

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 267.661 van 16 september 2026
in de zaak A. 248.926/XIV-40.265**

In zake: de NV J.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Jasmine Coppens
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas Eyskens en Sebastiaan De Meue
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV B.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Raluca Gherghinaru, Peter Teerlinck en
Ludovic Panepinto
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 augustus 2026, strekt tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 16 juli 2026 om de concessie van diensten - Concessie voor het voeren van reclame op Straatmeubilair met inbegrip van het leveren, plaatsen, vervangen en onderhouden ervan op het grondgebied van de Stad Gent - TDW2025/008 -

ID5767, te gunnen aan [de bv B.] (...) alsmede van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 18 augustus 2026 werd, in samenspraak met het aangeduide lid van het auditoraat, de procedurekalender vastgesteld.

De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 augustus 2026 heeft de bv B. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 september 2026 om 11.00 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Sofie Logie en Jasmine Coppens, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Thomas Eyskens en Sebastiaan De Meue, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Peter Teerlinck, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Lennard Michaux 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 concessie voor diensten uit voor het voeren van reclame op straatmeubilair met inbegrip van het leveren, plaatsen,

vervangen en onderhouden ervan op het grondgebied van de stad Gent. Zij omvat twee percelen. Naast het voeren van reclame op het straatmeubilair omvat de concessieopdracht een optioneel perceel 2 ‘reclame in en rond parkings’.

Als plaatsingswijze wordt gekozen voor een openbare procedure.

De looptijd van de concessie wordt vastgelegd op 20 jaar.

De concessie wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Het bestek dat op de concessieopdracht van toepassing is, vermeldt voor perceel 1 ervan de volgende twee gunningscriteria:

“II.6.1 De financiële vergoeding voor de Concessieverlener (95 punten)
Teneinde een objectieve beoordeling te kunnen maken met betrekking tot de financiële vergoeding die de Concessieverlener zal ten goede komen ten gevolge van het toekennen van de Concessie voor het voeren van reclame, wordt voor het gunningscriterium rekening gehouden met de Jaarlijkse financiële vergoedingen en het financieel voorstel voor Eindscenario 2, meer bepaald op basis van:

-De ‘Som van de Jaarlijkse Financiële vergoedingen’, die wordt berekend als:

o Enerzijds 10 x de Basisvergoeding

o Anderzijds 10 x een fictieve Jaarlijkse financiële vergoeding waarbij uitgegaan wordt van de fictieve situatie dat 30 Reclame-eenheden, waarvan 20 Statische Reclame-eenheden en 10 Scrollende Reclame-eenheden, werden vervangen door een digitaal scherm,

Dit wordt berekend als volgt:

▪ De Jaarlijkse financiële vergoeding uitgaande van het Basisaantal, (op basis van de prijzen van de Inschrijver)

▪ PLUS de financiële impact ten gevolge van het aanpassen van 20 Statische Reclame-eenheden en 10 Scrollende Reclame-eenheden naar 30 Digitale Reclame-eenheden

▪ Dit op basis van de prijzen van de Inschrijver

-En het financieel voorstel voor Eindscenario 2 van de Inschrijver

- Wat leidt tot een gewogen som:

o Indien het financieel voorstel voor het optionele Eindscenario nr. 2 een extra vergoeding aan de Concessieverlener inhoudt, dan wordt de gewogen som:

Som van de Jaarlijkse Financiële vergoedingen + $(0,5 * \text{financieel voorstel voor optie Eindscenario nr. 2})$

o Indien het financiële voorstel voor het optionele Eindscenario nr. 2 een extra betaling voor de Concessieverlener behelst, dan wordt de gewogen som:

Som van de Jaarlijkse Financiële vergoedingen – financieel voorstel voor optie Eindscenario nr. 2

o Indien het financiële voorstel voor het optionele Eindscenario nr. 2 een nulprijs is, dan wordt de gewogen som:

Som van de Jaarlijkse Financiële vergoedingen

Opmerkingen:

1) Het gaat om een puur fictieve berekening teneinde de Offertes objectief te kunnen beoordelen.

Om de gevolgen op de Jaarlijkse financiële vergoeding van de vervanging van een aantal Reclame-eenheden door een Digitale Reclame-eenheid mee te nemen in de beoordeling, wordt uitgegaan van een fictief aantal van 30 vervangingen.

Dit houdt geen verplichting of specifieke verwachting in ten aanzien van de Inschrijver (later Concessiehouder). De Concessiehouder heeft immers de vrijheid tijdens de looptijd van de Concessie zelf te bepalen hoeveel Reclame-eenheden als Digitale Reclame-eenheid worden ingericht (zie ook IV.1.4. Moderniseren van reclame-infrastructuur).

2) Gezien de Concessie een looptijd van 20 jaar heeft, wordt voor het gunningscriterium 10 keer de Basisvergoeding en 10 keer de fictieve vergoeding (cf. hierboven toegelicht) in rekening gebracht. Samen 20 keer een vergoeding.

3) De quotering verschilt naargelang het financiële voorstel voor het optionele Eindscenario 2 voor de Concessieverlener een extra vergoeding, een extra betaling of een nulprijs met zich meebrengt. Een extra betaling weegt zwaarder door dan een extra vergoeding voor de Concessieverlener. De Inschrijver met de hoogste gewogen som volgens deze berekening krijgt 95 punten.

De andere Inschrijvers worden pro rata gequoteerd:

$95 \times \frac{\text{gewogen som Inschrijver die beoordeeld wordt}}{\text{gewogen som Inschrijver hoogste bedrag}}$

De Inschrijver licht de berekeningsmethode van zijn Jaarlijkse financiële vergoeding toe in een nota die bij de Offerte wordt gevoegd. Uit deze toelichting moet blijken

- dat de Inschrijver rekening heeft gehouden met alle door de Concessiedocumenten opgelegde randvoorwaarden en alle andere relevante elementen

- wat de financiële impact is in geval van wijziging van type Reclame-eenheid, namelijk de vervanging van een Vaste poster / Scrollende Reclame-eenheid door een Digitale Reclame-eenheid.

II.6.2 Eenheidsprijzen voor Bewegingen (5 punten)

In dit gunningscriterium worden de eenheidsprijs voor een Beweging voor een Schuilhuis en voor een Beweging voor een Informatiebord samengeteld. De laagste prijs voor de beide posten samen krijgt de maximumscore; de overige prijzen worden pro rata gequoteerd t.o.v. de laagste Inschrijver:

$5 \times (\text{bedrag laagste Inschrijver} / \text{bedrag Inschrijver die beoordeeld wordt})$

Punt II.7.1 'Prijsvaststelling' van het bestek luidt als volgt:

“De opdracht wordt gekenmerkt door een bijzondere gemengde prijsvaststelling. Naast de globale prijzen voor de Jaarlijkse financiële vergoeding en het Financieel voorstel Eindscenario, worden ook enkele posten tegen prijslijst voorzien.

Jaarlijkse financiële vergoeding

Voor het recht op het voeren van reclame op het grondgebied van Gent, op alle bestaande en toekomstige Straatmeubilair dat onder voorliggende opdracht valt (voor de exacte beschrijving hiervan wordt verwezen naar IV Technische Bepalingen van voorliggend bestek) betaalt de Concessiehouder aan de aanbestedende overheid een Jaarlijkse financiële vergoeding.

(...)

De Jaarlijkse financiële vergoeding per Werkjaar van de Concessie wordt als volgt bepaald:

Voor Werkjaar 1 bedraagt de Jaarlijkse financiële vergoeding het bedrag dat door de Inschrijver werd opgenomen in zijn Offerte. Deze vergoeding wordt door de Inschrijver bepaald op basis van het Basisaantal Straatmeubilair, zoals opgenomen in de lijsten in bijlagen 1, 2, 3 (Adressenlijst Straatmeubilair),

- opgesplitst qua type Straatmeubilair per adres;
- de vermelding of er al dan niet commerciële reclame mag gevoerd worden;
- het totaal aantal Reclame-eenheden met vermelding Vaste poster of Scrollende Reclame eenheid

Dit wordt beschouwd als de Basisvergoeding.

Opmerking: De Basisvergoeding blijft voor Werkjaar 1 ongewijzigd, ongeacht het werkelijk aantal Straatmeubilair en werkelijk aantal Reclame-eenheden dat uiteindelijk aanwezig is bij sluiting van de opdracht, en ongeacht wat effectief wordt geplaatst in Werkjaar 1.

In zijn Offerte geeft de Inschrijver de totale Jaarlijkse financiële vergoeding op, te betalen voor Werkjaar 1, rekening houdende met voormelde voorwaarden.

Vanaf Werkjaar 2 kan de Basisvergoeding worden aangepast, op basis van het Nieuw aantal Straatmeubilair waarbij rekening wordt gehouden met het type Reclame-eenheden (Vaste poster, Scrollend, Digitaal). Het Nieuw aantal vormt de berekeningsbasis voor Werkjaar X.

Voor de wijze waarop het Nieuw aantal Reclame-eenheden wordt bepaald, wordt verwezen naar de definities. De Jaarlijkse financiële vergoeding (Basisvergoeding zoals door de Concessiehouder voorgesteld in zijn Offerte en te betalen voor jaar 1) is slechts herzienbaar wanneer één of meerdere van volgende gevallen zich voordoet:

1. Wijzigingen in het aantal Reclame-eenheden

(...)

2. Wijzigingen in het type Reclame-eenheden

De Inschrijver geeft in zijn Offerte aan wat de impact is van

- De vervanging van een Vaste poster Reclame-eenheid door een Digitale Reclame-eenheid

- De vervanging van een Scrollende Reclame-eenheid door een Digitale Reclame-eenheid

Een Digitale Reclame-eenheid biedt veel meer mogelijkheden naar aantal reclames en variatie qua timing en doelgroep. Het implementeren van Digitale Reclame-eenheden is een strategische keuze van de Inschrijver (later Concessiehouder). De impact op de opbrengst voor de Inschrijver heeft mutatis mutandis ook een impact op de Jaarlijkse financiële vergoeding.

Wanneer een Vaste poster of Scrollende Reclame-eenheid vervangen wordt door een Digitale Reclame-eenheid, dan wordt de Basisvergoeding aangepast door verrekening van de door de Inschrijver opgegeven bedragen.

(...)”.

Punt IV.1.4 ‘Moderniseren van reclame-infrastructuur’ van de technische bepalingen van het bestek luidt:

“De Concessiehouder krijgt de mogelijkheid om, binnen de bestaande infrastructuur, over te gaan tot de installatie van Digitale Reclame-eenheden. Alle vergunningsaanvragen, werken en kosten om over te schakelen op Digitale Reclame-eenheden komen ten laste van de Concessiehouder.

De Concessiehouder bepaalt autonoom het aantal locaties dat hij wenst om te schakelen, wat betreft de al bestaande locaties. Er wordt geen minimum of maximum aantal Digitale Reclame-eenheden opgelegd.

Het is de bedoeling nieuwere technologieën op het Straatmeubilair toe te laten mits het naleven van de voorwaarden van deze Concessie en de richtlijnen van de (hogere) overheden rond gebruik van verlichting, lichtintensiteiten, kleuren, ... zoals hoger vermeld.

De keuze van technologie voor Digitale Reclame-eenheden kan door de Concessiehouder vrijelijk worden bepaald. Indien doorheen de looptijd van de Concessie nieuwere, meer performante, minder milieubelastende technologieën op de markt komen, kunnen deze toegepast worden mits voorafgaande toestemming van het Concessieverlener.

De Concessiehouder dient daarvoor een technisch onderbouwd dossier in dat aantoont dat de nieuwe technologie voldoet aan de hierboven vermelde voorwaarde en waarom deze een verbetering zijn ten opzichte van de tot dan toe door hem gebruikte technologie. Alle andere voorwaarden van de Concessie blijven gelden voor deze nieuwere technologie. Alle kosten met betrekking tot de nodige software, licenties en hardware zijn inbegrepen gedurende de volledige looptijd van deze Concessie.”

Punt IV.1.8 ‘Het gebruik van Straatmeubilair buiten het bedoelde gebruik om’ luidt:

“Het Straatmeubilair gebruiken voor het voeren van reclame buiten de voorziene reclame-plaats of voor andere doeleinden kan alleen mits

uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de Concessieverlener (bvb. het inpakken van Schuilhuizen vanwege een bepaald evenement). Dit omvat ook elementen die in en in de onmiddellijke omgeving van het Straatmeubilair worden geplaatst om de aandacht van de gebruikers van het Straatmeubilair te trekken (bvb. Zetels, tafeltjes, ...). Hierbij wordt o.a. gedacht aan 'gimmicks' of het aankleden van Straatmeubilair waardoor het uitzicht van het Straatmeubilair wijzigt. Op geen enkel moment en op geen enkele wijze mag het zicht van de gebruiker van het Schuilhuis gehinderd worden om de aankomende bus of tram te zien. Die zichtlijn moet vrij blijven. Het gebruik van het Straatmeubilair moet net als de reclame voldoen aan IV.1.2."

3.3. De verzoekende partij stelt een aantal vragen over het bestek via het forum op het *e-procurement* platform, onder meer over de beoordeling van het eerste gunningscriterium en de omschrijving van de 'Som van de Jaarlijkse financiële vergoedingen' in het bestek:

"(...) Voormelde bepalingen werpen bij ons de volgende vragen op:

a. Ten eerste, zou de gekozen beoordelingsmethode de inschrijvers ertoe kunnen aanzetten om in hun financiële offerte bewust overschatte bedragen voor een type digitaal scherm voor te stellen om een hoge score te behalen, daar waar ze, tijdens de uitvoering van het contract zouden kunnen beslissen om er weinig of zelfs geen te installeren in deze categorie, hetgeen desgevallend zeer nadelig zou zijn voor de inkomsten van de stad en van dien aard zou zijn dat 'een objectieve beoordeling van de offertes', zoals betracht door de aanbestedende overheid, in het gedrang zou worden gebracht.

De huidige bepalingen van het bestek vermelden namelijk:

- In Artikel II.1 'De toekomstige Concessiehouder kiest zelf waar en/of wanneer hij wenst over te schakelen op Digitale Reclame-eenheden.'

In Artikel IV.1.4 'De Concessiehouder bepaalt autonoom het aantal locaties dat hij wenst om te schakelen, wat betreft de al bestaande locaties. Er wordt geen minimum of maximum aantal Digitale Reclame-eenheden opgelegd.'

Alsook, teneinde de offertes objectief te beoordelen, zou de stad van de inschrijvers kunnen eisen dat de plaatsing van minstens 30 digitale Reclame-eenheden zou worden gegarandeerd (20 ter vervanging van Statische Reclame-eenheden en 10 ter vervanging van Scrollende Reclame-eenheden), tijdens het jaar 1 zodat de betaling van de jaarlijkse vergoeding effectief zou zijn vanaf het begin van jaar 2?

b. Bovendien zorgt de gekozen beoordelingsmethode ervoor dat de stad bij de beoordeling van de offertes rekening houdt met het aanbod van vaste en scrollende eenheden over een periode van 20 jaar, terwijl de impact van de transformatie van 30 vaste en scrollende eenheden naar 30 digitale reclame-eenheden slechts over een periode van 10 jaar in aanmerking wordt genomen. De beoordelingsmodaliteiten van de offertes zijn niet bevorderlijk voor het indienen door de inschrijvers van een competitieve offerte die zou aansluiten

bij de huidige ontwikkeling van de digitalisering van het meubilair – zoals nochtans voorzien in artikel IV.1.2 van het bestek dat vermeld ‘De voorwaarden waarbij realtime interactie en toepassing van bewegende, knipperende of flitsende boodschappen niet worden toegelaten, kunnen ingevolge gewijzigde inzichten van de Concessieverlener herzien worden zodra de Concessie minstens 5 jaar loopt.’ – hetgeen ten koste zou zijn van het maximaliseren van de inkomsten van de stad.

Bovendien, zoals de stad aangeeft, heeft digitalisering vele voordelen zoals vermeld in artikel II.7.1 onder punt 2 ‘Wijzigingen in het type Reclame-eenheden’:

- ‘Een Digitale Reclame-eenheid biedt veel meer mogelijkheden naar aantal reclames en variatie qua timing en doelgroep’

- ‘De impact op de opbrengst voor de Inschrijver heeft mutatis mutandis ook een impact op de Jaarlijkse financiële vergoeding.’

Zou de stad bijgevolg, in haar beoordeling, rekening kunnen houden met de financiële impact die resulteert uit de omzetting van 30 papieren dragers naar digitale dragers over een periode van 19 jaar (in plaats van 10 jaar), om zo voor de stad de objectieve selectie van de meest voordelige offerte te garanderen?

Deze aanvullende informatie is essentieel om de inschrijvers offertes te laten opmaken op dezelfde gronden, hetgeen de transparantie van de procedure en de objectiviteit van de beoordeling van de offertes waarborgt.”

Uit het forum van vragen en antwoorden blijkt dat deze vragen en suggesties door de verwerende partij als volgt worden beantwoord:

“a. De aanbestedende overheid heeft rekening gehouden met verschillende scenario’s bij het bepalen van deze beoordelingsmethodiek. Ze is transparant, en voor iedereen gelijk, en houdt rekening met het feit dat het voor een ondernemer in de reclame (= potentiële Inschrijver) zelf ook interessanter is om digitale reclame te voorzien.

De aanbestedende overheid behoudt dan ook haar beoordelingsmethodiek voor het gunningscriterium ‘De financiële vergoeding voor de Concessieverlener’.

Ook wat de vraag betreft m.b.t. het opleggen van een minimum, heeft de aanbestedende overheid zich gebaseerd op het feit dat het voor de uiteindelijk gekozen Concessiehouder (ondernemer in de reclame) interessanter is om digitale reclame te voorzien. De aanbestedende overheid ziet geen meerwaarde in het opleggen van een minimum. Dit is een weloverwogen keuze.

b. Hoewel het totaal bedrag verschillend zal zijn, door het ene bedrag slechts 1 keer en het andere 19 keer (in plaats van elk 10 keer) mee te nemen, heeft dit normaliter weinig tot geen impact op de rangschikking van inschrijvers. De aanbestedende overheid behoudt haar objectief uitgewerkte werkwijze voor beoordeling van het gunningscriterium ‘De financiële vergoeding voor de Concessieverlener’.”

3.4. Twee inschrijvers dienen een offerte in: de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst.

3.5. In het gunningsverslag worden beide inschrijvers geselecteerd en de offerte van beide inschrijvers regelmatig bevonden.

Wat perceel 1 (het hoofdperceel) betreft, behaalt de offerte van de bv B. voor het eerste gunningscriterium de maximumscore van 95 punten tegenover 18 punten voor de offerte voor de verzoekende partij.

De beoordeling van de offerte van de bv B. voor het eerste gunningscriterium luidt als volgt:

“1) Gunningscriterium Financiële vergoeding

Aangezien het financieel voorstel voor het optionele Eindscenario nr. 2 een extra vergoeding aan de Concessieverlener inhoudt, wordt de gewogen som berekend als volgt:

Som van de Jaarlijkse Financiële vergoedingen + $(0,5 * \text{financieel voorstel voor optie Eindscenario nr. 2})$

Op basis van die rekenformule behaalt de offerte een gewogen som van 238.602.120.

Aangezien deze inschrijver daarmee de hoogste gewogen som bekomt, behaalt hij 95 punten.

Toelichting in het kader van de beoordeling van de opgegeven vergoedingen

De gewogen som van [bv B.] ligt aanzienlijk hoger dan deze van de enige andere inschrijver (...)

- Enerzijds is dat het gevolg van het feit dat [bv B.] een aanzienlijk hogere jaarlijkse financiële vergoeding heeft aangeboden. Deze jaarlijkse financiële vergoeding wordt in de hogervermelde rekenformule twintig maal doorgerekend, waardoor dit verschil uitvergroot wordt.

- Anderzijds is ook voor de ‘financiële impact tgv het aanpassen van een statische reclame-eenheid naar een digitale reclame-eenheid’ een vergoeding geboden die van een wezenlijk andere grootteorde is dan deze geboden door de andere inschrijver (...). Ook dit verschil wordt uitvergroot door de toegepaste formule.

Voor de andere vergoedingsposten van de inventaris i.k.v. dit gunningscriterium bood [bv B.] een vergoeding die lager lag dan deze van [nv J.].

Gelet op het verschil tussen de door beide inschrijvers geboden vergoedingen, heeft de aanbestedende overheid hen daarover bevestigd. Hoewel de concessieregelgeving niet voorziet in een formele regeling omtrent prijsonderzoek zoals bij overheidsopdrachten, werd het raadzaam geacht om na te gaan hoe het aanzienlijke prijsverschil verklaard zou kunnen

worden. Bij die bevraging werd wel rekening gehouden met de eenheden van de concessieovereenkomsten. Het betreft complexe overeenkomsten van lange duur, waarbij het operationeel risico wordt overgedragen aan de concessiehouder.

De aanbestedende overheid heeft [bv B.] een eerste maal ondervraagd met brief van 2 maart 2026. In functie van de gegeven antwoorden werden aanvullende vragen gesteld in brieven van 24 maart en 20 april 2026. Er werd onder meer gevraagd om toelichting en verantwoording van de voorgestelde vergoedingen (Jaarlijkse financiële vergoeding en de vergoeding naar aanleiding van het digitaliseren van zowel een Vaste poster Reclame-eenheid als een Scrollende Reclame-eenheid). Er werd ook gevraagd naar de wijze waarop de inschrijver artikel IV.1.8 van het bestek interpreteerde. De inschrijver heeft steeds tijdig geantwoord.

Op basis daarvan besluit de aanbestedende overheid dat de geboden vergoedingen niet abnormaal hoog zijn, en er evenmin andere redenen zijn die zouden doen besluiten dat de offerte (substantieel) onregelmatig moet worden verklaard, zodat de offerte en daarin aangeboden vergoedingen als regelmatig moeten worden beschouwd.

Wat de Jaarlijkse Financiële Vergoeding (basisvergoeding) betreft, heeft de inschrijver in zijn offerte en antwoordbrieven een grondige onderbouwing gegeven van de geboden vergoeding, waarin hij onder meer verwijst naar zijn ervaring met de huidige opdracht als zittende opdrachthouder, de belangrijke rol van de stad Gent voor zijn aanbodportefeuille, de mogelijkheid tot synergieën met de rest van die portefeuille, en de groeitendens in zowel de sector als de onderneming. Die verantwoording overtuigt.

Wat de vergoeding ‘financiële impact tgv het aanpassen van een statische reclame-eenheid (vaste poster) naar een digitale reclame-eenheid’ betreft, kan vastgesteld worden dat het grote verschil ten opzichte van de andere inschrijver in belangrijke mate te wijten is aan een verschil in digitaliseringsstrategie. Het bestek laat de inschrijvers op dat punt een grote vrijheid.

Om de financiële kwaliteit van de offertes, die op uiteenlopende digitaliseringsstrategieën kunnen steunen, op geobjectiveerde wijze met elkaar te kunnen vergelijken, gaat het gunningscriterium uit van een fictief scenario waarbij voor de ene helft van de looptijd van de concessie de basisvergoeding wordt betaald, en voor de andere helft van die looptijd dertig digitalisering worden doorgevoerd (tweintig vaste posters naar digitale eenheden, tien scrollers naar digitale eenheden).

De offerte van BMO zet in op een erg beperkte digitalisering van de Vaste posters, wat toelaat daarvoor een hoge vergoeding te bieden. Bij de toepassing van de hogervermelde formule geniet deze aldus een aanzienlijke hefboomwerking. De aanbestedende overheid meent evenwel dat dit de vergelijking van de offertes niet onmogelijk maakt, noch de mededinging vertekent, of op een andere wijze zou moeten leiden tot de onregelmatigheid van de offerte.

Vooreerst wordt vastgesteld dat het bestek toelaat om niet of slechts in beperkte mate in te zetten op digitalisering van de Reclame-eenheden. De keuze van de inschrijver is dus ook verenigbaar met het bestek.

De aangeboden vergoeding voor de wijziging van vaste poster naar digitaal is bovendien grondig onderzocht, en wordt niet abnormaal geacht. De inschrijver heeft blijk gegeven van een visie die creatief en ambitieus is, en die steunt op aanbodschaarste en beperkte omvormingen op strategische locaties, zonder in strijd te komen met de vereisten van het bestek. De geboden vergoeding lijkt in het licht van de door hem gegeven toelichting, rekening houdend met de onzekerheden en risico-overdracht eigen aan de concessies, niet onredelijk of onmogelijk.

Waar de inschrijver verwees naar de mogelijkheden voorzien in artikel IV.1.8 van het bestek, blijkt uit de antwoorden gegeven na ondervraging dat hij erkent dat dit slechts mogelijk is mits bijkomende toestemming. Hij aanvaardt ook dat niet zeker is dat de gevraagde toestemmingen zullen worden verleend, en heeft uitdrukkelijk bevestigd dat de voorgestelde vergoeding in elk geval verschuldigd is wanneer tot digitalisering van een vaste poster wordt overgegaan, ongeacht of een toestemming in de zin van artikel IV.1.8 van het bestek is gevraagd of verleend. Hij heeft aangegeven daarmee rekening te hebben gehouden, en bereid te zijn dit risico te nemen. In die zin is de verbintenis van de inschrijver onvoorwaardelijk en zeker, en verenigbaar met de voorschriften van het bestek.

Ten slotte kan worden vastgesteld dat de aangehaalde hefboomwerking van de door BMO geboden vergoeding op zich niet doorslaggevend is voor het behalen van de hoogste score. Het is de aanzienlijk hogere basisvergoeding geboden door [de nv B.] die wezenlijk het verschil maakt. Zelfs indien, enkel wat [bv B.] betreft, abstractie wordt gemaakt van die digitaliseringsvergoeding, zou deze inschrijver nog steeds het hoogste aantal punten op het gunningscriterium scoren.”

De beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor het eerste gunningscriterium luidt als volgt:

“1) Gunningscriterium Financiële vergoeding

Aangezien het financieel voorstel voor het optionele Eindscenario nr. 2 een extra vergoeding aan de Concessieverlener inhoudt, wordt de gewogen som berekend als volgt: Som van de Jaarlijkse Financiële vergoedingen + $(0,5 * \text{financieel voorstel voor optie Eindscenario nr. 2})$

Op basis van die rekenformule behaalt de offerte een gewogen som van 45.294.900.

Dit is niet de hoogste gewogen som. Op basis van de pro rata quotering voorzien door het bestek $(95 * 45.294.900/238.602.120)$ behaalt de inschrijver 18 punten. Er wordt verwezen naar de toelichting gegeven hoger.”

Voor het tweede gunningscriterium behalen beide offertes een maximale score van 5 punten.

Aangezien de offerte van de bv B. aldus een eindscore van 100 punten behaalt, tegenover een score van 23 punten voor de offerte van de verzoekende partij, wordt voorgesteld om perceel 1 van de concessieopdracht te gunnen aan de bv B.

Daarnaast wordt afgezien van de gunning van perceel 2.

Als bijlage bij het gunningsverslag wordt een ‘Vertrouwelijke nota motivering onderzoek prijzen’ gevoegd.

3.6. Op 16 juli 2026 besluit het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent om af te zien van het gunnen van perceel 2 van de concessieopdracht.

Tevens beslist zij om het gunningsverslag goed te keuren en om perceel 1 van de concessie overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de bv B. Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 31 juli 2026 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. Nadere precisering van het voorwerp van het beroep

4. Zoals blijkt uit de omschrijving van het feitenrelaas in het verzoekschrift en ook bevestigd wordt door de verzoekende partij ter terechtzitting heeft de voorliggende procedure enkel betrekking op perceel 1 van de concessie.

Het voorwerp van het beroep omvat dan ook enkel de bestreden gunningsbeslissing met betrekking tot perceel 1 ‘reclame op straatmeubilair’ van de concessie, evenals de impliciete beslissing om dit perceel niet te gunnen aan de verzoekende partij.

V. Tussenkoms

5. De bv B. blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

VI. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

6. Alle partijen vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden en waarbij zij ook de redenen opgeven waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vragen.

7. Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan, althans in deze fase van het geding, te lichten.

VII. Ontvankelijkheid van de vordering

8. De verwerende partij en de tussenkomende partij werpen een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de vordering op in zoverre zij gericht is tegen de impliciete beslissing om perceel 1 van de concessie niet te gunnen aan de verzoekende partij.

9. Los van de vraag of de verzoekende partij enigszins aannemelijk maakt of uit het ernstig bevinden van het eerste, derde en/of het vierde middel zou voortvloeien dat de verwerende partij perceel 1 van de concessie enkel en alleen nog rechtsgeldig aan haar zou mogen gunnen als enige andere inschrijver, brengt de verzoekende partij in ieder geval geen enkel argument aan dat de Raad van State ertoe zou moeten brengen om de verwerende partij het recht te ontzeggen nog op gemotiveerde wijze gebruik te maken van de mogelijkheid af te zien van het gunnen van de concessie en deze desgevallend opnieuw in de markt te plaatsen. Zulks volstaat om vast te stellen dat de vordering niet ontvankelijk is in de mate dat zij is gericht tegen de impliciete beslissing.

De exceptie is gegrond.

VIII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

10. Krachtens artikel 17, §§ 1, 5 en 6, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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: wet van 17 juni 2013), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel waarvan het onderzoek zich leent voor een versnelde behandeling of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

IX. Onderzoek van de middelen

A. Vooraf

11. De verzoekende partij formuleert in het verzoekschrift na haar eerste middel, een tweede middel “in ondergeschikte orde”. Aldus nodigt de verzoekende partij de Raad van State uit de middelen in de door haar bepaalde volgorde te behandelen.

12. De Raad van State is niet gebonden door de door de verzoekende partij voorgestelde volgorde. Het komt hem voor dat het te dezen past om het tweede middel, dat de wettigheid van het eerste gunningscriterium betreft, eerst te beoordelen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. Het tweede middel, dat in ondergeschikte orde wordt opgeworpen, is genomen uit de schending van de artikelen 24, eerste lid, 25, § 1,

38 en 55, § 1 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ (hierna: wet van 17 juni 2016), artikel 5.141 van het Burgerlijk Wetboek, de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.

14. De verzoekende partij vat het middel in het verzoekschrift samen als volgt:

“42. Indien het eerste middel niet ernstig bevonden zou worden, ten eerste quod non, dan moet op zijn minst tot de onwettigheid van het gunningscriterium ‘De financiële vergoeding voor de Concessieverlener’ besloten worden, en dit wegens schending van de artikelen 55, § 1, 24 eerste lid, 25, §1 en 38 van de Concessiewet. Zoals reeds onder het eerste middel toegelicht, worden concessies ingevolge artikel 55, § 1 van de Concessiewet gegund op basis van objectieve criteria die voldoen aan de in de artikelen 24, eerste lid, 25, § 1 en 38 genoemde beginselen en die ervoor zorgen dat de offertes onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden beoordeeld, waardoor een ‘algeheel economisch voordeel voor de aanbesteder kan worden vastgesteld’.

Het gunningscriterium ‘de financiële vergoeding voor de concessieverlener’ omvat zoals onder het eerste middel toegelicht, 10x een fictieve jaarlijkse financiële vergoeding, waarbij uitgegaan wordt van de fictieve situatie dat 30 reclame-eenheden, waarvan 20 statische reclame-eenheden en 10 scrollende reclame-eenheden, worden vervangen door een digitaal scherm.

In het bestek wordt toegelicht dat dit een puur fictieve berekening is teneinde de offertes objectief te kunnen beoordelen, doch dat ‘dit geen verplichting of specifieke verwachting inhoudt ten aanzien van de inschrijver (later concessiehouder)’, die ‘de vrijheid heeft tijdens de looptijd van de Concessie zelf te bepalen hoeveel Reclame-eenheden als Digitale Reclame-eenheid worden ingericht’.

Hierdoor staat niet vast dat de door de inschrijver in de offerte geboden vergoeding ook effectief tijdens de uitvoering van de concessie aan verwerende partij betaald zal worden, aangezien elke verplichting hiertoe ontbreekt. De inschrijver dient zich hiertoe niet te verbinden in zijn offerte en kan ook tijdens de uitvoering vrij, ongeacht de inhoud van zijn offerte, beslissen óf en hoeveel Digitale Reclame-eenheden hij plaatst. Er is enkel een betalingsverplichting bij effectieve plaatsing van Digitale Reclame-eenheden.

Dergelijk gunningscriterium leidt ertoe dat een inschrijver een zeer hoge vergoeding kan bieden in zijn offerte, wetende dat hij deze toch niet moet betalen tijdens de uitvoering van de concessie.

Daarenboven gaat verwerende partij wat de aantallen betreft uit van een fictie, die compleet geen steek houdt met de werkelijke uitvoering. Deze fictie wordt bovendien enkel x10 gedaan, terwijl de duur van de concessie 20

jaar is, en de concessiehouder reeds vanaf jaar 2 de in de offerte opgenomen vergoeding voor een Digitale Reclame-eenheid moet betalen aan verwerende partij.

Minstens laat het gunningscriterium niet toe het effectieve bedrag dat zal betaald worden, te controleren.

43. Op die manier wordt artikel 55 van de Concessiewet, hetwelk de bedoeling heeft om middels de gunningscriteria een algeheel economisch voordeel aan de aanbesteder te verschaffen, geheel uitgehold, nu van een financieel gunningscriterium verwacht wordt het financieel voordeel voor verwerende partij tijdens de uitvoering van de concessie vast te stellen, terwijl nu het gunningscriterium uitgaat van een fictie waaraan de concessiehouder geenszins tijdens de uitvoering van de concessie gebonden is.

Tevens is de mededinging en gelijke behandeling onder de inschrijvers geschonden, nu het gunningscriterium enkel dient ten behoeve van inschrijvers die speculeren, zoals de gekozen inschrijver (...), en niet ten aanzien van inschrijvers die met hun offerte beogen een correcte effectieve financiële vergoeding aan verwerende partij te garanderen, zoals verzoekende partij.

Het gunningscriterium werkt duidelijk speculatie in de hand.

44. Aangezien het gunningscriterium niet garandeert dat de gekozen inschrijver tijdens de uitvoering van de concessie ook effectief de door haar geboden vergoeding moet betalen, is de overeenkomst aleatoir en strijdig met artikel 5.141 BW, nu de al dan niet betaling afhankelijk is van louter en alleen de eigen beslissing van deze gekozen inschrijver om tijdens de uitvoering van de concessie al dan niet Digitale Reclame-eenheden te plaatsen, evenals in voorkomend geval het aantal.

45. Indien het eerste middel niet ernstig wordt bevonden, dan is in elk geval dit tweede middel, waarbij de onwettigheid van het gunningscriterium wordt opgeworpen, ernstig.

Een onwettig gunningscriterium leidt automatisch tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing. Het staat zodoende niet vast dat de offerte van de gekozen inschrijver de economisch meest voordelige offerte is.”

Beoordeling

15. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij en tussenkomende partij aangevoerde excepties van niet-ontvankelijkheid van het middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

16. Luidens artikel 55, § 1, van de wet van 17 juni 2016 worden concessies gegund op basis van objectieve criteria die voldoen aan de in de artikelen 24, eerste lid, 25, § 1, en 38 genoemde beginselen en die ervoor zorgen

dat de offertes onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden beoordeeld, waardoor een algeheel economisch voordeel voor de aanbesteder kan worden vastgesteld.

Artikel 24, eerste lid, van dezelfde wet bepaalt dat de aanbestedende overheid zorgt voor de plaatsing en uitvoering van concessies overeenkomstig de beginselen van niet-discriminatie en gelijke behandeling van de ondernemers en dat zij op transparante en evenredige wijze handelt.

Artikel 25, § 1, van dezelfde wet bepaalt dat een aanbesteder geen concessie mag opstellen met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.

Artikel 38 van dezelfde wet bevestigt dat de plaatsingsprocedure van een concessie zodanig moet worden opgesteld dat de in de artikelen 24, eerste lid en 25, § 1, genoemde beginselen worden geëerbiedigd.

17. In het tweede middel betwist de verzoekende partij de wettigheid van het eerste gunningscriterium ‘De financiële vergoeding voor de Concessieverlener’, dat een weging van 95/100 punten vertegenwoordigt. De omschrijving van dit gunningscriterium werd hoger reeds opgenomen onder punt 3.2. van het feitenrelaas. Er wordt naar verwezen.

Op basis van de opdrachtdocumenten lijkt het gunningscriterium aldus berekend te moeten worden als een gewogen som, waarbij gedurende een periode van 10 jaar enkel de basisvergoeding wordt betaald (10 X basisvergoeding) en voor de tweede periode van 10 jaar bijkomend wordt uitgegaan van 20 digitalisering van vaste posters en 10 digitalisering van scrollers (10 X (basisvergoeding + 20 X digitaliseringsvergoeding vaste posters + 10 X digitaliseringsvergoeding scrollers)). Daarnaast wordt nog voorzien in een verrekening voor het financieel voorstel voor Eindscenario 2.

18. In een eerste grief betoogt de verzoekende partij dat het voormelde gunningscriterium en de beoordelingswijze ervan de verwerende partij

niet toelaat om het algeheel economisch voordeel voor de aanbestedende overheid vast te stellen en dit te controleren. Zij leidt dit af uit het gegeven dat het gunningscriterium uitgaat van een “puur fictieve berekening”, terwijl de inschrijver “de vrijheid heeft tijdens de looptijd van de Concessie zelf te bepalen hoeveel Reclame-eenheden als Digitale Reclame-eenheid worden ingericht”. Aldus zou een zeer hoge vergoeding kunnen worden geboden in de offerte, terwijl deze niet hoeft te worden betaald tijdens de uitvoering van de concessie. Bovendien wordt de fictie “enkel X 10 gedaan, terwijl de duur van de concessie 20 jaar is en de concessiehouder reeds vanaf jaar 2 de in de offerte opgenomen vergoeding voor een Digitale Reclame-eenheid moet betalen aan de verwerende partij”.

Deze grief wordt op het eerste gezicht niet bijgevalen om de volgende redenen.

In tegenstelling tot wat geldt voor overheidsopdrachten in artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ verwijst voormeld artikel 55, § 1, voor concessies niet naar “de economisch meest voordelige offerte”, maar wel naar de vaststelling van een “algeheel economisch voordeel voor de aanbesteder”. De gunningscriteria kunnen aldus betrekking hebben “op factoren die niet louter economisch zijn, maar de waarde van de offerte vanuit het standpunt van de aanbesteder beïnvloeden, waardoor een algeheel economisch voordeel voor de aanbesteder kan worden vastgesteld” (*Parl.St.* Kamer, 2015-16, nr. 1708/001, 91). Een concessie voor diensten onderscheidt zich van een overheidsopdracht door de verlening aan de concessiehouder van het recht, eventueel gepaard gaande met een prijs, om de diensten te exploiteren die het voorwerp van de concessie zijn, waarbij de concessiehouder in het kader van de gesloten overeenkomst over een bepaalde economische vrijheid beschikt om de voorwaarden voor de exploitatie van de hem toevertrouwde diensten te bepalen en tegelijkertijd het aan de exploitatie van die diensten verbonden risico op zich neemt (HvJ 10 november 2022, C-486/21, ECLI:EU:C:2022:868, *Sharengo*, punt 60). In de mate dat de verzoekende partij in het middel kritiek uit op de wijze van verwerking van de aanvullende digitaliseringsvergoedingen in het prijscriterium in het licht van de vrijheid die aan de inschrijvers wordt gelaten om tijdens de looptijd van de concessie zelf te bepalen hoeveel Reclame-eenheden als Digitale Reclame-eenheid

worden ingericht, lijkt zij voorbij te gaan aan de aard van een concessie voor diensten.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt het voormelde gunningscriterium op het eerste gezicht ook niet te kunnen worden aangemerkt als een louter “fictief luchtcriterium”. Zo lijkt in de omschrijving van het gunningscriterium immers een groot belang te worden gehecht aan de basisvergoeding, welk aspect van de vergoeding zeker en onvoorwaardelijk lijkt te zijn, wat speculatie lijkt te ontmoedigen.

De verzoekende partij maakt voorts niet aannemelijk dat de voormelde bepalingen van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake concessieovereenkomsten’ zich zouden verzetten tegen het hanteren van een fictief scenario, ook rekening houdend met de aard van een concessie voor diensten. Zoals in de memorie van toelichting bij voormeld artikel 38 van de wet wordt verduidelijkt zijn “concessieovereenkomsten (...) gewoonlijk complexe langetermijnregelingen waarbij de concessiehouder verantwoordelijkheden en risico’s op zich neemt die traditioneel door de aanbesteders worden gedragen en gewoonlijk ten hunnen laste vallen. Om deze reden en behoudens de naleving van deze wet en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, moet aanbesteders een grote vrijheid worden gelaten bij het bepalen en organiseren van de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt” (*Parl.St.* Kamer, 2015-16, nr. 1708/001, 66-67; zie tevens overweging 68 bij Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten).

Dat te dezen deels uitgegaan wordt van een fictieve jaarlijkse vergoeding op basis van een fictief aantal vervangingen, betekent niet dat deze aldus geen waarde kunnen hebben bij de beoordeling van een gunningscriterium ‘financiële vergoeding voor de concessieverlener’. Het lijkt te gaan om een concessie van lange duur in een technologisch sterk evoluerende sector. Gelet op het feit dat de toekomstige vervangingen nog niet vaststaan, lijkt het niet onredelijk van de verwerende partij om – zoals bovendien aangekondigd in het bestek – gedeeltelijk een fictieve jaarlijkse vergoeding in aanmerking te nemen op basis van een fictief aantal vervangingen. Gelet op de veelheid aan mogelijke scenario’s die

de inschrijvers zouden kunnen voorstellen, terwijl nog niet geweten is welke digitalisering in de komende 20 jaar van de duur van de concessie daadwerkelijk zullen worden doorgevoerd, lijkt het daarbij op het eerste gezicht ook niet onredelijk om dergelijke ‘fictieve’ wijziging van de types reclame-eenheden te hanteren voor de helft van de looptijd van de concessie.

Op het eerste gezicht blijkt ook niet dat het voormelde gunningscriterium een objectieve vergelijking van de offertes heeft verhinderd, noch dat het de verwerende partij niet toeliet om voor haar een algeheel economisch voordeel vast te stellen.

19. In het licht van al het voorgaande maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht evenmin aannemelijk dat de mededinging en de gelijke behandeling onder de inschrijvers wordt geschonden omdat het gunningscriterium enkel zou dienen ten behoeve van inschrijvers die speculeren.

Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat de gunningsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de concessie in de wacht te slepen, wat onder meer inhoudt dat zij zich in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen in een gelijke positie moeten bevinden, wat te dezen het geval lijkt te zijn. Uit niets blijkt dat de verzoekende partij bij het uitwerken van haar offerte over minder of andere informatie dan de tussenkomende partij zou hebben beschikt. Zij blijkt de verwerende partij ook te hebben kunnen bevragen over het betrokken gunningscriterium, waarna de verduidelijking die door de verwerende partij werd verstrekt op het eerste gezicht ook op gelijke wijze aan de inschrijvers ter beschikking werd gesteld via het forum van vragen en antwoorden. Dat de verwerende partij daarbij bepaalde suggesties van de verzoekende partij niet heeft gevolgd, maakt het gunningscriterium op het eerste gezicht niet onwettig.

Evenmin blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij het voormelde gunningscriterium zou hebben opgesteld met het doel om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.

20. In zoverre de verzoekende partij voorts betoogt dat “de overeenkomst aleatoir en strijdig met artikel 5.141 B.W.” is nu de al dan niet betaling afhankelijk is van louter en alleen de eigen beslissing van de gekozen inschrijver om tijdens de uitvoering van de concessie al dan niet Digitale Reclame-eenheden te plaatsen, evenals in voorkomend geval het aantal, gaat zij er op het eerste gezicht aan voorbij dat geschillen over burgerlijke rechten krachtens artikel 144 van de Grondwet bij uitsluiting behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken.

21. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

22. Het eerste middel is genomen uit de schending van de artikelen 24, eerste lid, 46 en 55, § 1 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake concessieovereenkomsten’ (hierna: wet van 17 juni 2016), de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en het materiële motiveringsbeginsel en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

De verzoekende partij vat het middel in het verzoekschrift samen als volgt:

“23. De concessie wordt gegund aan een inschrijver die duidelijk veel minder Digitale Reclame-eenheden zal plaatsen. Verzoekende partij biedt blijkens het gunningsverslag weliswaar een lagere basisvergoeding en ook een lager bedrag voor de plaatsing van een Digitale Reclame-eenheid, doch uit haar offerte, zoals ook bevestigd in het gunningsverslag, blijkt duidelijk dat zij ingevolge een doorgedreven digitaliseringsstrategie reeds vanaf jaar 1 een aanzienlijk aantal Digitale Reclame-eenheden zal installeren, en ook tijdens de 20 jaar nog véél meer Digitale Reclame-eenheden zal plaatsen. Hierdoor zal zij finaal meer dan waarschijnlijk een veel hogere vergoeding betalen aan verwerende partij dan hetgeen [de gekozen inschrijver] zal doen, dit

aangezien er luidens het bestek maar een vergoeding aan verwerende partij betaald moet worden per effectief gedigitaliseerde Reclame-eenheid én er in het bestek géén enkele verplichting voor de concessiehouder tot effectief digitaliseren is opgenomen én in het gunningsverslag te lezen staat dat [de gekozen inschrijver] maar ‘erg beperkt’ zal digitaliseren (zelfs hiertoe is ze overigens geenszins verplicht; ze kan tijdens uitvoering perfect beslissen om helemaal niet te digitaliseren en dus ook geen digitaliseringsvergoeding te moeten betalen).

24. Aangezien de concessie gegund werd aan een inschrijver die duidelijk niet de hoogste financiële vergoeding aan verwerende partij zal betalen, terwijl er enkel financiële gunningscriteria in het bestek zijn opgenomen, wordt artikel 55 van de Concessiewet geschonden. Verwerende partij had de concessie moeten gunnen aan verzoekende partij, als zijnde de inschrijver die ook effectief door het installeren van Digitale Reclame-eenheden tijdens de uitvoering van de concessie, een veel hogere vergoeding zal betalen aan verwerende partij dan [de gekozen inschrijver].

Het is nogal evident dat een financieel criterium de effectieve betaling omhelst, en niet iets wat nooit betaald zal worden.

Desalniettemin wordt de concessie gegund aan een inschrijver, waarvan reeds in de offerte te lezen staat dat zij maar ‘erg beperkt’ zal digitaliseren.

25. Verwerende partij had net zoals ze deed met [de gekozen inschrijver], verzoekende partij om inlichtingen moeten vragen.

[De gekozen inschrijver] kreeg tot meerdere keren toe de kans om financiële toelichtingen te verstrekken, waar verzoekende partij deze kans niet kreeg. Indien verwerende partij verzoekende partij bevraagd zou hebben over het aantal Digitale Reclame-eenheden die geplaatst zouden worden over de volledige 20 jaar, dan zou het duidelijk zijn dat verzoekende partij de hoogste financiële vergoeding aan verwerende partij biedt.

Het staat bijgevolg minstens vast dat niet alle inschrijvers op dezelfde manier behandeld werden, waardoor het gelijkheidsbeginsel, zoals ook vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet alsook artikel 24 van de Concessiewet, waarin ook de verplichting tot gelijke behandeling van de inschrijvers is opgenomen, werden geschonden.

26. Met dergelijke handelswijze heeft verwerende partij de offertes niet zorgvuldig behandeld, waardoor het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden is. Het is kennelijk onredelijk om de concessie te gunnen aan een inschrijver die uiteindelijk bijlange niet de hoogste vergoeding zal betalen aan verwerende partij, terwijl er nochtans enkel financiële gunningscriteria zijn opgenomen in het bestek in combinatie met het in artikel 55 van de Concessiewet bedoelde economische voordeel.

Minstens wordt niet (of niet afdoende) gemotiveerd in het gunningsverslag waarom niettegenstaande verzoekende partij waarschijnlijk de hoogste effectief te betalen vergoeding biedt de concessie in weerwil van de genoemde bepalingen uit de Concessiewet tóch aan [de gekozen inschrijver] gegund wordt. In die zin zijn ook de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet geschonden. In de mate Uw Raad de toelichting in het gunningsverslag m.b.t. de offerte van [de gekozen inschrijver] als een motivering zou beschouwen, lichtte verzoekende partij hierboven toe dat

deze motivering geenszins steekhoudend en dus onjuist is, waardoor er dus minstens sprake is van een schending van de materiële motiveringsplicht. 27. Het eerste middel is bijgevolg ernstig.”

Beoordeling

23. De beoordeling van het eerste gunningscriterium in het gunningsverslag werd hoger reeds weergegeven onder punt 3.5 van het feitenrelaas. Er wordt naar verwezen.

24. Op het eerste gezicht lijkt de argumentatie van de verzoekende partij in het eerste middel tot gevolg te hebben dat de verwerende partij toepassing had moeten maken van een ander gunningscriterium en een andere beoordelingsmethode ervan dan diegene die in het bestek vooraf werd aangekondigd. Het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* verplicht het bestuur evenwel de algemene regels die het zelf heeft vastgesteld te eerbiedigen bij de concrete toepassing ervan. Daaruit vloeit voort dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes gebonden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld, te dezen de onder punt II.6.1 van het bestek vermelde formule en wijze van berekening van de componenten ervan. Om die reden lijkt de kritiek van de verzoekende partij op de beoordeling van het eerste gunningscriterium dan ook niet te kunnen worden bijgevalen.

25. Daarbij komt dat de hypothese van de verzoekende partij, waarop haar middel wezenlijk berust en waarbij zij stelt dat “zij finaal meer dan waarschijnlijk een veel hogere vergoeding [zal] betalen aan verwerende partij dan hetgeen [tussenkommende partij] zal doen” waardoor de concessie niet zou worden toegewezen aan de inschrijver met de offerte waarin een algeheel economisch voordeel voor de aanbesteder kan worden vastgesteld, alvast lijkt tegengesproken te worden door de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State heeft kunnen inzien. Zo blijkt op het eerste gezicht uit de financiële nota in de offerte van de verzoekende partij, waarin zij uiteenzet wat de verwachte jaarlijkse vergoeding zal zijn vanaf het tweede jaar van het contract, dat zelfs indien rekening zou zijn gehouden met de digitalisering zoals weergegeven in haar offerte, zij ver onder de basisvergoeding van de gekozen inschrijver blijft. Het

middel lijkt aldus ook te berusten op een hypothetische aanname die, althans in deze fase van het geding, niet overtuigt.

26. Zoals ook wordt gesteld in de motivering in het gunningverslag lijkt overigens de door de gekozen inschrijver geboden digitaliseringsvergoeding op zich niet doorslaggevend te zijn geweest voor het behalen van de hoogste score, maar lijkt het de aanzienlijk hogere basisvergoeding geboden door deze inschrijver te zijn die wezenlijk het verschil maakt wat de hogere score voor de gekozen inschrijver betreft.

27. Waar de verzoekende partij aanvoert dat de tussenkomen partij tot meerdere keren toe de kans heeft gekregen om (financiële) toelichtingen te vertrekken terwijl haar die mogelijkheid ten onrechte werd ontzegd, kan ook deze grief niet worden bijgetreden.

Wanneer de schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd, komt het aan de verzoekende partij toe voldoende concrete elementen aan te brengen om, in de eerste plaats, de vergelijkbaarheid van haar eigen situatie met die van de gekozen inschrijver aan te tonen en vervolgens waarom de ongelijke behandeling een discriminatie uitmaakt.

Zoals blijkt uit de hiervoor onder punt 3.5 aangehaalde motivering en hierna nog zal blijken uit de beoordeling van het derde middel, werd de gekozen inschrijver meermaals gevraagd om toelichting en verantwoording van de voorgestelde vergoedingen evenals naar de wijze waarop de inschrijver artikel IV.1.8 van het bestek interpreteerde in het licht van diens digitaliseringsstrategie. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat de verzoekende partij zich, zowel wat de hoogte van de geboden vergoedingen als wat de vraag naar de regelmatigheid van haar offerte betreft, in een vergelijkbare situatie bevindt als die van de gekozen inschrijver.

Een schending van artikel 24 van de wet van 17 juni 2016, welke bepaling een bijzondere uitdrukking vormt van het (grondwettelijk) gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, doordat de verwerende partij de verzoekende partij,

anders dan de gekozen inschrijver, niet verder heeft bevraagd over haar offerte, wordt bijgevolg op het eerste gezicht evenmin aangetoond.

28. Het eerste middel is niet ernstig.

D. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

29. Het derde middel is genomen uit de schending van artikel 24 van de wet van 17 juni 2016, artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ (hierna: koninklijk besluit van 25 juni 2017), de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het formele en materiële motiveringsbeginsel en de gelijke behandeling van inschrijvers.

De verzoekende partij vat het middel in het verzoekschrift samen als volgt:

“De offerte van de gekozen inschrijver had substantieel onregelmatig verklaard moeten worden wegens abnormale prijzen, minstens had een formele prijsverantwoording gevraagd moeten worden.

Het is duidelijk dat de gekozen inschrijver gespeculeerd heeft bij de opgave van de gevraagde financiële vergoedingen, en dit ingevolge de formulering van het gunningscriterium en de afwezigheid van enige verplichting tot het effectief plaatsen van Digitale Reclame-eenheden.

Bovendien kan uit het gunningsverslag worden afgeleid dat de gekozen inschrijver haar offerte nog gewijzigd heeft, terwijl dit onverenigbaar is met een openbare procedure. Daarenboven stelt zich de vraag in welke mate de gekozen inschrijver alle bestekbepalingen wel correct begrepen heeft, en een bestekconforme offerte indiende. Het tegendeel blijkt minstens impliciet uit het gunningsverslag.

Hierdoor is artikel 30 KB Plaatsing geschonden, evenals het zorgvuldigheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel (gelijkheid onder de inschrijvers). Minstens is er sprake van een motiveringsgebrek.”

Beoordeling

30. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel wat de aangevoerde kritiek over het variabele deel van de vergoeding betreft, is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

31. Het derde middel heeft betrekking op de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver, zowel op het vlak van de geboden financiële vergoedingen als op het vlak van de overeenstemming met het bestek, evenals op een vermeend ongelijke behandeling van de inschrijvers omdat de gekozen inschrijver zijn offerte nog zou hebben gewijzigd.

32. Artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 luidt:

“§ 1. De aanbesteder gaat na of de offertes regelmatig zijn.

De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 18, 23, 24 of 27, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de concessiedocumenten.

§ 2. Wanneer een offerte die meerdere niet substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, verschaft de aanbesteder de inschrijver de mogelijkheid om deze onregelmatigheden te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat. Bij afwezigheid van een dergelijke regularisatie verklaart de aanbesteder de offerte nietig.

De aanbesteder verklaart de offerte die een substantiële onregelmatigheid bevat nietig, behalve indien anders is bepaald in de concessiedocumenten. In dat laatste geval verschaft zij de inschrijver de mogelijkheid om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij de aanbesteder ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie.

Substantieel onregelmatige offertes, zo zij al in aanmerking komen voor regularisatie overeenkomstig het eerste en tweede lid, kunnen slechts vóór de aanvang van de onderhandelingen worden geregulariseerd.

§ 3. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.”

33. In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard wegens abnormale prijzen, minstens dat een formele prijsverantwoording had moeten worden gevraagd, valt in de eerste plaats op te merken dat het middel geen betrekking lijkt te hebben op prijzen die door de verwerende partij aan de inschrijvers dienen te worden betaald, maar wel op vergoedingen die door de inschrijvers aan de verwerende partij worden geboden ten gevolge van het toekennen van de concessie voor het voeren van reclame.

De verzoekende partij lijkt ook niet te betwisten dat de regelgeving inzake concessieovereenkomsten, anders dan die inzake overheidsopdrachten, niet voorziet in een verplichting om een algemeen prijzen- of kostenonderzoek uit te voeren. Het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes dat de verwerende partij in het kader van voormeld artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 dient te voeren lijkt in het voorliggend kader van een concessie voor diensten op het eerste gezicht niet te vergelijken met het specifiek geregelde prijsonderzoek, zowel algemeen als eventueel bijzonder, dat een aanbestedende overheid dient te voeren in het kader van de overheidsopdrachtenreglementering.

34. De in het gunningsverslag uitgedrukte motivering, zoals hoger weergegeven onder punt 3.5., verschaft, ook in het licht van het vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens, aan de verzoekende partij op het eerste gezicht voldoende duidelijkheid over de motieven waarom de verwerende partij op basis van de door deze inschrijver verstreekte toelichting heeft besloten dat de geboden vergoedingen niet abnormaal hoog zijn en dat er evenmin andere redenen zijn die zouden doen besluiten dat de offerte (substantieel) onregelmatig moet worden verklaard. In zoverre een schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd, is het middel niet ernstig.

35. De Raad van State mag voorts, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

Uit het gunningsverslag en de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij de door de inschrijvers geboden vergoedingen heeft onderzocht en vergeleken, waarna zij tot een uitvoerige bevraging is overgegaan bij de gekozen inschrijver zowel wat de aangeboden vergoedingen als wat de overeenstemming met het bestek betreft.

In de mate dat de verzoekende partij daarbij betoogt dat “het duidelijk is dat de gekozen inschrijver gespeculeerd heeft bij de opgave van de financiële vergoedingen”, wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat dit alvast niet lijkt op te gaan voor de basisvergoeding, die zeker verschuldigd lijkt te zijn. Wat de digitaliseringsvergoeding betreft, blijkt voorts op het eerste gezicht uit het gunningsverslag en de als bijlage bij dit verslag gevoegde ‘Vertrouwelijke nota motivering onderzoek prijzen’ die de Raad van State heeft kunnen inzien, dat de verwerende partij uitvoerig lijkt te hebben onderzocht of het gegeven dat de offerte van de gekozen inschrijver inzet op een erg beperkte digitalisering van de vaste posters en daarvoor een hoge vergoeding biedt, tot één van de in voormeld artikel 30, § 1, derde lid, bedoelde gevolgen zou kunnen leiden. In het gunningsverslag en de bijgevoegde nota wordt vervolgens uiteengezet waarom zij meent dat dit niet het geval is. Er blijkt op het eerste gezicht niet dat deze beoordeling de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten gaat.

36. Voorts blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij in detail de aangeboden vergoedingen heeft nagekeken, dit om zich er zowel van te vergewissen op basis waarvan bepaalde hoge vergoedingen werden aangeboden door de gekozen inschrijver, alsook dat deze inschrijver niet uitging van een verkeerde of te vrije lezing van het bestek. Dat de gekozen inschrijver geen

bestekconforme offerte zou hebben ingediend, blijkt, anders dan de verzoekende het ziet, ook niet uit het gunningsverslag.

Ook in zoverre de verzoekende partij nog betoogt dat uit het gunningverslag kan worden afgeleid dat ingevolge de bevraging de offerte van de gekozen inschrijver werd gewijzigd, gaat zij op het eerste gezicht uit van een verkeerde lezing van het gunningsverslag. Dergelijke wijziging van de offerte blijkt op het eerste gezicht ook niet uit de stukken van het administratief dossier.

37. In zoverre de verzoekende partij tot slot ook in het kader van het derde middel kritiek uit op het feit dat zij, anders dan de gekozen inschrijver, niet werd bevraagd over haar offerte, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middel, waarin deze grief reeds werd verworpen.

38. Het derde middel is niet ernstig.

E. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

39. Het vierde middel is genomen uit een schending van de artikelen 50 en 52 van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 31 en 35 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017, de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het formele en materiële motiveringsbeginsel en de gelijke behandeling van de inschrijvers.

De verzoekende partij zet het middel in het verzoekschrift uiteen als volgt:

“In het gunningsverslag (pg. 3) staat m.b.t. de offerte van de gekozen inschrijver (...) te lezen :

‘1. F. Het uittreksel uit het strafregister op naam van [de gekozen inschrijver] is niet blanco, maar het gaat niet om een uitsluitingsgrond.’

Het gunningsverslag bevat geen verdere informatie, zodat verzoekende partij niet kan controleren of de vermelding op het attest van het strafregister effectief geen verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond is in de zin van de artikelen 50 en 52 Concessiewet en artikel 31 KB Concessies.

Immers indien wél een uitsluitingsgrond van toepassing is, had de gekozen inschrijver uitgesloten moeten worden (minstens had bij de facultatieve uitsluitingsgrond gemotiveerd moeten worden waarom niet tot de uitsluiting werd overgegaan), en de concessie aan verzoekende partij gegund moeten worden. Minstens bevat het gunningsverslag een motiveringsgebrek. Minstens heeft verwerende partij niet afdoende de controleverplichting van artikel 35 KB Concessies uitgeoefend. Ook het vierde middel is ernstig.”

Beoordeling

40. In het gunningsverslag wordt in het kader van de beoordeling van de uitsluitingsgronden met betrekking tot de offerte van de gekozen inschrijver het volgende opgemerkt: “OK*”, waarbij wordt toegelicht: “Het uittreksel uit het strafregister op naam van [de nv B.] is niet blanco, maar het gaat niet om een uitsluitingsgrond.”

41. Uit de vermelding in het gunningsverslag, waarbij de verwerende partij opmerkt dat het strafregister niet blanco is, blijkt vooreerst dat de verwerende partij het uittreksel uit het strafregister van de gekozen inschrijver daadwerkelijk heeft onderzocht. De omstandigheid dat dit uittreksel niet blanco is, betekent op zich niet dat een verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond in de zin van de artikelen 50 of 52 van de wet van 17 juni 2016 voorligt.

42. Luidens artikel 50, § 2, van de voormelde wet, gelden de in § 1, eerste lid, bedoelde uitsluitingen slechts voor een periode van vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling of, wat betreft het in punt 7 bedoelde geval, vanaf de beëindiging van de inbreuk. Luidens artikel 52, tweede lid, van de voormelde wet, gelden de in het eerste lid vermelde uitsluitingen van deelname aan concessies slechts voor een periode van drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis.

Daargelaten de vraag of de vermelding in het uittreksel uit het strafregister kwalificeert als een verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond in de zin van artikel 50, § 1, dan wel 52, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016, valt het alleszins buiten de voormelde periode zodat er op het eerste gezicht geen reden was tot uitsluiting van de gekozen inschrijver, noch tot bijkomende motivering waarom voorbijgegaan zou zijn aan een facultatieve uitsluitingsgrond.

43. Het vierde middel is niet ernstig.

X. Besluit

44. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv B. tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 26 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken op zestien september tweeduizend zesentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Joris Casneuf,

De griffier

Joris Casneuf

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos