43 oplaadinfrastructuren terwijl het Procedurereglement een netwerk van minimaal 50 infrastructuren vereist.
Deze referentie beantwoordt bijgevolg aan geen van de drie in het Procedurereglement beschreven categorieën.

Blue Corner beschikt dus niet over minimaal één relevant project per categorie (installatie, exploitatie en onderhoud/reparatie).

Overwegende dat uit de hierboven analyse moet worden geconcludeerd dat

- Allego en PitPoint worden geselecteerd
- Blue Corner wordt niet geselecteerd".

4.12. Op 17 juli 2018 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van haar niet-selectie en van de redenen daarvan.

4.13. Op 7 augustus 2018 richten de raadslieden van de verzoekende partij volgend schrijven aan de aanbestedende overheid:

"Geachte Directrice,

Geachte dames en heren

Betreft: BMB/DS-DB/2017.1056 - vraag naar informatie i.h.k.v. de plaatsingsprocedure voor de concessie voor diensten met als voorwerp het leveren, plaatsen en exploiteren van oplaadinfrastructuur voor elektrische voertuigen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest

Tot onze verbazing leiden wij af uit diverse persberichten dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest vermoedelijk op 2 augustus 2018 is overgegaan tot het gunnen aan Pitpoint BV van de in rubriek vermelde concessie voor diensten, niettegenstaande dat wij namens onze cliënte, Blue Corner NV, reeds op 1 augustus een schorsingsberoep bij uiterst dringende noodzakelijkheid hebben ingesteld bij de Raad van State tegen de voorbeslissing betreffende de niet-selectie van Blue Corner NV (bijlagen 1 en 2).

Gelieve dit al dan niet te bevestigen en, indien dergelijke eindbeslissing werd genomen, hiervan uiterlijk tegen het einde van deze week een kopie aan ons mede te delen. Bij gebreke hiervan, zien wij ons genoodzaakt om binnen de standstill-periode van 15 dagen zo nodig een nieuw beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen tegen deze gunningsbeslissing. Dit is de enige wijze waarop onze cliënte al haar rechten kan vrijwaren en blijvend aanspraak kan maken op de toewijzing van deze concessie.

Wij gaan er vanuit dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest niet reeds is overgegaan tot het afsluiten van de bewuste concessieovereenkomst, hetgeen een bijkomende miskenning van art. 11 van de wet van 17 juni 2013 zou inhouden. Indien dit echter wel het geval zou zijn, gelieve dit dan, eveneens tegen het einde van deze week, te bevestigen en een kopie mede te delen.

Bij deze vraag naar informatie wensen wij uw dienst te wijzen op alle

toepasselijke bepalingen uit de wet van 17 juni 2013, alsook de toepasselijke beginselen van transparantie en behoorlijk bestuur. Gelet op de termijnen die in subsidiaire orde eventueel zouden ingaan ten opzichte van onze cliënte als rechtstreeks belanghebbende, geldt dit verzoek zo nodig als een beroep tot openbaarheid van bestuursinformatie overeenkomstig de Ordonnantie van 30 maart 1995.

Met de meeste hoogachting".

V. Samenhang

5. In het belang van een goede rechtsbedeling is het passend dat de beide vorderingen, die betrekking hebben op de gunning van dezelfde concessie en waarbij identieke middelen worden geformuleerd, worden gevoegd.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 van 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, moet, om gebeurlijk tot schorsing van de tenuitvoerlegging over te gaan, enkel worden onderzocht of in de voorliggende vorderingen tot schorsing die zijn ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Een eerste middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 7, § 1, 4/1 en 7/1 van 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

(hierna: rechtsbeschermingswet), in samenhang gelezen met het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, het zorgvuldigheidsbeginsel en de algemene beginselen van non-discriminatie en transparantie vervat in artikel 24, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten (hierna: concessieovereenkomstenwet 2016) op grond van “het niet onmiddellijk formeel motiveren en kennisgeven van de beslissing tot niet-selectie hoewel deze beslissing de facto reeds was genomen en het gedurende 6 maanden verzoekster volledig in het ongewisse laten betreffende de selectie, niettegenstaande een schriftelijke vraag tot informatie”.

