

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 262.031 van 20 januari 2025
in de zaak A. 237.303/XIV-39.491**

In zake : de NV S.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Chris Tijsebaert
 kantoor houdend te 8200 Brugge
 Vaartdijkstraat 19, B1
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de GEMEENTE SCHAARBEEK
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Charles-Henri de La Vallée Poussin
 en Mathilde Vilain XIII
 kantoor houdend te 1060 Brussel
 Charleroisesteenweg 112
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 september 2022, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het College van Burgermeester en Schepenen van de Gemeente Schaarbeek dd. 19.07.2022, welke [aan de verzoekende partij] ter kennis werd gebracht middels aangetekend schrijven dd. 25.07.2022.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Adjunct-auditeur Anke Meskens heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Alexander Lacante, die *loco* advocaat Chris Tijsebaert verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Mathilde Vilain XIII, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Anke Meskens 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 schrijft een overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp ‘Levering van boeken en gezelschapsspellen aan de Nederlandstalige gemeentelijke openbare bibliotheek’.

De opdracht wordt geplaatst bij wijze van onderhandelings-procedure met voorafgaande bekendmaking en wordt geraamd op 74.200 euro (inclusief btw).

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. Luidens punt B.1.4 ‘Opdracht opgedeeld in percelen’ van het bestek dat op de opdracht van toepassing is, bestaat de opdracht uit volgende percelen:

“Perceel 1 ‘Non-fictie volwassenen (excl reisboeken)’

Perceel 2 ‘Romans volwassenen (incl anderstalige romans behalve Bulgaarse collectie)’

Perceel 3 ‘Strips (incl manga, graphic novels)’

Perceel 4 ‘Jeugdboeken inclusief baby, peuter, kleuter & tieners- fictie & non-fictie’

Perceel 5 ‘Anderstalige collectie Bulgaarse boeken (incl baby, peuter, kleuter, jeugd en jongeren + volwassenen fictie & non-fictie)’

Perceel 6 ‘Reisboeken (inclusief wandel-, fietsboeken en kaarten)’

Perceel 7 ‘Gezelschapsspellen’”

Voorts wordt gesteld dat een inschrijver een offerte mag indienen voor één of meerdere percelen, doch betreffende de percelen 1 tot 6 een inschrijver voor maximum drie percelen een offerte kan indienen.

Luidens punt B.6. ‘Prijsvaststelling’ van het bestek wordt de opdracht beschouwd als een opdracht tegen prijslijst, zijnde “een opdracht waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, vermoedelijk zijn of worden uitgedrukt binnen een vork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden. De opdracht wordt gegund op basis van de eenheidsprijzen opgegeven in de offerte.”

In punt B.7 ‘Selectie’ wordt aangaande de ‘Kwalitatieve selectie’ gesteld dat de inschrijvers worden beoordeeld op basis van een aantal selectiecriteria inzake de technische en beroepsbekwaamheid.

In punt B.13 ‘Gunningscriteria’ worden een aantal gunningscriteria opgelijst “in dalende volgorde van belangrijkheid”. De opdracht zal worden gegund aan de inschrijver die volgens de evaluatie van al deze criteria de economisch voordeligste offerte heeft ingediend.

In punt D. ‘Technische bepalingen’ wordt gesteld dat de inschrijver voor de percelen 1, 2 en 4 moet aangesloten zijn bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels.

3.3. Blijkens het proces-verbaal van opening van de offertes van 30 juni 2022 dienen zeven ondernemingen een offerte in voor een of verscheidene percelen.

De verzoekende partij dient een offerte in voor de percelen 1, 2, 4 en 7. Voorts dient ook de bv B.S. een offerte in voor de percelen 1, 2 en 4, en de bv D.S. een offerte voor perceel 7.

3.4. Op 6 juli 2022 vraagt de verwerende partij om toelichting aan de verzoekende partij over de door haar ingediende offerte, onder meer over “de technische bepaling [...] dat de inschrijver voor de percelen 1, 2 en 4 moet aangesloten zijn bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels”.

De verzoekende partij antwoordt hierop als volgt:

“[...]
In onze offerte was een bijlage toegevoegd (6^{de} pagina) met een verklaring dat [S.] lid is van ‘Boekhandels Vlaanderen’.
Ik voeg onze offerte nog even toe, zie bijlage + printscreen hieronder.”

