

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 81.861 van 15 juli 1999
in de zaak A. 85.310/XII-2.109**

In zake : de n.v. JC DECAUX BELGIUM PUBLICITÉ,
die woonplaats kiest bij
advocaten L. SWARTENBROUX en Fr. VAN NUFFEL,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Brederodestraat 13

tegen :

de stad GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. D'HOOGHE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51

tussenkomen partij :

de n.v. CITY ADVERTISING,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. GHYSELS, P. FLAMEY & Partners,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Aarlenstraat 25.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. JC DECAUX BELGIUM PUBLICITE op 9 juli 1999 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van

- de beslissing van 8 juli 1999 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent waarbij haar offerte voor "het leveren, plaatsen en onderhouden van informatieborden en -zuilen, van wacht-huisjes bij de haltes van het openbaar vervoer en van ander straatmeubilair" wordt geweerd, en van
- de beslissing om die opdracht toe te wijzen aan de n.v. CITY ADVERTISING;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 12 juli 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 13 juli 1999;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat Fr. VAN NUFFEL, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat D. D'HOOOGHE, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaten J. GHIJSELS en K. WAUTERS, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. VERMEIRE;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de n.v. CITY ADVERTISING met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift vraagt om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt:

1.1. Op 23 juni 1998 keurt de gemeenteraad van de stad Gent het bijzonder bestek nr. 6.419 voor het leveren, plaatsen en onderhouden van informatieborden en -zuilen, van wachthuisjes bij de haltes van het openbaar vervoer en van ander straatmeubilair goed. Er wordt gekozen voor een gunning bij wege van algemene offerteaanvraag. De overeenkomst loopt over 15 jaar.

Uit de in het bestek opgenomen "toelichting" blijkt dat het stadsbestuur "in het kader van een kwalitatieve inrichting van het openbaar domein en de bevordering van het gebruik van het openbaar vervoer" de bestaande wachthuisjes wil vernieuwen en uitbreiden en het publiek beter inlichten over de evenementen in de stad. Ook wordt bepaald: "het stadsbestuur zal bij haar keuze vooral toezien op een goede integratie van het straatmeubilair binnen de publieke ruimte en het respect voor het uitgesproken historisch karakter van Gent".

1.2.1. Blijkens artikel 1 van het bijzonder bestek heeft de opdracht betrekking op "het leveren, plaatsen en onderhouden van informatieborden en -zuilen voor onder meer stedelijke, culturele en toeristische informatie en van wachthuisjes bij de haltes van het openbaar vervoer". Er wordt bepaald dat het de wens is van de stad "aan het meubilair een eigen Gents karakter te geven". Het meubilair moet door zijn vormgeving en hedendaagse aanblik een verrijking betekenen voor het stadsbeeld en wat betreft de wachthuisjes het gebruik en het comfort van het openbaar vervoer bevorderen". De opdracht heeft in eerste instantie betrekking op 300 wachthuisjes van een type A ("standaard vormgeving") en 100 wachthuisjes van het type B ("specifieke vormgeving", bedoeld voor plaatsing in het historisch centrum), 40 informatieborden met stadsplan, 40 informatieborden met culturele affichage en 30 informatiezuilen. Voor die opdracht wordt de term "basismeubilair"

gebruikt. Naast dat "basismeubilair" heeft de opdracht ook betrekking op "bijkomend straatmeubilair", waaronder verstaan wordt de mogelijkheid voor de stad om meer basismeubilair te laten plaatsen en op "aanvullend straatmeubilair" (afvalkorven, zitbanken, telefooncellen, toiletten, uurwerken, culturele bewegwijzering, elektronische informatiedragers, ...) waarvoor de inschrijver zelf initiatieven mag nemen. Uit artikel 8 blijkt dat het de bedoeling van de stad is de vergoeding die zij ontvangt voor het basismeubilair en van het bijkomend straatmeubilair te gebruiken voor de aankoop van aanvullend straatmeubilair uit het gamma dat door de weerhouden inschrijver wordt aangeboden.

1.2.2. Vrije varianten worden niet toegelaten (artikel 3 van het bestek). Aan de kandidaat-inschrijvers is, na een vraag dienaangaande van de verzoekende partij, bij brief van 30 december 1998 medegedeeld dat "de inschrijver geen van de in het bestek omschreven uitvoeringswijze afwijkende voorstellen (mag) doen".

1.2.3. De gunningscriteria worden in artikel 7 als volgt bepaald:

"Bij de evaluatie en vergelijking van de offertes zullen volgende gunningcriteria toegepast worden :

1. De esthetische kwaliteit van al het aangeboden straatmeubilair, zowel het gevraagde basismeubilair als het aanvullend meubilair vermeld in art. 8, met name
 - het uitzicht, zo o.a. de typische stijlkenmerken en accenten waardoor het aangeboden meubilair zich onderscheidt van het straatmeubilair in andere steden; en de integratie in het stadsbeeld, het beschikbare kleurengamma
 - de eenheid van stijl van de verschillende elementen van het meubilair
 - de harmonie van de materialen en vormgeving
 - de innovatie op vlak van design en techniek van informatieverstrekking(wegingscoëfficiënt : 35 %)
2. De technische kwaliteit en de duurzaamheid o.m. de vandalisbestendigheid en graffitigevoeligheid van alle (basis- en aanvullend) meubilair en

geleverde goederen, het gebruikscomfort van al het voormelde meubilair, de moduleerbaarheid van de wachthuisjes, alsook de technische kwaliteit van de stadsplannen en hun cartografische voorstelling.

Voormeld gebruikscomfort zal wat de wachthuisjes betreft o.a. als volgt nader worden bepaald : aantal zitplaatsen, plaats van de informatiekast o.a. ten opzichte van de zitbank,...

(wegingscoëfficiënt : 25 %)

3. - het bedrag van de jaarlijkse vergoeding;
- de prijs van het aangeboden aanvullend meubilair;
- de (jaarlijkse) vergoedingen die worden aangeboden voor het bijkomend meubilair en bijhorende schaal vermeld in art. 8;
(wegingscoëfficiënt : 25 %)
4. De kwaliteitswaarborgen m.b.t. het onderhoud van al het voorgesteld straatmeubilair
(wegingscoëfficiënt : 10 %)
Er zal rekening gehouden worden met de frequentie van de reiniging en van het onderzoek van de staat van het meubilair en met het aantal personen dat zal ingezet worden voor voormelde schoonmaak en nazicht.
5. Graad van coherentie van het voorstel zoals het blijkt uit het financieel plan
(wegingscoëfficiënt : 5 %)".

1.3. Er worden drie offertes ingediend. In de offerte van verzoekster wordt voor elk stuk van het basismeubilair meerdere creaties aangeboden. Er wordt in het editoriaal wel op gewezen dat exclusief voor Gent straatmeubilair ontwikkeld is "met de vermaarde architect Jordi Farrando" maar in de inschrijving wordt geen hiërarchie onder de creaties vermeld en de creatie-Farrando wordt ook niet over de gehele lijn aangehouden, met name wordt zij niet aangeboden voor het wachthuisje van het Type A, waarvoor twee voorstellen worden gedaan (Trafic en Cristal). De inschrijving van de tussenkomende partij is gesteund op de "Enthoven-lijn" met dien verstande dat voor een wachthuis-type A een alternatief voorstel, de "Wauquier-lijn" wordt gedaan. De inschrijving van de n.v. MORE GROUP BELGIUM vertrekt van "The Ghent Line".

1.4.1. In het gunningsverslag van 5 juli 1999, met in bijlage de verslagen van de verschillende werkgroepen die de verschillende biedingen aan de gunningscriteria hebben getoetst, wordt geconcludeerd dat de inschrijving van de n.v. MORE GROUP BELGIUM substantieel onregelmatig is wegens manifeste afwijking van essentiële bestekbepalingen.

Wat de inschrijving van verzoekster betreft formuleert de werkgroep "esthetische kwaliteit" volgende opmerking: "Bij het door DECAUX aangeboden gamma ontbreekt iedere notie van een totaalconcept, er is geen sprake van een 'enige' lijn. Bepaalde modellen zijn wel terug te vinden bij zowel wachthuisjes als informatieborden of -zuilen, maar nooit bij alle aangeboden meubilair, zodat ondanks de veelheid aan voorgestelde modellen geen totaalconcept kan worden voorgesteld".

Wat de inschrijving van de tussenkomenende partij betreft wijst het verslag erop dat voor het wachthuisje-type A een tweede voorstel geformuleerd is (Wauquiez-lijn) maar dat dat voorstel niet bestekconform is omdat de vandaalbestendige papierkorf slechts optioneel is voorzien zodat het voor het gunnende bestuur onmogelijk is de financiële aspecten van dat bod correct in te schatten.

1.4.2. De eindconclusie van het gunningsverslag luidt als volgt:

"Eindconclusie :

- * M.b.t. de offerte, ingediend door NV JC DECAUX :
1. NV JC DECAUX heeft meerdere bestekconforme voorstellen ingediend voor zowel informatieborden, informatiezuilen, wachthuisjes type A als voor wachthuisjes type B. De offerte van DECAUX kan worden vergeleken met een 'catalogus', waaruit het bestuur een keuze kan maken.
Voor zover voor deze diverse modellen per type basismeubilair een gelijke vergoeding zou worden aangeboden en ze dientiek zouden scoren op alle

criteria, is het verdedigbaar te stellen dat deze inschrijver één offerte zou ingediend hebben en zou er, toch minstens wat dit aspect betreft, een regelmatige inschrijving ingediend zijn.

2. Wat is het resultaat na toetsing van de diverse voorstellen aan de verschillende gunningscriteria ?

* NV JC DECAUX heeft in zijn offerte per type meubilair slechts één bedrag vermeld.

Uit andere documenten van de inschrijving blijkt evenwel dat voor verschillende modellen andere vergoedingen dan deze die in de offerte zijn vermeld, in rekening moet worden gebracht.

Voor deze offerte bestaan er wat het criterium 'bedrag van de jaarlijks vergoedingen en prijs aanvullend meubilair' betreft dan ook vele eindscores, afhankelijk van het model dat voor elk type basis-meubilair (informatieborden en -zuilen en wachthuisjes A en B) beoordeeld wordt en de combinaties die gemaakt worden. Aangezien bij het door DECAUX aangeboden gamma modellen basismeubilair een totaalconcept ontbreekt -bepaalde modellen (Farrando of Foster) zijn wel terug te vinden bij bepaalde types meubilair maar nooit bij alle types- kunnen er een groot aantal combinaties gemaakt worden waaruit een even groot aantal eindscores qua financiële waarde resulteren.

* De diverse modellen per type scoren ook verschillend op de criteria esthetiek en technische kwaliteit en duurzaamheid.

Het opdrachtgevend bestuur kan uit de inschrijving dan ook vele offertes 'construeren' met alle een verschillende eindbeoordeling.

Uit de analyse van het financieel plan van deze inschrijver blijkt duidelijk dat de inschrijver bewust de keuze overliet aan het opdrachtgevend bestuur : de investeringskost is duidelijk niet geënt op een bepaald model wachthuisje maar is gebaseerd op een tussenliggende waarde van de diverse voorgestelde modellen. (wachthuisjes)

3. Art. 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 stelt uitdrukkelijk dat iedere inschrijver, afgezien van eventuele varianten, slechts één offerte mag indienen per opdracht.

Dit principe vindt haar grondslag in één van de algemene beginselen die aan de overheids-opdrachtenreglementering ten grondslag liggen m.n. het vrijwaren van de gelijkheid tussen de inschrijvers.

Zijn voormelde diverse modellen per type basismeubilair niet te aanzien als varianten ?

Aangezien de in rekening gebrachte modellen alle bestekconform zijn, is dit geenszins het geval. Er dient geconcludeerd te worden dat de offerte ingediend door NV JC DECAUX onregelmatig is nu ze, in strijd met voormeld art. 103 KB 8 januari 1996, uit vele mogelijke offertes bestaat.

4. Vraag is of deze onregelmatigheid ook substantieel is of enkel relatief. Bij relatieve onregelmatigheden is de aanbestedende overheid niet verplicht de offerte buiten beschouwing te laten. Een onregelmatigheid is substantieel als in de offerte wordt afgeweken van een essentiële bepaling van het bestek, als de offerte de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes aantast, als de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang komt.

Deze onregelmatigheid is onmiskenbaar substantieel omdat ze op een ernstige wijze het gelijkheidsbeginsel, één van de basisprincipes van deze reglementering in het gedrang brengt.

- Het bestek vermeldt duidelijk dat de inschrijver gevraagd wordt straatmeubilair aan te bieden dat in zijn totaliteit aan een aantal voorwaarden voldoet : goed geïntegreerd binnen de publieke ruimte, een totaalconcept met een eenheid van stijl van de verschillende elementen, passend in het uitgesproken historisch kader van Gent, met een eigen Gents karakter.

Deze inschrijver heeft het aan de stad gelaten een combinatie met diverse modellen per type basismeubilair samen te stellen dat het best de gevraagde eenheid vormt.

Hij heeft nagelaten het risico te nemen dat de inschrijvers dienden te nemen, namelijk uit de beschikbare mogelijkheden zelf een offerte indienen die - volgens de inschrijver - het meest aan de wensen van het opdrachtgevend bestuur kon tegemoetkomen.

- Deze inschrijver heeft op deze wijze zijn kans op een goede rangschikking bij de vergelijking van de offertes gemultipliceerd en heeft op deze wijze meer kansen dan de inschrijvers die zoals het hoort slechts één bestekconform voorstel hebben ingediend.

Besluit :

De offerte van NV JC DECAUX is om deze redenen substantieel onregelmatig, minstens is het risico dat de onregelmatigheid van de inschrijving de gelijke concurrentievoorwaarden in het gedrang brengt dermate groot dat het aangewezen is de offerte als onregelmatig te verwerpen.

* M.b.t. de offerte, ingediend door NV CITY ADVERTISING :

1. Aangezien de offerte van NV JC DECAUX om voormelde redenen substantieel onregelmatig is en

ook de offerte van NV MORE GROUP wegens het bestaan van voorbehouden als substantieel onregelmatig werd beoordeeld, blijft er slechts één regelmatige offerte over m.n. de offerte ingediend door CITY ADVERTISING.

In dit gunningsverslag werd reeds gemeld dat ook CITY ADVERTISING voor het wachthuisje type A twee voorstellen had ingediend, één voorstel uit de Enthoven-lijn en een voorstel 'wachthuisje Wauquiez'.

Dit laatste wachthuisje voldoet niet aan de vereisten van het bestek : de afvalkorf is slechts in optie aangeboden en aldus niet in de verleende vergoeding begrepen.

Daarenboven is niet duidelijk welke afvalkorf de inschrijver bij dit wachthuisje voorziet. Uit de inschrijving voor het aanvullend meubilair blijkt dat verschillende afvalkorven beschikbaar zijn telkens evenwel aan een verschillende prijs.

Aangezien dit voorstel niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek en de stad de offerte moeilijk kan aanvullen (met een afvalkorf) aangezien niet met zekerheid vaststaat welke afvalkorf de inschrijver op het oog had - de keuze heeft repercussies op het bedrag van de vergoeding en mogelijk ook op de score voor esthetiek en technische beoordeling - werd dit voorstel als 'niet bestekconform' niet verder beoordeeld.

Nu evenwel de offerte van NV JC DECAUX als substantieel onregelmatig wordt geweerd, moet worden nagegaan in hoeverre ook de offerte van CITY ADVERTISING voldoet aan de vereisten inzake 'regelmatigheid' want ook in de offerte van deze inschrijver werd voor één type basismeubilair (wachthuisje type A) een tweede model aangeboden.

2. Men zou kunnen stellen dat het ontbreken van een afvalkorf bij het wachthuisje type Wauquiez - waardoor het voorstel afwijkt van het bestek geenszins voor gevolg heeft dat het als een vrije variëteit kan worden beschouwd.

Deze stelling vindt haar grond in het feit dat de NV CITY ADVERTISING duidelijk niet beoogde op een bepaald punt conceptueel af te wijken van een bepaald voorschrift van het bestek.

Wanneer men zou aannemen dat deze aanbieding niet kan aangezien worden als een - weliswaar niet toegelaten - vrije variant (waarmee geen rekening zou moeten gehouden worden), dient ze aangezien te worden als een tweede aanbieding weliswaar na de samenstelling door de stad van de vergoeding met inachtneming van de diverse prijzen voor de afvalkorven, en is ook deze offerte onregelmatig.

3. Ook hier stelt zich de vraag of deze onregelmatigheid substantieel is. Zoals reeds vermeld is de aanbestedende overheid bij

relatieve onregelmatigheden niet verplicht de offerte buiten beschouwing te laten.

Een onregelmatigheid is substantieel als in de offerte wordt afgeweken van een essentiële bepaling van het bestek, als de offerte de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes aantast, als de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang komt.

Inschrijvingen moeten door de aanbestedende overheid op gelijke wijze behandeld worden. Deze regel geldt uiteraard ook wat de regelmatigheidsbeoordeling betreft. De offerte van NV JC DECAUX werd als substantieel onregelmatig aangemerkt.

Vraag is of de onregelmatigheid van de offerte van NV CITY ADVERTISING op pertinente gronden anders dan deze van DECAUX (d.i. substantieel onregelmatig) kan beoordeeld worden.

4. Er is duidelijk een verschil tussen de beide offertes :

- er is onmiskenbaar een verschil in graad.
De offerte van NV JC DECAUX is in feite een 'catalogusofferte'. Zowel voor de informatieborden en -zuilen als voor de twee types wachthuisjes werden verschillende modellen voorgesteld waardoor ten minste 54 verschillende offertes kunnen worden geconstrueerd.

Bij NV CITY ADVERTISING gaat het over één bijkomend wachthuisje bij het type A.

- In tegenstelling tot NV JC DECAUX heeft NV CITY ADVERTISING wel het gevraagde risico genomen en heeft ze zelf gekozen welk globaal concept de stad zou worden aangeboden, m.n. de Enthovenlijn die speciaal voor de stad Gent werd geconcipieerd.

- Hiermee heeft ze een antwoord gegeven op de vraag van de stad. DECAUX heeft door zijn "catalogus"-offerte eigenlijk geen gevolg gegeven aan de eigenlijke doelstelling van de opdracht.

Door een waaier aan mogelijkheden aan te bieden heeft de inschrijver het aan het bestuur overgelaten om een offerte te construeren die het meest aan de vereiste kwaliteiten tegemoet komt. Nochtans wordt van een inschrijver verwacht dat hij steeds zijn 'beste' offerte indient en niet dat hij een keuze tussen meerdere mogelijkheden aanbiedt.

- NV CITY ADVERTISING heeft ook ontegensprekelijk aangegeven dat er een zekere hiërarchie is tussen de twee voorstellen. Het wachthuisje type A Enthoven behoort tot de volledig uitgewerkte lijn voor Gent en behoort aldus tot zijn hoofdaanbieding.

Op basis van bovenstaande gronden kan worden gesteld dat de onregelmatigheid die zich voordoet

in de offerte van CITY ADVERTISING zich duidelijk onderscheidt van de onregelmatigheid die zich stelt in de offerte van DECAUX.

De onregelmatigheid van de offerte van CITY ADVERTISING heeft geen betrekking op een essentiële bepaling van het bestek en tast de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes in realiteit niet wezenlijk aan.

5. Daarenboven is het niet zonder belang te wijzen op de consequenties mocht aan de gevolgde gunningsprocedure geen gevolg worden gegeven en een nieuwe gunningsprocedure worden aangevat.

- NV JC DECAUX zal dan vermoedelijk een aantal maanden langer de volledige inkomsten kunnen genieten uit het lopend contract inzake straat-meubilair - de huidige overeenkomst die werd overgenomen van De Lijn voorziet geen vergoeding voor de stad - hetgeen de inschrijver zeer bevoordelt ten opzichte van de andere inschrijvers en hem de mogelijkheid biedt nog scherpere prijzen te stellen.
- NV JC DECAUX zal daarenboven nu wèl over voldoende elementen beschikken om met een relatief klein risico een keuze uit zijn gamma modellen te maken en zal met groot gemak een aangepaste offerte kunnen indienen.
- CITY ADVERTISING daarentegen zal vermoedelijk geen andere offerte kunnen aanbieden dan de reeds voorgestelde en speciaal voor de stad ontworpen 'Enthoven'-lijn en verliest hierdoor haar voordeel.
- NV MORE GROUP zal desgevallend een geheel nieuwe kans krijgen.

Met al deze overwegingen moet in het kader van een 'evenredigheidstoets' rekening worden gehouden. In deze voor ons bestuur precaire situatie die door de inschrijvers is veroorzaakt, dienen we als aanbestedende overheid deze beslissing te nemen die, alle omstandigheden in acht genomen, de meest redelijke is.

De beslissing niet te gunnen en de gunningsprocedure opnieuw te starten is aanvechtbaar wanneer kan worden aangetoond dat het sanctioneren van de onregelmatigheid in de offerte van CITY ADVERTISING deze inschrijver een onevenredig groot nadeel berokkent in vergelijking met de andere inschrijver NV JC DECAUX (DECAUX heeft zelfs een voordeel bij niet toewijzing), en zeker als men dan ook nog het verschil in 'zwaarwichtigheid' en graad van aantasting van het gelijkheidsbeginsel' van de onregelmatigheid van beide offertes in rekening brengt.

Al deze omstandigheden en overwegingen in acht genomen is het o.m. in toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur (vooral het

redelijkheidsbeginsel) aangewezen de offerte van CITY ADVERTISING als conforme offerte te aanvaarden.

Uit de analyse van de offerte en haar toetsing aan de diverse gunningscriteria blijkt dat de offerte van NV CITY ADVERTISING een in alle opzichten valabele oplossing is die beantwoordt aan de doelstellingen van de stad zoals geformuleerd in het bestek en blijkt tevens dat deze offerte op esthetisch vlak globaal als kwalitatiever beoordeeld wordt dan de offerte van NV JC DECAUX.

Voorstel tot gunning

Te beslissen om alle voormelde redenen de opdracht te gunnen aan de nv CITY ADVERTISING, Molièrelaan 181, 1190 Brussel."

1.5. Op 8 juli 1999 besluit het college van burgemeester en schepenen, op voorstel van de bevoegde schepenen, het gunningsverslag goed te keuren en dienvolgens :

- de offerte van de n.v. MORE GROUP te weren "aangezien ze substantieel onregelmatig is om al de redenen vermeld in het gunningsverslag en zo o.m. omdat de offerte manifeste voorbehouden bevat ten aanzien van een aantal essentiële bestekbepalingen, m.n. de door het bestek vooropgestelde betalingswijze en uitvoeringstermijnen, zoals nader is omschreven in het gunningsverslag",
- de offerte van de n.v. JC DECAUX te weren "aangezien de offerte een groot aantal inhoudelijk conforme offertes bevat en ze hierdoor om al de redenen aangegeven en uitdrukkelijk gemotiveerd in het gunningsverslag, dat één geheel uitmaakt met deze beslissing substantieel onregelmatig is",
- de opdracht te gunnen "aan de inschrijver met de enige te weerhouden offerte, m.n. de nv CITY ADVERTISING, Molièrelaan 181, 1190 Brussel".

Thans wordt de schorsing gevorderd van de beslissing om de offerte van de verzoekende partij te weren en om de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij.

2. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen en dat het bewijs wordt geleverd dat de zaak hoogdringend is;

3. Overwegende dat de verzoekende partij twee middelen aanvoert, het eerste gericht tegen de uitsluiting van haar eigen offerte, het tweede tegen de aanvaarding van de offerte van de tussenkomende partij;

3.1. Overwegende dat in het eerste middel de schending wordt aangevoerd van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel omdat uit de enkele omstandigheid dat de verzoekende partij in één offerte verschillende alternatieve modellen straatmeubilair heeft voorgesteld, die allen conform zijn aan het bestek, niet afgeleid kan worden dat haar offerte substantieel onregelmatig is; dat zij betoogt dat wereldwijd wordt aanvaard dat inschrijvers de verschillende modellen uit hun collectie aan het bestuur ter kennis brengen, dat het "voorstellen van deze verschillende modellen evenwel niet kan betekenen

dat er verschillende offertes worden ingediend" en dat het niet aan een inschrijver toekomt om in gevallen waarin het bestek het voorstellen van meerdere modellen niet verbiedt zelf een keuze te maken uit zijn eigen gamma producten, zeker wanneer de inschrijving betrekking heeft op een opdracht waarin het oordeel van het bestuur over de esthetische kwaliteit een belangrijke rol vervult; dat zij van oordeel is dat, indien artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 moet begrepen worden zoals in het bestreden besluit is gebeurd, de keuze van de overheid beperkt wordt zodat de bepaling een contraproductieve werking heeft, en dat er in dat geval reden is om die bepaling, wegens schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, van de Europese richtlijnen en van het beginsel van de gelijkheid van kansen die aan de wet van 24 december 1993 ten grondslag ligt, buiten toepassing te laten;

Overwegende dat de verzoekende partij in het tweede middel, dat in ondergeschikte orde aangevoerd wordt, betoogt dat, indien zou blijken dat haar offerte terecht geweerd is omdat zij verschillende voorstellen bevatte, dat ook het geval had moeten zijn met de offerte van de tussenkomende partij aangezien zij voor het wachthuisje-type A twee modellen heeft voorgesteld terwijl ook in dat geval "verschillende combinaties mogelijk worden" die van invloed zijn op de quoteringen en rangschikkingen; dat zij ook stelt dat minstens niet wordt uiteengezet waarom de offerte van de tussenkomende partij, in weerwil van dat dubbel voorstel, toch aanvaard is kunnen worden -wat strijdt met de formele motiveringswet- en dat de omstandigheid dat het alternatief voorstel van de tussenkomende partij niet conform was aan het bestek niet in de weg staat aan de vaststelling dat "zij wel degelijk de bedoeling had meerdere offertes in te dienen";

3.2. Overwegende dat de verwerende partij er vooreerst op wijst dat de offerte van de verzoekende en van de tussenkomenende partij duidelijk van elkaar verschillen in de zin dat de offerte van de n.v. CITY ADVERTISING duidelijk gestoeld is op de keuze van "de Enthoven-lijn", die "als basis" wordt naar voren geschoven en ten opzichte waarvan het voorstel van het wachthuisje volgens de Wauquiez-lijn duidelijk als een alternatief en dus als een bijkomstig gegeven was geformuleerd, terwijl in de offerte van verzoekster "voor elk type basismeubilair meerdere lijnen voorgesteld (worden)" zonder dat daarbij één "lijn" als basisofferte wordt aangeduid -ook niet de Farrando-lijn;

Overwegende dat de verwerende partij ten aanzien van het eerste middel betoogt dat artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aan de inschrijver de verplichting oplegt één offerte in te dienen en dat het niet aan het opdrachtgevend bestuur toekomt om bij het uitkiezen van de voordeligste offerte de verschillende door eenzelfde aannemer ingediende biedingen te vergelijken terwijl in dit geval de verzoekende partij diverse modellen heeft voorgesteld met verschillende prijzen en met elk hun eigen technische en esthetische kwaliteit, dat zij daardoor een objectieve vergelijking onmogelijk gemaakt heeft zodat haar offerte onregelmatig was en dat het om een substantiële onregelmatigheid ging omdat de verzoekende partij door zelf geen keuze te maken van haar beste aanbod de aangelegenheid anders benaderd heeft dan de andere inschrijvers, die wel het risico genomen hebben om zich met één keuze aan de verwerende partij aan te bieden;

Overwegende dat de verwerende partij met betrekking tot het tweede middel betoogt dat er wel degelijk formeel gemotiveerd is waarom de ten opzichte van de verzoekende partij gehuldigde redenering niet

getransponeerd mag worden op wat de tussenkomende partij heeft gedaan; dat zij in dat verband stelt dat de door de tussenkomende partij begane fout niet conform was aan het bestek en dat in elk geval die fout geen substantiële onregelmatigheid genoemd kan worden omdat de tussenkomende partij wel degelijk haar offerte vanuit "één lijn" -ook met betrekking tot de twee voorstellen voor het wachthuis omdat in het hoofdvoorstel de Enthoven-lijn wordt gevolgd- heeft geconcipieerd wat afsteekt tegen de catalogus-offerte van de verzoekende partij die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes aantast;

3.3.1. Overwegende dat artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat, onafgezien van eventuele varianten -mogelijkheid die te dezen formeel uitgesloten is door het bestek- ieder inschrijver slechts één offerte per opdracht mag indienen; dat die bepaling ingevoerd is als de formalisering van de door de Raad van State ontwikkelde rechtspraak (arrest nr. 9.302 van 10 april 1962 inzake VANDEKERCKHOVE en arrest nr. 57.019 van 13 december 1995 inzake DRAGER BALLINGS) waarin, vanuit de bekommernis om de inschrijvers gelijk te behandelen en een objectieve keuze mogelijk te maken, gewezen was op onregelmatigheden die een meervoudige offerte kon doen ontstaan of kon doen vermoeden; dat in de rechtsleer artikel 103 dan ook in die zin is uitgelegd dat elke inschrijver zelf moet uitmaken wat hem zijn 'best offer' lijkt, dat het aan de overheid niet overgelaten mag worden een keuze te maken onder verschillende mogelijke offertes van dezelfde inschrijver (D. D'HOOGE: De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten, 1997, nr. 1.338) en dat het indienen van twee offertes voor dezelfde opdracht leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de beide offertes (J. VERMANDER: "Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren - Een beknopte leidraad", 1997,

p. 125); dat voor de toepassing op de onderhavige zaak die interpretatie van artikel 103 bijgevalen wordt;

Overwegende dat de verzoekende partij formeel slechts één offerte ingediend heeft; dat zij evenwel in die offerte voor de verschillende onderdelen van het door de stad gevraagde meubilair verschillende gelijkwaardige types voorstelt en zulks op gelijke voet, waarbij het dan aan de verwerende partij overgelaten wordt om een keuze te maken onder een aantal bestekconforme voorstellen; dat met het betoog van de verzoekende partij dat zij duidelijk de "Farrando-lijn" naar voren heeft geschoven bezwaarlijk rekening gehouden kan worden omdat de in offerte gebezigde bewoordingen die beweerde duidelijkheid helemaal niet naar voren doen komen en omdat, wanneer op die lijn voortgeredeneerd wordt, zich onvermijdelijk de vaststelling opdringt dat die Farrando-creatie niet wordt aangeboden voor het wachthuis-type A en dat er dus een hiaat is in het aanbod van de verzoekende partij; dat dienvolgens, in de huidige stand van het geding, vastgesteld wordt dat de verzoekende partij een catalogusofferte heeft ingediend, dat zij zich zoveel kansen heeft geschapen om de opdracht toegewezen te krijgen als de verwerende partij in haar offerte nuttige combinaties zou kunnen vinden terwijl het nochtans haar opdracht was aan de verwerende partij materiaal aan te bieden dat als één concept aanvaard kon worden; dat zich dan ook het besluit opdringt dat, wegens het in het gedrang brengen van de gelijkheid van de inschrijvers en de vergelijkbaarheid van de offertes en dus wegens schending van artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de inschrijving van de verzoekende partij door een substantiële onregelmatigheid was aangetast; dat in dat verband ook acht geslagen wordt op het feit dat het belangrijkste gunningscriterium in dit geval "de esthetische kwaliteit" is, een criterium dat van de

inschrijvers een subjectieve invulling vraagt zodat de inschrijver die de mogelijkheid ziet om het bestuur een keuzemogelijkheid te bieden voor zichzelf merkkelijk grotere kansen schept om de opdracht toegewezen te krijgen dan de inschrijver die zich beperkt tot een eigen gekozen enig concept;

Overwegende dat, aldus bezien, de verwerende partij terecht de inschrijving van de verzoekende partij onregelmatig bevonden heeft; dat voor het overige de Raad van State geen reden ziet om artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wegens strijdigheid met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel buiten toepassing te laten; dat immers die bepaling voor elke inschrijver op gelijke wijze geldt en dat de gelijkheid van kansen, waarop de verzoekende partij zich beroept om het gelijkheidsbeginsel geschonden te achten, precies gegarandeerd wordt door elke inschrijver toe te laten één en slechts één offerte in te dienen;

Overwegende dat het eerste middel niet ernstig is;

3.3.4. Overwegende, wat het tweede middel betreft, dat de tussenkomende partij inderdaad voor het wachthuisje-type A een dubbel voorstel heeft gedaan; dat evenwel dat alternatief voorstel er niet aan in de weg staat dat de tussenkomende partij toch bleef beschikken over een aanbod waarin een eenheid van concept, de zgn. Enthoven-lijn, aangeboden was zonder dat het bestuur in de plaats van de inschrijver nog bepaalde keuzes hoefde te maken; dat daarin precies het aanbod van de tussenkomende partij zich lijkt te onderscheiden van het aanbod van de verzoekende partij; dat in die zin de verwerende partij niet onterecht heeft kunnen besluiten dat het alternatief voorstel van de tussenkomende partij de zaak niet dermate belastte dat de gelijkheid onder de

inschrijvers of de objectieve vergelijking van de inschrijvingen erdoor in het gedrang waren gebracht en dat er dus geen reden was om die onregelmatigheid als substantieel te bevinden; dat het gunningsverslag van 5 juli 1999 waarvan de redengeving de basis heeft gevormd voor de bestreden besluiten en waarvan de eindconclusie hiervoor sub 1.4.2. overgeschreven is, duidelijk uiteenzet waarom de inschrijving van de tussenkomende partij, in tegenstelling met de inschrijving van de verzoekende partij, toch kon aangehouden worden; dat vanuit dat oogpunt het toewijzingsbesluit formeel gemotiveerd is en dat, wat de deugdelijkheid ervan betreft, de verwerende partij haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid niet overschreden lijkt te hebben; dat ook het tweede middel niet ernstig is;

3. Overwegende dat geen van ingeroepen middelen ernstig zijn; dat de vordering om die reden wordt verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. CITY ADVERTISING in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op vijfduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 15 juli 1900 negenennegentig, door :

de HH. A. VANDENDRIESSCHE,

A. WIJNANTS,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. WIJNANTS.

A. VANDENDRIESSCHE.