De verzoekende partij licht toe dat de aanbestedende overheid in artikel 3 van het procedurereglement zou hebben vastgelegd dat de plaatsingsprocedure gesloten zou zijn en dus zou bestaan uit twee afzonderlijke fasen: een eerste fase voor de indiening van initiële offertes en daaropvolgende selectiebeslissing en een tweede fase waarin met de geselecteerde inschrijvers wordt onderhandeld. Dat in casu geen sprake is van een gesloten procedure met een eerste fase bestaande uit een aanvraag tot deelneming maar een eerste fase waar meteen een initiële offerte wordt ingediend, zou niet ter zake doen. Gelet op de ratio legis van artikel 7, § 1, van de rechtsbeschermingswet is iedere vorm van tweestapsprocedure met een voorafgaande selectiebeslissing geviseerd.

De verzoekende partij bedenkt enkele beweegredenen voor de aanbestedende overheid om het formeel motiveren van een feitelijk genomen selectiebeslissing en de onmiddellijke kennisgeving ervan uit te stellen: “mogelijk deed [zij] dit om eerst te bepalen of, indien zij de Concessie aan een geprefereerde inschrijver wenste te gunnen, het hiervoor noodzakelijk was om de offerte van verzoekster op basis van ongegronde motieven reeds te weren in de selectiefase of dat er een meer geschikte mogelijkheid voorhanden was om o.b.v. de gunningscriteria de Concessie toe te wijzen”.

De verzoekende partij acht zich aldus gediscrimineerd ten opzichte van de inschrijvers die in tussentijd “al dan niet virtueel, wel werden

‘geselecteerd’” en waarvan de offerte reeds werd beoordeeld in het licht van de gunningscriteria en/of waarmee reeds werd onderhandeld.

In het niet beantwoorden van haar vraag om inlichtingen van 9 mei 2018 ziet de verzoekende partij tot slot een schending van artikel 7/1 van de rechtsbeschermingswet dat in het licht van het zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel per analogie toepasselijk zou moeten worden geacht.

Beoordeling

8. De verzoekende partij klaagt op het eerste gezicht in essentie het tijdstip aan waarop de beslissing om haar niet te selecteren, is geformaliseerd en zij kennis heeft gekregen van de motieven daartoe. Deze grieven raken op het eerste gezicht als dusdanig niet aan de eigenlijke wettigheid van de bestreden beslissing. Evenmin valt spontaan in te zien op welke wijze een gebeurlijk rechtsherstel op deze gronden, de verzoekende partij zou kunnen baten. De verzoekende partij blijkt niet te zijn beknot in haar beroepsmogelijkheden. Zij voert immers inhoudelijke grieven aan in het tweede, derde en vierde middel. De verzoekende partij stelt niet dat zij haar vordering een andere invulling zou hebben gegeven indien de beslissing om haar niet te selecteren, eerder zou zijn geformaliseerd en ter kennis gebracht. Het middel is bijgevolg niet ontvankelijk.

B. Tweede, derde en vierde middel

Uiteenzetting van de middelen

9. Een tweede middel is genomen uit de schending van de artikelen 4/1, eerste lid, 2°, en 5/1, 4°, van de rechtsbeschermingswet en de formelemotiveringsplicht (zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: motiveringswet)) in samenhang gelezen met artikel 48, § 1, eerste lid, 3°, van de concessieovereenkomstenwet 2016, artikel 37, § 2, van het koninklijk

besluit van 25 juni 2017 betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van concessieovereenkomsten (hierna: KB concessieovereenkomsten 2017), het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, het zorgvuldigheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel vervat in artikel 24 van de concessieovereenkomstenwet 2016, op grond van “het niet in aanmerking nemen van de eerste referentie op grond van het onjuiste motief dat er geen sprake zou zijn van minimum 50 oplaadinfrastructuren, terwijl art. 12 Procedurereglement bepaalt dat zowel projecten in uitvoering als uitgevoerde projecten in aanmerking komen”.

De verzoekende partij meent belang te hebben bij dit middel om reden dat indien “na een eventuele schorsing de beslissing tot niet-selectie zou worden nietig verklaard op grond van dit middel en de Aanbestedende Overheid een nieuwe beslissing zou moeten nemen, dan […] referentie 1 van verzoekster minstens voor de categorie ‘installatie’ van art. 12 Procedurereglement [zou] kunnen worden aanvaard”.