3.5. Op 12 juli 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Alle inschrijvers worden geselecteerd.

De offerte van de verzoekende partij voor de percelen 1, 2 en 4 wordt onregelmatig bevonden, gemotiveerd als volgt:

“D. Verificatie van de regelmatigheid van de offertes – artikel 76 van het KB van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren
D.4. Naleving van de minimumvereisten en van de vereisten die als substantieel zijn vermeld in de aanbestedingsstukken
[...]

De offerte wordt als onregelmatig [beschouwd] voor de percelen 1, 2 en 4 want de inschrijver is niet aangesloten bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels zoals vereist in de bestekbepalingen.

De offerte voor het perceel 7 wordt als regelmatig beschouwd.

[...]

D.5. Conclusie van de regelmatigheid van de offertes

[...]

[S.] heeft een regelmatige offerte voor perceel 7 en onregelmatige offerte voor percelen 1, 2 en 4 ingediend.”

Op basis van de verificatie van de selectie van de inschrijvers, de regelmatigheid en het onderzoek van de offertes en de vergelijking ervan wordt in het gunningsverslag voorgesteld:

“- De percelen 1, 2 en 4 te gunnen aan de enige inschrijver die een offerte indiende, die aan de beschrijvingen voldoet en aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid beantwoordt, namelijk [bv B.S.] op basis van zijn offerte van 24/06/2022.

- Perceel 3 te gunnen aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid (cfr gunningscriteria), namelijk [bv D.S.] op basis van zijn offerte van 20/06/2022.

- Perceel 6 te gunnen aan de enige inschrijver die een offerte indiende, die aan de beschrijvingen voldoet en aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid beantwoordt, namelijk [bv C.] op basis van zijn offerte van 11/07/2022.

- Perceel 7 te gunnen aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte- vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid (cfr gunningscriteria), namelijk [bv D.S.] op basis van zijn offerte van 27/06/2022.

- Het perceel 5 niet te gunnen bij gebrek aan offertes.”

3.6. Op 19 juli 2022 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek, op grond van het gunningsverslag dat als bijlage wordt gevoegd, om de percelen 1, 2 en 4 te gunnen aan de bv B.S., perceel 3 aan de bv G.S., perceel 6 aan de bv C. en perceel 7 aan de bv D.S.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp - ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij stelt in haar verzoekschrift, onder de hoofding ‘Belang’, dat ten gevolge van de bestreden beslissing haar offerte onregelmatig werd verklaard en ten gevolge hiervan, voor de percelen 1, 2 en 4, slechts één kandidaat overbleef. Indien haar offerte als regelmatig was beoordeeld, dan was haar offerte de economisch meest voordelige geweest en zouden die percelen 1, 2 en 4 aan haar zijn gegund.

5. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord onder de hoofding ‘Voorwerp en ontvankelijkheid’ vast dat de verzoekende partij enkel een offerte indiende voor de percelen 1, 2 en 4 en 7, en geen enkele grief aanvoert tegen de gunning van perceel 7, zodat de verzoekende partij om die reden belang ontbeert voor zover haar vordering ook zou zijn gericht tegen de gunning van percelen 3, 5, 6 en 7.

6. In de memorie van wederantwoord en haar laatste memorie stelt de verzoekende partij dat een gunningsbeslissing in beginsel één en ondeelbaar is, verwijzend naar arrest nr. 252.521 van 22 december 2021 (ECLI:BE:RVSCE:2021:ARR.252.521). Zij vervolgt dat de gunning van de percelen 3, 5 en 6 niet afsplitsbaar is van de rest gelet op punt B.1.4 van het bestek luidens hetwelk: “Betreffende de percelen 1 tot 6 zal de inschrijver voor maximum drie percelen een offerte kunnen indienen” en de beslissing van 19 juli 2022 om die reden integraal moet worden vernietigd.

Beoordeling

7. Te dezen heeft de verzoekende partij enkel een offerte ingediend voor de percelen 1, 2, 4 en 7. Zij betoogt dat zij geen offerte kon indienen voor de percelen 3, 5 en 6, gelet op punt B.1.4 van het bestek.

Evenwel voert zij in haar middelen enkel kritiek op de in het bestek gestelde voorwaarde van “lidmaatschap bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels”, bestekeis die uitsluitend geldt voor de percelen 1, 2 en 4. Voorts voert zij geen enkel middel aan tegen de gunningsbeslissing van perceel 7.

Alleen reeds om die reden mist zij minstens belang bij haar vordering voor zover het zou zijn gericht tegen de gunning van de percelen 3, 5, 6 en 7.