Ten gronde betoogt de verzoekende partij onder dit middel in essentie dat ook projecten in uitvoering krachtens artikel 12 van het procedurereglement in aanmerking komen voor de categorie “installatie”. Het is volgens de verzoekende partij niet zo dat artikel 12 van het procedurereglement enkel en alleen referenties toelaat die verwijzen naar een reeds uitgevoerd project waar minimaal 50 oplaadinfrastructuren zijn geïnstalleerd en in bedrijf gesteld. De 25 locaties “in de planning” in de stad Antwerpen en waarnaar verwezen in de offerte van de verzoekende partij, zouden derhalve ten onrechte niet mede in rekening zijn gebracht om het vereiste totaal van minimum 50 locaties te toetsen. Er anders over oordelen zou (1°) in strijd zijn met de ratio legis van artikel 12 van het procedurereglement rekening houdend met “het gegeven dat in de jonge markt van elektrische laadpalen het onrealistisch is om exclusief definitief opgeleverde projecten te eisen”, zou (2°) niet bijdragen “ten opzichte van het voorwerp van de Concessie maar […] wel duidelijk een mededinging[s]beperkend effect [hebben]” en zou (3°) minder logisch en duidelijk zijn voor inschrijvers.

10. Een derde middel is genomen uit de schending van de artikelen 4/1, eerste lid, 2°, en 5/1, 4°, van de rechtsbeschermingswet en de formelemotiveringsplicht (zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet) in samenhang gelezen met het beginsel van de vrije mededinging, de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid vervat in artikel 24, eerste lid, van concessieovereenkomstenwet 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel en artikel 48, § 3, van de concessieovereenkomstenwet 2016, op grond van "het op ongegronde wijze stellen dat de Aanbestedende Overheid onzeker was of de in de tweede en vierde referenties aangehaalde oplaadinfrastructuren geschikt zijn voor buitengebruik, in weerwil van alle informatie die kan worden afgeleid uit de offerte, de subjectieve kennis waarover de Aanbestedende Overheid beschikt en de wettelijk voorziene mogelijkheid om in geval van twijfel informatie op te vragen ter verificatie van de verklaarde overeenstemming met de selectiecriteria".

De verzoekende partij stelt belang te hebben bij dit middel omdat "zowel referentie 2 als referentie 4 ieder op zich genomen reeds [volstaan] om in één keer te voldoen aan alle kwalitatieve selectievereisten gesteld in art. 12 Procedurereglement. […] Zonder deze onwettige motivatie bevat de beslissing tot niet-selectie geen motieven meer die de beslissing tot niet-selectie kunnen verantwoorden".

Naar de grond voert de verzoekende partij, samengevat, aan dat nergens in haar offerte wordt verwezen naar oplaadinfrastructuren die ongeschikt zouden zijn om buiten te worden geplaatst. In de informatie specifiek vermeld met betrekking tot de referenties 2 en 4 op pagina 9 van haar offerte, zou de verzoekende partij "eenvoudigweg" niet nog eens expliciet hebben bevestigd dat de oplaadinfrastructuren geschikt zijn voor buitengebruik. De reden daarvoor is dat de oplaadinfrastructuren die de verzoekende partij aanbiedt, op zich steeds geschikt zijn voor buitengebruik.

Indien de overheid toch nog twijfels zou hebben gehad, dan was zij krachtens het zorgvuldigheidsbeginsel verplicht om te onderzoeken of zij

hierover uitsluitsel kon vinden. Ten eerste zou de overheid hebben vastgesteld dat alle andere referenties buiten referenties 2 en 4, duidelijk betrekking hebben op oplaadinfrastructuren die minstens gedeeltelijk buiten zijn geplaatst. Bij al deze referenties verwijst de offerte op eenzelfde wijze naar “laadinfrastructuur” en “laadsystemen” als bij referenties 2 en 4. Ten tweede vindt de aanbestedende overheid verder in haar offerte technische informatie betreffende de oplaadsystemen aangeboden door de verzoekende partij (de laadpalen en wallboxen). Ten derde zou het volstaan om te surfen naar de website van de verzoekende partij om vast te stellen dat de door haar aangeboden oplaadinfrastructuur alleen bestaat uit haar gekende laadpalen en wallboxen en dat opnieuw wordt bevestigd dat beide geschikt zijn voor buitengebruik. Tot slot kon de aanbestedende overheid hierover een vraag stellen aan de verzoekende partij, die dan aan de hand van de relevante documenten had kunnen bevestigen dat haar oplaadinfrastructuren, opgeleverd bij referenties 2 en 4, ook geschikt zijn voor buitengebruik.

De verzoekende partij vervolgt dat moet worden beseft dat de aanbestedende overheid niet kan stellen niet vertrouwd te zijn met haar oplaadsystemen, nu zij in het recente verleden hebben samengewerkt, zoals aangegeven in referentie 3. De verzoekende partij beklemtoont dat zij in het algemeen bij openbare besturen in België goed gekend is als pionier en marktleidster in elektrische oplaadinfrastructuur.

De voorgaanden in acht genomen, acht de verzoekende partij het des te meer opmerkelijk dat de verwerende partij er maar liefst 6 maanden over heeft gedaan om haar een beslissing van niet-selectie mee te delen, maar anderzijds pertinent heeft geweigerd om gebruik te maken van de wettelijk geboden mogelijkheid om inlichtingen te vragen bij de verzoekende partij.

De verzoekende partij besluit dat de formele motivering voor het niet in aanmerking nemen van referenties 2 en 4, noch in feite noch in rechte voldoende draagkrachtig is om de drastische beslissing tot niet-selectie te

verantwoorden. Het gevolg is dat de concessie kon worden verleend zonder een echte concurrentiële toetsing. Dit alles voedt volgens de verzoekende partij de indruk dat de overheid zich heeft laten leiden door een welbepaalde voorkeur en op discriminatoire wijze de plaatsingsprocedure heeft gestuurd.

11. Een vierde middel is genomen uit de schending van de artikelen 4/1, eerste lid, 2°, en 5/1, 4°, van de rechtsbeschermingswet en de formelemotiveringsplicht (zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet) in samenhang gelezen met artikel 48, § 1, eerste lid, 3°, van de concessieovereenkomstenwet 2016, artikel 37, § 2, van het KB concessieovereenkomsten 2017, het beginsel "patere legem quam ipse fecisti", het zorgvuldigheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel vervat in artikel 24 van de concessieovereenkomstenwet 2016, op grond van "het niet in aanmerking nemen van de vierde referentie op grond van het onjuiste motief dat de installatie van de oplaadinfrastructuren pas in 2017 plaatsvond, terwijl art. 12 Procedurereglement bepaalt dat zowel projecten in uitvoering als uitgevoerde projecten in aanmerking komen".

De verzoekende partij stelt belang te hebben bij dit middel "indien het als gegrond wordt beoordeeld net zoals het derde middel, [want dan] blijft er geen enkel in de beslissing tot niet-selectie opgeworpen motief overeind om niet referentie 4 in aanmerking te nemen en beantwoordt referentie 4 op zich reeds aan alle in art. 12 Procedurereglement gestelde vereisten".

Ten gronde merkt de verzoekende partij op dat het motief dat de oplaaddienst pas sinds 2017 is geïnstalleerd, niet maakt dat referentie 4 niet in aanmerking kan komen voor de categorie "exploitatie" van de kwalitatieve selectie. Wat wordt vereist is een lopend of reeds voltooid exploitatie-project dat betrekking heeft of had op een periode van exploitatie van minimum 3 jaar. Geenszins zou artikel 12 van het procedurereglement een reeds sedert minimum 3 jaar afgesloten exploitatieproject vereisen.

Beoordeling

12. Artikel 4/1, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet luidt als volgt:

"In het kader van de plaatsing van een concessie stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op:

[…]

2° wanneer ze beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat;

[…]".

Artikel 5/1, 4°, van dezelfde wet luidt als volgt:

"De in artikel 4/1 bedoelde gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de plaatsingsprocedure en het soort beslissing:

[…]

4° de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven die hun selectie of niet-selectie rechtvaardigen;

[…]".

Artikel 48 van de concessieovereenkomstenwet 2016 luidt als volgt:

"§ 1. De aanbesteders bepalen de selectievoorwaarden van de kandidaten of inschrijvers in de concessieaankondiging. Die voorwaarden:

1° hebben betrekking op de beroepsbekwaamheid of de technische bekwaamheid en/of de economische of financiële draagkracht van de kandidaten of inschrijvers;

2° zijn niet-discriminerend en staan in verhouding tot het voorwerp van de concessie;

3° houden verband met en staan in verhouding tot de noodzaak ervoor te zorgen dat de concessiehouder de concessie kan uitvoeren, rekening houdend met het voorwerp van de concessie en de doelstelling om voor een daadwerkelijke mededinging te zorgen.

Binnen de voormelde grenzen kunnen de aanbesteders milieugerelateerde of sociale selectievoorwaarden opnemen.

§ 2. De aanbesteders vermelden in de concessieaankondiging welke bewijsstukken de kandidaten of inschrijvers moeten verstrekken om aan te

tonen dat zij aan de selectievoorwaarden voldoen.

Zij leggen het gebruik van een document van voorlopig bewijs op en zorgen ervoor, op onpartijdige en transparante wijze, met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling :

1° dat de geselecteerde kandidaten voldoen aan de selectievoorwaarden en, in voorkomend geval, aan de regels en criteria voor de beperking van het aantal geselecteerde kandidaten; en

2° dat de concessie niet wordt gegund aan een inschrijver die niet voldoet aan de selectievoorwaarden.

§ 3. Met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling kunnen aanbesteders de inlichtingen en documenten die kandidaten of inschrijvers hen in de aanvraag tot deelneming of de offerte verstrekken, laten aanvullen, verduidelijken of verbeteren, om aan te tonen dat ze aan de selectievoorwaarden voldoen.

§ 4. De Koning kan de nadere regels voor het vaststellen van de selectievoorwaarden nader omschrijven, alsook deze inzake het bewijs dat voldaan is aan de selectievoorwaarden".

Artikel 37 van het KB concessieovereenkomsten 2017 luidt als volgt:

"§ 1. Onverminderd artikel 43, § § 2 en 3, van de wet, geeft de aanbesteder in de concessieaankondiging of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de concessiedocumenten de selectievoorwaarden aan alsook de rechtvaardigende stukken die de kandidaten of inschrijvers moeten leveren om te bewijzen dat ze aan de selectievoorwaarden voldoen.

In voorkomend geval bepaalt de concessieaankondiging, in geval van een procedure in meerdere fases, de niet-discriminerende criteria voor de beperking van het aantal kandidaten die geselecteerd zullen worden en de rechtvaardigende stukken die ze moeten voorleggen om te bewijzen dat ze aan de voormelde criteria voldoen.

§ 2. Elke voorwaarde of criterium bedoeld in de eerste paragraaf moet geformuleerd worden op een voldoende duidelijke wijze ten einde toe te laten over te gaan tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers.

[…]".

De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij ook afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, 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.

13. Het onder randnummer 4.5 reeds aangehaalde artikel 12 van het procedurereglement bepaalt de kwalitatieve selectievereisten.

14. De bestreden beslissingen geven de redenen aan van de niet-selectie van de verzoekende partij.

15. De motieven met betrekking tot de referenties 3 en 5 worden niet bekritiseerd. Voorts betreft het tweede middel slechts één categorie van de kwalitatieve selectie, namelijk de installatie, en viseert het vierde middel een bijkomend motief ten opzichte van het motief bestreden onder het derde middel. Enkel het derde middel houdt dus verband met referenties die alle categorieën - installatie, exploitatie en onderhoud - beslaan. Het past dan ook eerst het derde middel te beoordelen en daarna de gepaste conclusies te trekken naar het belang van de verzoekende partij bij het tweede en vierde middel.

16. De referenties 2 en 4 - voorwerp van het derde middel - hebben betrekking op oplaadinfrastructuren in parkings of gebouwen.

De inschrijver moet zelf zijn kwalitatieve geschiktheid om de concessie uit te voeren op een positieve wijze aantonen. Door te stellen dat nergens uit haar offerte zou blijken dat de door haar aangeboden oplaadpalen niet voor buitengebruik geschikt zouden zijn, lijkt de verzoekende partij ten onrechte het selectieonderzoek een omgekeerde invulling te geven. De verwerende partij kan dan ook worden bijgetreden in haar bedenking dat de aanbestedende overheid de technische bekwaamheid van een inschrijver niet kan afleiden uit het feit dat een offerte geen elementen zou bevatten die het tegendeel aantonen van de technische bekwaamheid.

Voorts komt het in de eerste plaats toe aan de concessieverlenende overheid om de voorgelegde referenties te beoordelen op hun

overeenstemming met het gevraagde in artikel 12 van het procedurereglement. Die concessieverlenende overheid lijkt terzake te beschikken over een zekere beoordelingsvrijheid. Wel en uiteraard dient de concessieverlenende overheid bij die beoordeling de regels die ze zelf heeft vastgelegd in de concessiedocumenten te respecteren, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van de gelijke behandeling.

Te dezen wordt in de bestreden beslissing overwogen dat de opgegeven referenties 2 en 4 niet aantonen dat de aangehaalde oplaadinfrastructuren geschikt zijn voor buitengebruik.

De verzoekende partij betwist niet en uit het dossier blijkt niet dat zij bij de bedoelde referenties zou hebben vermeld, laat staan aangetoond, dat de in het kader van die contracten geïnstalleerde en in bedrijf gestelde oplaadinfrastructuur voor buitengebruik geschikt is.

De omstandigheid dat zulks wel zou zijn aangetoond voor de oplaadinfrastructuren die onder de referenties 1, 3 en 5 zijn opgegeven, impliceert niet als dusdanig dat ook de oplaadinfrastructuren opgegeven onder de referenties 2 en 4 geschikt zijn voor buitengebruik.

Hetzelfde lijkt op te gaan voor de verwijzing door de verzoekende partij naar technische fiches gevoegd bij de offerte zelf en haar website. Ook deze lijken niet zonder meer te kunnen worden betrokken op de oplaadinfrastructuren opgegeven onder de referenties 2 en 4.

De verwerende partij was voorts niet de aanbestedende overheid in de contracten opgegeven onder de referenties 2 en 4. Zij is in die hoedanigheid enkel opgetreden voor het contract bedoeld onder de referentie 3. De geschiktheid voor buitengebruik van de onder de referentie 3 aangehaalde oplaadinfrastructuren heeft niet ter discussie gestaan. De door de verzoekende partij ingeroepen vertrouwdheid van de verwerende partij met haar oplaadsystemen, lijkt dan ook

niet zonder meer te mogen worden toegepast op andere dan onder referentie 3 opgegeven projecten.

In het licht van de voorgaanden, lijkt de door de verzoekende partij voorgehouden zuiver hypothetische en geveinsde onzekerheid over een detail in hoofde van de concessieverlenende overheid, om, van daaruit, de op die overheid rustende zorgvuldigheidsplicht als het ware te vereenzelvigen met een verplichting om op grond van artikel 48, § 3, van de concessieovereenkomstenwet 2016, de verzoekende partij toe te laten een en ander te verduidelijken, niet op het eerste gezicht aannemelijk.

De argumenten van de verzoekende partij om de deugdelijkheid van het motief te betwisten, kunnen derhalve op het eerste gezicht niet overtuigen. De beslissing om mede op grond van dit motief de verzoekende partij niet te selecteren, is misschien streng maar daarom niet ook onredelijk. De omstandigheid dat aan de verzoekende partij aldus de kans is ontnomen nog mee te dingen voor de concessie, doet op het eerste gezicht evenmin anders besluiten. De bedenkingen die de verzoekende partij tot slot maakt over eventuele achterliggende beweegredenen van de concessieverlenende overheid, zijn niet bewezen.

Het derde middel is niet ernstig.

17. Wat betreft het vierde middel, koppelt de verzoekende partij haar belang erbij zelf aan het ernstig bevinden van het derde middel. Uit de verwerping van dat derde middel volgt inderdaad dat de niet-aanvaarding van de referenties 2 en 4 wettig wordt gedragen door het motief dat niet is aangetoond dat de aangehaalde laadinfrastructuren geschikt zijn voor buitengebruik. Een gelijke exceptie van de verwerende partij is dan ook gegrond.

Het tweede middel betrekt de verzoekende partij zelf enkel op de categorie “installatie”. Om te worden geselecteerd moet de inschrijver overeenkomstig artikel 12 van het procedurereglement echter “minimaal één

relevant project per categorie (installatie, exploitatie en onderhoud/reparatie) hebben", waarbij hij kan opteren voor een project per categorie of een project voor de 3 categorieën. Derhalve en zelfs indien het eerste middel ernstig zou moeten worden bevonden, dan blijft nog altijd de eindbeslissing van de verwerende partij overeind dat "Blue Corner [dus niet] beschikt […] over minimaal één relevant project per categorie (installatie, exploitatie en onderhoud/reparatie)". Een gelijke exceptie van de verwerende partij is dan ook gegrond.

Het tweede en vierde middel zijn niet ontvankelijk.

VIII. Besluit

18. De vaststelling dat de middelen niet ernstig zijn volstaat om de vordering tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen zonder dat het nodig is de opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie te onderzoeken.

BESLISSING

1. De zaken A. 225.821/XII-8.593 en A. 225.947/XII-8.601 worden gevoegd.

2. De Raad van State verwerpt de vorderingen.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 40 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 1.400 euro verschuldigd aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig augustus tweeduizend achttien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Elisabeth Impens	**Eric Brewaeys**