8. Voor zover de verzoekende partij verwijst naar een arrest van de Raad van State om te stellen dat een gunningsbeslissing in beginsel één en ondeelbaar is, wordt in dat arrest evenwel gedoeld op het één en ondeelbaar zijn van de voorafgaande selectiebeslissing en de gunningsbeslissing. In het kader van deze plaatsingsprocedure echter worden verschillende percelen aan verschillende inschrijvers gegund, en dient de opdracht dus niet in beginsel als één geheel te worden beschouwd. De omstandigheid dat een inschrijver voor maximum drie percelen een offerte heeft kunnen indienen, doet daar geen afbreuk aan. Het gegrond bevinden van één van de middelen van de verzoekende partij zal, in voorkomend geval, enkel leiden tot de vernietiging van de gunningsbeslissing wat de percelen 1, 2 en 4 betreft, die een afsplitsbare rechtshandeling uitmaakt, en de beslissing tot gunning van de overige percelen onverlet laten.

9. De verzoekende partij heeft belang bij haar vordering voor zover gericht tegen de gunningsbeslissing van de percelen 1, 2 en 4. Het voorwerp van de vordering is dan ook tot die percelen beperkt.

V. Onderzoek van het eerste middel, tweede onderdeel

Standpunt van de partijen

10. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 27 van de Grondwet, van de artikelen 4, 5 en 53 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake

overheidsopdrachten' (hierna: de wet van 17 juni 2016), van het redelijkheidsbeginsel en van het proportionaliteitsbeginsel,

“DOORDAT in de bestreden beslissing dd. 19.07.2022 werd beslist om de offerte van verzoekster voor wat betreft de percelen 1, 2 en 4 als onregelmatig te beschouwen, omdat zij niet is aangesloten bij een belangenvereniging voor onafhankelijke boekhandels overeenkomstig de technische bepalingen uit het bestek;

TERWIJL een aanbestedende overheid de aansluiting bij een vereniging niet als voorwaarde in een bestek mag opnemen, gelet op het grondrecht van de vrijheid van vereniging;

TERWIJL een aanbestedende overheid in haar bestek enkel technische vereisten mag opnemen die verband houden met de opdracht zelf;

TERWIJL deze technische vereiste ertoe leidt dat alle boekhandels die niet zijn aangesloten bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels, *a priori* worden uitgesloten van de mededinging en dit zonder enige verantwoording;

EN TERWIJL uit het bestek niet valt op te maken wat verweerder precies bedoelt met ‘een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels’;

ZODAT de bestreden beslissing is gebaseerd op een onwettige technische vereiste en derhalve genomen is met schending van de in het middel aangeduide bepalingen”.

Het middel valt uiteen in drie onderdelen.

De verzoekende partij licht in het tweede onderdeel toe dat de technische vereiste om aangesloten te zijn bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels strijdt met het verbod op discriminatie, vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016, en het beginsel van vrije mededinging, vervat in artikel 5, § 1, van die wet. Deze beginselen worden wat de technische vereisten betreft geconcretiseerd in artikel 53 van de wet van 17 juni 2016.

Zo moeten, blijkens artikel 53, § 1, van die wet, technische vereisten verband houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding staan tot de waarde en de doelstellingen ervan. De betrokken bestekvereiste heeft echter geen betrekking op de opdracht zelf of op de geschiktheid van de kandidaat, maar op de ondernemer in het algemeen. Minstens strijdt deze bestekvereiste met het proportionaliteitsbeginsel, vervat in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016.

Voorts moeten, overeenkomstig artikel 53, § 2, van de wet van 17 juni 2016, technische vereisten de ondernemers gelijke toegang tot de plaatsingsprocedure bieden en er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen. Te dezen wordt, zonder enige voorafgaande verantwoording in het bestek, vereist dat de inschrijver is aangesloten bij een zeer specifieke soort vereniging, wat als arbitrair wordt beschouwd. Die willekeur blijkt eveneens uit het feit dat deze vereiste enkel wordt gesteld voor de percelen 1, 2 en 4, terwijl de percelen 3, 5 en 6 eveneens betrekking hebben op de levering van boeken zonder dat die keuze wordt gemotiveerd. Aldus vormt deze technische vereiste een ongerechtvaardigde belemmering voor de mededinging, vermits zij tot gevolg heeft dat heel wat boekhandels *a priori* van de mededinging worden uitgesloten.

11. In de memorie van antwoord betwist de verwerende partij zowel de ontvankelijkheid als de gegrondheid van het middel.

Zij betwist vooreerst het belang bij het middel omdat de verzoekende partij heeft nagelaten te handelen als een zorgvuldige en diligente inschrijver. De verzoekende partij heeft immers een offerte ingediend zonder tijdens de plaatsingsprocedure enig bezwaar te maken tegen de betreffende bestekbepaling om aangesloten te zijn bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels, terwijl haar offerte onregelmatig werd verklaard precies omdat ze niet beantwoordde aan die bestekbepaling. Voorts komen de aangevoerde schendingen volgens de verwerende partij niet uit het ijlle maar betreffen ze een meteen zichtbaar wettigheidsbezwaar dat de verzoekende partij reeds tijdens de plaatsingsprocedure had moeten opwerpen. Bijgevolg heeft zij het recht verbeurd om zich op de onwettigheid van de bestekbepaling te beroepen.

Ten gronde stelt de verwerende partij, wat het tweede onderdeel van het middel betreft, dat artikel 53 van de wet van 17 juni 2016 te dezen geen toepassing vindt. De betreffende bestekvereiste is immers een selectie criterium en geen technische specificatie. De voorwaarde dat een inschrijver aangesloten moet zijn bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels heeft betrekking

op de hoedanigheid van de inschrijver en niet op de manier waarop de opdracht zal moeten worden uitgevoerd. Het feit dat dit selectie criterium is opgenomen in het bestek onder de titel ‘Technische bepalingen’ doet geen afbreuk aan de kwalificatie van het criterium als een selectie criterium. Voor zover het middel de schending van artikel 53 van de wet van 17 juni 2016 aanvoert, faalt het naar recht.

Ondergeschikt, indien er toch sprake zou zijn van een technische specificatie, stelt de verwerende partij dat op grond van artikel 53 van de wet van 17 juni 2016 het is toegestaan om bepaalde technische specificaties op te nemen in het bestek voor zover deze betrekking hebben op het voorwerp van de opdracht en in verhouding zijn tot de waarde en de doelstelling ervan. Zij vervolgt dat het doel van de vereiste van aansluiting bij een vereniging van onafhankelijke boekhandels zich situeert in de waarborg van de kwaliteit van de dienstverlening, en in dat opzicht verbonden is met het voorwerp van de opdracht, namelijk met de levering van boeken. Voorts is het voor de verwerende partij onduidelijk wat het discriminerende, mededingingsbeperkende of disproportioneel karakter van de betreffende bestekbepaling zou zijn. Het is niet zo dat de verplichting om aangesloten te zijn bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels onmogelijk of moeilijk te vervullen zou zijn. Niets verhinderde de verzoekende partij om zich bij een dergelijke vereniging aan te sluiten alvorens haar offerte in te dienen. Zij legt op geen enkele wijze uit waarom dat onmogelijk of zelfs maar moeilijk zou zijn, en beweert evenmin dat zij daartoe de nodige stappen heeft ondernomen.

12. In de memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij, ten gronde, dat de betreffende bepaling in het bestek werd opgenomen onder titel ‘D. Technische bepalingen’, en dat ook uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij deze bepaling heeft toegepast als een technische vereiste en niet als een selectie criterium. Alle inschrijvers werden immers geselecteerd, terwijl het niet voldoen aan een selectie criterium dient te leiden tot de niet-selectie van de inschrijver (en het niet voldoen aan een technische vereiste kan leiden tot de onregelmatigheid van de offerte).

Voor zover de bestekbepaling toch een selectie criterium zou betreffen, in welke hypothese artikel 53 van de wet van 17 juni 2016 niet geldt, herhaalt de verzoekende partij dat deze bepaling slechts een toepassing vormt van het discriminatieverbod en de mededingingsvrijheid, zoals vervat in de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet van 17 juni 2016, die als algemene beginselen van toepassing blijven, ongeacht de kwalificatie van de betreffende bestekbepaling.

13. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij nog vast, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, dat de verzoekende partij zelf van oordeel was dat zij door haar lidmaatschap bij vzw Boekhandels Vlaanderen wél aan de betreffende bestekbepaling voldeed. Volgens de verwerende partij toont dit aan dat zij onzorgvuldig handelde bij het opstellen van haar offerte. Had zij het bestek zorgvuldig gelezen, dan zou zij hebben ingezien dat de vereniging waarvan zij lid is niet kwalificeert als een vereniging van onafhankelijke boekhandels, en de betreffende bestekbepaling haar dus belette om op zinvolle wijze aan de opdracht deel te nemen.

Ten gronde stelt de verwerende partij dat de premisse als zou de betreffende bestekbepaling de mededinging in belangrijke mate beperken, aangezien blijkt dat telkens slechts één andere inschrijver een offerte heeft ingediend, niet juist is. Er kunnen veel redenen zijn waarom de aanbestedende overheid slechts twee offertes voor de betrokken percelen heeft ontvangen. Niets wijst erop dat het laag aantal ontvangen offertes verband hield met de betwiste eis van aansluiting bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels. Volgens de verwerende partij bestaan er meerdere verenigingen van onafhankelijke boekhandels waarvoor de toegangsvoorwaarden niet onredelijk zijn, zodat het mogelijk was voor eender welke onderneming die aan de opdracht wenste deel te nemen om aan deze voorwaarde te voldoen. De verwerende partij benadrukt nog dat niets de aanbestedende overheid verplicht om in de opdracht documenten te motiveren waarom zij welke selectiecriteria kiest voor haar opdracht, zolang deze verband houden met het voorwerp van de opdracht. Zoals zij in de memorie van antwoord reeds heeft gesteld, situeert het doel van de verplichte aansluiting bij een belangenvereniging voor onafhankelijke

boekhandels zich in de waarborg van de kwaliteit van de dienstverlening, wat manifest in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. De vraag of de betreffende bestekeis kwalificeert als een selectievereiste of een minimale technische eis heeft geen enkele impact op het gevolg van de vaststelling dat een inschrijver niet is aangesloten bij een belangenvereniging voor onafhankelijke boekhandels, namelijk de wering van zijn offerte. In de beide gevallen zal de offerte geweerd worden zonder in aanmerking te komen voor de vergelijking met de andere offertes op basis van de gunningscriteria. In die zin waren de inschrijvers van tevoren perfect op de hoogte van wat zij moesten doen of laten, en waren zij perfect in staat om met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening te houden bij het opstellen van hun offerte.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

14. Zoals de Raad van State reeds sinds zijn in algemene vergadering gewezen arrest nr. 152.173 van 2 december 2005 (ECLI:BE:RVSCE:2005:ARR.152.173) inzake de nv Labonorm oordeelt, neemt de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in te stellen tegen de beslissing om het bestek vast te stellen, niet weg dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. De verzoekende partij mag derhalve tot staving van haar beroep tegen de bestreden beslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State.

Het voormelde arrest waarborgt op ruime wijze de toegang tot de rechter van inschrijvers op overheidsopdrachten. Het enkele feit dat de verzoekende partij in de loop van de plaatsingsprocedure geen bezwaar heeft gemaakt tegen een bepaald onderdeel van het bestek, ontnemt haar niet het recht om op te komen tegen de beslissing die aan het einde van de procedure is genomen.

15. De opgeworpen exceptie heeft voorts tot gevolg dat een inschrijver verplicht zou zijn om reeds tijdens de plaatsingsprocedure de onwettigheid waarmee een opdracht behept zou kunnen zijn, te identificeren en op te werpen teneinde zijn toegang tot de rechter te vrijwaren opdat die de aangevoerde onwettigheid aan zijn toetsingsrecht kan onderwerpen. Een dergelijke nagestreefde voorafgaande meldingsplicht kan evenwel niet verantwoorden dat het feit dat een overheid een onwettigheid begaat, minder verregaande gevolgen heeft dan het feit dat de rechtzoekende dit niet onmiddellijk heeft opgemerkt. In dat verband dient eraan te worden herinnerd dat het uitgangspunt moet zijn dat een aanbestedende overheid de fundamentele plicht heeft om wettige bestekbepalingen op te stellen. Deze zorgvuldigheidsplicht en plicht tot rechtmatig optreden die op de overheid rust, kan niet in de praktijk worden omgezet naar een zorgvuldigheidsplicht van de rechtzoekende (vgl. GwH 11 april 2023, nr. 59/2023, punt B 17.2, ECLI:BE:GHCC:2023:ARR.059). In dat kader kan aldus van een inschrijver niet worden vereist dat hij reeds tijdens de plaatsingsprocedure expliciet voorbehoud maakt voor de wettigheid van een bestekbepaling of die reeds opwerpt. Integendeel, hij mag uitgaan van het vermoeden dat de bestekbepalingen in overeenstemming zijn met het recht, zonder dat hij moet onderzoeken, en in het kader van de plaatsingsprocedure reeds moet opwerpen, dat die onwettig zijn, op straffe van anders zijn toegang tot de rechter te verliezen.

16. De exceptie wordt verworpen.

Ten gronde

17. Selectiecriteria, die onder meer peilen naar de bekwaamheid van de kandidaten of inschrijvers, zijn te onderscheiden van technische regelmatigheidsvereisten, die de offertes betreffen. Zodoende is het selectieonderzoek overeenkomstig artikel 71 van de wet van 17 juni 2016 betrokken op de inschrijver zelf, en diens bekwaamheid om de opdracht uit te voeren.

Met de betreffende bestekbepaling waarbij van een inschrijver voor de percelen 1, 2 en 4 wordt vereist dat hij aangesloten moet zijn bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels, peilt de verwerende partij niet naar de kenmerken van het aangeboden in de offerte, doch refereert zij aan de inschrijver zelf. Deze bestekvereiste dient bijgevolg, ook al staat de bepaling onder de technische bepalingen in het bestek, in werkelijkheid als een selectie criterium te worden beschouwd.

Voor zover in het middel de schending wordt aangevoerd van artikel 53 van de wet van 17 juni 2016, dat de technische specificaties in het bestek betreft, kan het niet tot vernietiging leiden.

Er moet evenwel op worden gewezen dat de verwerende partij de betrokken bestekeis uitdrukkelijk als een technische bepaling in het bestek heeft geformuleerd, en ook tijdens de procedure als dusdanig heeft aanzien, zoals blijkt uit de gunningsbeslissing waarin de verzoekende partij wel wordt geselecteerd maar haar offerte wegens de vastgestelde onregelmatigheid wordt geweerd.

18. In het middel voert de verzoekende partij eveneens aan dat de verwerende partij met de (vermeend technische) vereiste om aangesloten te zijn bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels een discriminatoire voorwaarde heeft gesteld, die niet in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en aan inschrijvers onvoldoende inzicht verschaft in wat van hen wordt verwacht.

Ook al heeft de aanbestedende overheid een beoordelingsruimte bij het vaststellen van de selectiecriteria, dient zij, overeenkomstig artikel 71, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, deze voorwaarden evenwel te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een inschrijver over (onder meer) de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren, en houden alle voorwaarden verband met en staan ze in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

Luidens artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

De gelijkheid van de inschrijvers is een van de kernprincipes die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt en houdt onder meer in dat een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen verboden is, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

19. Te dezen blijkt noch uit de opdrachtdocumenten, noch uit de andere stukken van het administratief dossier waarom in het licht van het voorwerp van de opdracht een aansluiting bij een belangenvereniging van onafhankelijke boekhandels noodzakelijk was om de uitvoering van de opdracht in kwestie te waarborgen.

De Raad van State stelt daarbij vast dat, enerzijds, ondernemingen die lid zijn van een belangenvereniging voor boekhandels, zoals de ‘vzw Boekhandels Vlaanderen’ waarvan de verzoekende partij lid is, en, anderzijds, ondernemingen die lid zijn van een belangenvereniging voor onafhankelijke boekhandels, wezenlijk identiek zijn in de activiteiten die zij verrichten en de diensten die zij daarbij aanbieden, namelijk het aanleveren en verkopen van boeken; minstens brengt de verwerende partij geen onderlinge verschillen naar voren die een ongelijke behandeling kunnen rechtvaardigen. De vermeende “waarborg van kwaliteit” die de verwerende partij voor het eerst in de memorie van antwoord ter verantwoording van de betreffende bestekvereiste – en aldus van het verschil in behandeling – aanvoert, overtuigt in dat opzicht niet. Dit motief wordt overigens ook tegengesproken door de stelling van de verwerende partij dat niet blijkt dat de aansluiting bij een dergelijke belangenvereniging onmogelijk of moeilijk te vervullen zou zijn, doch integendeel “eender welke onderneming die aan de opdracht wenste deel te nemen” aan deze vereiste kon voldoen, aangezien meerdere verenigingen van onafhankelijke boekhandels bestaan waarvoor de toegangsvoorwaarden niet onredelijk zouden zijn.

Aldus blijkt al evenmin dat deze vereiste in redelijke verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht, dat er precies in bestaat om “boeken en gezelschapsspellen [te leveren] aan de Nederlandstalige openbare bibliotheek”.

20. Het eerste middel, tweede onderdeel, is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Schaarbeek van 19 juli 2022 om de opdracht ‘Levering van boeken en gezelschapsspellen aan de Nederlandstalige gemeentelijke openbare bibliotheek’, percelen 1, 2 en 4, te gunnen aan een derde.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op twintig januari tweeduizend vijftientwintig,
door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques