ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
25 april 1996 *

In zaak C-87/94,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur H. van Lier als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk België, vertegenwoordigd door J. Devadder, directeur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, Buitenlandse handel en Ontwikkelingssamenwerking, als gemachtigde, bijgestaan door M. Waelbroeck en D. Waelbroeck, advocaten te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Belgische ambassade, Rue des Girondins 4,

verweerder,

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen dat het Koninkrijk België, door in het kader van een door de Société régionale wallonne du transport uitgeschreven openbare aanbesteding rekening te houden met wijzigingen die in een van de inschrijvingen na de opening ervan waren aangebracht, door een inschrijver die niet aan de selectiecriteria van het bestek voldeed, tot de aanbestedingsprocedure toe te laten, en door een aanbieding die niet aan de gunningscriteria van het bestek voldeed, in aanmerking te nemen, de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990

* Procestaal: Frans.

betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1990, L 297, blz. 1) en krachtens het beginsel van gelijke behandeling, dat aan alle regelingen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten ten grondslag ligt,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: D. A. O. Edward (rapporteur), kamerpresident, J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann, P. Jann en L. Sevón, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 13 juli 1995,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 september 1995,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 11 maart 1994, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EG-Verdrag het Hof verzocht vast te stellen dat het Koninkrijk België, door in het kader van een door de Société régionale wallonne du transport (hierna: „SRWT") uitgeschreven openbare aanbesteding rekening te houden met wijzigingen die in een van de

inschrijvingen na de opening ervan waren aangebracht, door een inschrijver die niet aan de selectiecriteria van het bestek voldeed, tot de aanbestedingsprocedure toe te laten, en door een aanbieding die niet aan de gunningscriteria van het bestek voldeed, in aanmerking te nemen, de verplichtingen niet is nagekomen die op hem rusten krachtens richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1990, L 297, blz. 1; hierna: „richtlijn") en krachtens het beginsel van gelijke behandeling, dat aan alle regelingen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten ten grondslag ligt.

De richtlijn

2 Volgens de tweeëndertigste en drieëndertigste overweging van de considerans van de richtlijn moeten de door de betrokken diensten toe te passen regels een kader doen ontstaan voor de toepassing van loyale handelspraktijken en ruimte laten voor de grootst mogelijke soepelheid, en dient in ruil voor deze soepelheid en ter bevordering van het onderlinge vertrouwen een minimum aan doorzichtigheid te worden gewaarborgd.

3 Artikel 2 van de richtlijn vermeldt onder de aanbestedende diensten waarvoor de richtlijn geldt, de openbare bedrijven die een net van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per bus exploiteren. Artikel 2, lid 2, sub c, tweede alinea, preciseert dat een dergelijk net bestaat, indien de dienst wordt verleend onder voorwaarden die gesteld zijn door een bevoegde instantie van een Lid-Staat, zoals de te volgen routes, de beschikbaar te stellen capaciteit of de frequentie van de dienst.

4 Krachtens artikel 4, lid 1, van de richtlijn moeten de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten voor leveringen de procedures toepassen die zijn aangepast aan de bepalingen van de richtlijn.

5 Luidens artikel 4, lid 2, van de richtlijn zorgen de aanbestedende diensten ervoor, dat tussen leveranciers of aannemers niet wordt gediscrimineerd.

6 Artikel 27, lid 2, van de richtlijn bepaalt, dat wanneer de opdracht aan de economisch voordeligste aanbieding wordt gegund, „de aanbestedende diensten in het bestek of in de oproep tot mededinging, alle gunningscriteria [vermelden] die zij voornemens zijn te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht".

7 Artikel 27, lid 3, ten slotte luidt als volgt:

„Indien de economisch voordeligste aanbieding als gunningscriterium wordt gehanteerd, kunnen de aanbestedende diensten door de inschrijvers voorgestelde varianten in aanmerking nemen indien deze voldoen aan de door de aanbestedende diensten geëiste minimumspecificaties. De aanbestedende diensten vermelden in het bestek de minimumspecificaties waaraan deze varianten moeten voldoen, alsmede hoe deze moeten worden ingediend. Indien varianten niet zijn toegestaan, geven de aanbestedende diensten dat in het bestek aan."

8 Een gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie ad artikel 15 van de richtlijn (PB 1990, L 297, blz. 48) luidt als volgt:

„*De Raad en de Commissie* verklaren dat, bij openbare en niet-openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over de prijzen, uitgesloten zijn; wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt."

De feiten

9 De SRWT, gevestigd te Namen (België), schreef bij een bericht in het supplement op het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 22 april 1993 (PB 1993, S 78, blz. 76) volgens een openbare procedure een aanbesteding uit voor de levering van 307 standaardvoertuigen. Deze opdracht, ter waarde van meer dan 2 miljard BFR (exclusief BTW), was verdeeld in acht partijen en diende over een periode van drie jaar te worden uitgevoerd.

10 Het bestek bestond uit het type-bestek nr. 1 (hierna: „basisbestek") en het bijzonder bestek nr. 545 (hierna: „bijzonder bestek"), dat op sommige punten van het basisbestek afweek.

11 Punt 20.2 van het bijzonder bestek bepaalde, dat de opdracht aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding zou worden gegund. Voor de selectie zouden de aanbiedingen worden gewaardeerd aan de hand van aan de in punt 59 van de conclusie van de advocaat-generaal genoemde gunningscriteria. Het ging daarbij met name om de basisprijs van de bussen, vermeerderd met de prijs van de in aanmerking genomen varianten, waarop vervolgens een correctie werd toegepast naar gelang van de plus- en minpunten die uit de toetsing aan tien technische beoordelingscriteria (hierna: „technische criteria") voortvloeiden.

12 De SRWT verzocht eventuele inschrijvers uitdrukkelijk, bepaalde varianten voor te stellen met betrekking tot de financiële structuur van het contract, zoals gespreide betaling, financiële leasing en verhuur van de voertuigen.

13 Wat de technische criteria betreft, voorzag het bijzonder bestek voor elke rubriek in een formule waardoor de SRWT in „fictieve franken" uitgedrukte bonus- of

maluspunten kon toekennen voor bepaalde, van de variabelen van de formule afhankelijke kenmerken van de aangeboden bussen. De waarde daarvan diende bij de basisprijs te worden opgeteld of ervan te worden afgetrokken.

14 Nadat het bestek aan de belangstellenden was gezonden, stuurde de SRWT hun op 30 april, 5 mei en 28 mei 1993 rectificaties, waarbij het bestek op bepaalde punten werd gecorrigeerd en gepreciseerd. In de tweede rectificatie preciseerde de SRWT bepaalde aspecten van het bestek, te weten het verplichte aantal zitplaatsen, het gewenste totale aantal plaatsen, de maximum vloerhoogte en de formule voor de berekening van één van de fictieve maluspunten. Volgens elk van de rectificaties dienden de inschrijvers in hun aanbiedingen duidelijk te vermelden, dat zij de rectificaties hadden ontvangen en dat zij daarmee rekening hadden gehouden.

15 Op 7 juni 1993, de in de oproep tot mededinging bepaalde sluitingsdatum voor deponering van inschrijvingen en tevens de datum van opening ervan in het openbaar, waren aanbiedingen ingediend door de vennootschappen EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Brussel), Berkhof (Roeselare) en Jonckheere (Roeselare).

16 In de maanden juni en juli 1993 onderzocht de SRWT die aanbiedingen. In een ten behoeve van de vergadering van de raad van bestuur van 2 september 1993 opgestelde nota van 24 augustus 1993 werd geadviseerd, partij nr. 1 aan Jonckheere en de partijen nrs. 2 tot en met 6 aan Van Hool te gunnen.

17 Op 3, 23 en 24 augustus 1993 had EMI de aanbestedende dienst drie „aanvullende" nota's gestuurd, waarin zij bepaalde punten van haar oorspronkelijke aanbieding becommentarieerde, namelijk het brandstofverbruik, de frequentie van de vervanging van motor en versnellingsbak, en sommige aspecten van de technische kwaliteit van het aangeboden materieel.

18 Na onderzoek van deze drie nota's meende de technische dienst van de aanbestedende dienst in een nota van 31 augustus 1993, dat de aanvullende nota's van EMI wijzigingen van de oorspronkelijke aanbieding bevatten en dat er derhalve geen rekening mee mocht worden gehouden. De gunningsvoorstellen in de nota voor de vergadering van 2 september 1993 dienden derhalve te worden gehandhaafd.

19 Tijdens de vergadering van 2 september 1993 oordeelde de raad van bestuur, dat hij niet over voldoende gegevens beschikte om een definitief besluit te nemen. Hij vroeg zich met name af, of hij rekening mocht houden met de drie aanvullende nota's van EMI, en hij besloot de Waalse minister van Verkeer dienaangaande om juridisch advies te vragen.

20 Bij brief van 14 september 1993 antwoordde de Waalse minister van Verkeer, dat er wat het merendeel van de in de drie aanvullende nota's van EMI genoemde punten betrof, in zoverre juridisch geen probleem bestond. Hij stelde voor, het dossier op grond van zijn opmerkingen opnieuw te onderzoeken.

21 Op 28 september 1993 verzocht de SRWT EMI om bevestiging van het in de aanvullende nota van 24 augustus 1993 opgegeven brandstofverbruik en van de frequentie van vervanging van de motor en de versnellingsbak (aanvullende nota van 23 augustus 1993). Bij brief van 29 september 1993 bevestigde EMI, dat de door haar verstrekte gegevens correct waren.

22 Na deze bevestiging vergeleek de SRWT de aanbiedingen opnieuw, waarbij zij rekening hield met de gegevens uit de drie aanvullende nota's. Voor de vergadering van de raad van bestuur van 6 oktober 1993 werd een nota opgesteld, waarin werd voorgesteld om partij nr. 1 aan Jonckheere te gunnen en de partijen nrs. 2 tot en met 6 aan EMI.

23 Tijdens de vergadering van 6 oktober 1993 besliste de raad van bestuur enerzijds deze voorstellen te volgen en derhalve partij nr. 1 aan Jonckheere en de partijen nrs. 2 tot en met 6 aan EMI te gunnen, en anderzijds de bestelling van 30 voertuigen uit te stellen tot 1996.

24 Dezelfde dag diende Van Hool volgens de procedure voor gevallen van uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Belgische Raad van State een verzoek in tot schorsing van dit besluit. Dit beroep is bij arrest van 17 november 1993 verworpen.

25 Op 30 november 1993 zond de Commissie naar aanleiding van een klacht van Van Hool het Koninkrijk België een ingebrekestelling in de zin van artikel 169 van het Verdrag. Bij brief van 15 december 1993 antwoordde de Belgische regering, dat de gestelde niet-nakoming ongegrond was. Daar zij dat antwoord niet overtuigend achtte, deed de Commissie de Belgische regering een met redenen omkleed advies toekomen waarin zij haar verzocht, bij de bevoegde autoriteiten aan te dringen op schorsing van de rechtsgevolgen van de tussen de SRWT en EMI gesloten overeenkomst. In haar antwoord op dit advies bleef de Belgische regering erbij, dat de Commissie de niet-nakoming niet had bewezen.

26 Op 11 maart 1994 stelde de Commissie het onderhavige beroep in en verzocht zij tevens in kort geding om schorsing van het gunningsbesluit van de SRWT en de uitvoeringsmaatregelen daarvan. Het verzoek in kort geding is bij beschikking van 22 april 1994 afgewezen.

27 Bij brief van 9 juni 1995 heeft de Commissie haar tweede grief ingetrokken. Hierin verweet zij het Koninkrijk België, aanbiedingen van EMI te hebben aanvaard die niet aan de selectiecriteria van het bijzonder bestek voldeden.

28 Het aldus gewijzigde beroep strekt ertoe vast te stellen dat het Koninkrijk België de verplichtingen die op hem rusten krachtens de richtlijn en het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat aan alle regelingen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, niet is nagekomen door in het kader van een door de SRWT uitgeschreven openbare aanbesteding

— rekening te houden met wijzigingen die in een van de inschrijvingen na de opening ervan waren aangebracht,

— en door een aanbieding die niet aan de gunningscriteria van het bestek voldeed, in aanmerking te nemen.

29 Alvorens deze grieven te onderzoeken, moet het argument van de Belgische regering worden onderzocht, dat de richtlijn in casu niet van toepassing is.

De toepasselijkheid van het gemeenschapsrecht

30 Vaststaat, dat de SRWT een openbaar bedrijf is dat een net van openbare dienstverlening op het gebied van het vervoer per bus exploiteert in de zin van artikel 2 van de richtlijn, en dat zij derhalve overeenkomstig artikel 4 bij de gunning van de opdracht voor de levering van de acht partijen autobussen die aan dit beroep ten grondslag ligt, de regels van de richtlijn behoorde na te leven.

31 Daar alle inschrijvers Belgische vennootschappen zijn, stelt de Belgische regering evenwel, dat de zaak een louter interne situatie betreft waarop het gemeenschapsrecht niet van toepassing is.

32 Dit argument kan niet worden aanvaard.

33 De in artikel 4, lid 1, van de richtlijn aan de aanbestedende diensten gestelde eis is immers geenszins gebonden aan een voorwaarde inzake de nationaliteit of de plaats van vestiging van de inschrijvers. Zoals de advocaat-generaal in punt 24 van zijn conclusie opmerkt, bestaat bovendien altijd de mogelijkheid, dat in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen door de gunning van een opdracht rechtstreeks of indirect worden geraakt. De procedure van de richtlijn moet dus in acht worden genomen, ongeacht de nationaliteit of de plaats van vestiging van de inschrijvers.

34 In de loop van de procedure heeft de Belgische regering nog gesteld, dat de aanbestedende dienst niet verplicht was om de opdracht via een openbare procedure te gunnen. Hij had ook kunnen kiezen voor een procedure van gunning via onderhandelingen, waarmee zijn handelwijze in overeenstemming was geweest.

35 Dienaangaande volstaat de opmerking, dat ofschoon volgens artikel 15, lid 1, van de richtlijn de aanbestedende diensten waarvoor de procedures van de richtlijn gelden, een zekere keuzevrijheid hebben met betrekking tot de voor een opdracht te volgen procedure, zij nochtans, wanneer zij een opdracht volgens een bepaalde procedure hebben uitgeschreven, de voor die procedure geldende regels tot de uiteindelijke gunning moeten naleven.

De grieven

36 De Commissie meent dat de SRWT, door rekening te houden met gegevens afkomstig uit de drie aanvullende nota's van EMI inzake met name het brandstofverbruik, de frequentie van de vervanging van motor en versnellingsbak, en sommige

technische kwaliteitsaspecten van het aangeboden materieel, het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers heeft geschonden.

37 Met betrekking tot het brandstofverbruik verwijt de Commissie het Koninkrijk België, dat de SRWT bij de beoordeling van de aanbiedingen rekening heeft gehouden met door EMI na de opening van de inschrijvingen verstrekte verbruikscijfers, die verschilden van de in haar oorspronkelijke aanbieding genoemde.

38 Inzake de frequentie van de vervanging van motor en versnellingsbak verwijt de Commissie het Koninkrijk België, dat rekening is gehouden met door EMI na de opening van de inschrijvingen verstrekte gegevens, die enerzijds wijzigingen inhielden van haar oorspronkelijke aanbieding en anderzijds niet beantwoordden aan de voorschriften van het bestek.

39 Wat de technische kwaliteitsaspecten van het aangeboden materieel betreft, meent de Commissie, dat de SRWT bij de beoordeling van de aanbieding van EMI ten onrechte rekening heeft gehouden met elementen die niet tot de gunningscriteria behoorden.

Het brandstofverbruik

40 Punt 20.2.2.1 van het bijzonder bestek luidt als volgt:

„20.2.2.1. Brandstofverbruik

Bij de vergelijking van de aanbiedingen wordt een fictief voordeel toegekend ter waarde van 6 000 liter dieselolie voor een standaardbus (officiële prijs op de datum van opening van de inschrijvingen) per volledige schijf van 1 liter/100 km verschil tussen het in de aanbieding gegarandeerde brandstofverbruik (inclusief tolerantie) volgens de in bijlage 10 bij dit bestek beschreven testcyclus en het verbruik van het minst zuinige aangeboden voertuig."

41 Volgens de specificaties in die bijlage diende de test te worden uitgevoerd met een voertuig, belast met een gewicht overeenkomend met het minimumaantal passagiers.

42 In haar oorspronkelijke aanbieding vermeldde EMI voor de partijen nrs. 2 tot en met 6 een brandstofverbruik van 54 l/100 km. In haar bij die aanbieding gevoegde nota nr. 1 (hierna: „nota nr. 1") stelde EMI evenwel, dat — gelet op het feit dat het verbruik van 54 l/100 km was verkregen bij een test met een niet-ingereden en niet speciaal afgesteld voertuig — het verbruik van een ingereden en optimaal afgesteld voertuig 5 tot 8 % lager kon liggen dan in de aanbieding was vermeld.

43 In haar oorspronkelijke aanbieding bevestigde EMI eveneens, dat zij de drie rectificaties had ontvangen en daarmee rekening had gehouden.

44 De SRWT beoordeelde de aanbiedingen een eerste keer op grond van het door EMI in haar oorspronkelijke aanbieding vermelde verbruik van 54 l/100 km. Dit cijfer was van alle voor die partijen ingediende aanbiedingen het hoogste en gold conform de in het bijzonder bestek aangegeven berekeningsmethode als maatstaf voor de beoordeling van het fictieve voordeel van de andere aanbiedingen. Blijkens de bijlagen 5 en 6 bij de nota voor de vergadering van 2 september 1993 werd tijdens die beoordeling aan de aanbieding van EMI geen enkel fictief voordeel voor het brandstofverbruik toegekend; alle andere inschrijvers kregen wel een dergelijk voordeel toegekend, berekend in verhouding tot het door EMI opgegeven verbruik.

45 In haar eerste aanvullende nota van 3 augustus 1993 deelde EMI de SRWT haar interpretatie mee van de strekking van rectificatie nr. 2. Volgens EMI impliceerde deze rectificatie, dat het in het bijzonder bestek vermelde totale aantal plaatsen als dwingende voorwaarde verviel. Dit werkte door in de berekening van het brandstofverbruik, daar de logica van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat die berekening wordt gemaakt op basis van het toegelaten maximumgewicht. Voor een vergelijking van haar gegevens met die van de andere inschrijvers diende volgens haar derhalve rekening te worden gehouden met het in haar oorspronkelijke aanbiedingen vermelde verbruik, minus 8 %.

46 Na haar nota nr. 1 in herinnering te hebben gebracht, deelde EMI in haar aanvullende nota van 24 augustus 1993 de SRWT ten slotte mee, dat zij nog tests had gedaan, dit keer in optimale omstandigheden, en dat daaruit was gebleken dat het brandstofverbruik voor de aanbieding voor de partijen nrs. 2 tot en met 6 45 l/100 km bedroeg, ofwel 16,7 % minder ten opzichte van het verbruik van 54 l/100 km. EMI verzocht de SRWT om bij de beoordeling van haar aanbieding met dit nieuwe verbruik rekening te houden.

47 De Belgische regering heeft bevestigd, dat de SRWT bij de gunning van de opdracht aan EMI met dit nieuwe verbruik rekening heeft gehouden.

48 Daar EMI niet langer de „minst onzuinige" was, heeft de SRWT het aan alle inschrijvers toegekende fictieve voordeel opnieuw gewaardeerd. Blijkens de bijlagen 1 en 2 bij de nota voor de vergadering van 6 oktober 1993 daalde bij deze tweede waardering het fictieve voordeel van de andere inschrijvers dan EMI ten opzichte van de eerste waardering, met het gevolg dat het fictieve voordeel van Jonckheere verdween en voor EMI's aanbieding een voordeel ontstond.

49 De Commissie is van mening dat de SRWT, door bij de gunning van de opdracht rekening te houden met de in de aanvullende nota van EMI van 24 augustus 1993

na de opening van de inschrijvingen gepresenteerde gegevens, die afweken van het oorspronkelijk door EMI opgegeven verbruik, het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers heeft geschonden.

50 De Belgische regering is in de eerste plaats van mening, dat het beginsel van gelijke behandeling juist vereiste, dat de gerectificeerde verbruikscijfers van EMI bij de gunning van de opdracht in aanmerking werden genomen, aangezien de andere inschrijvers in hun oorspronkelijke aanbieding reeds optimale resultaten hadden vermeld. Voorts beklemtoont zij, dat het brandstofverbruik een objectief en controleerbaar gegeven is, zodat het geen willekeurige wijziging betreft noch een wijziging die het gevolg is van onderhandelingen met de aanbestedende dienst. Ten slotte zou de wijziging de technische kenmerken van het voertuig of de motor niet hebben beïnvloed, zodat er geen sprake is van een wijziging van de oorspronkelijke aanbieding van EMI.

51 Vooraf zij eraan herinnerd, dat het Hof in het arrest van 22 juni 1993 (zaak C-243/89, Commissie/Denemarken, „Storebaelt", Jurispr. 1993, blz. I-3353, r. o. 33) heeft verklaard, dat de verplichting om het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers te eerbiedigen, voortvloeit uit de hoofddoelstelling van richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5).

52 Blijkens artikel 4, lid 2, geldt hetzelfde voor de richtlijn die hier aan de orde is.

53 Volgens de drieëndertigste overweging van de considerans beoogt de richtlijn voorts om bij de gunning van de opdrachten waarop zij van toepassing is, een minimum aan doorzichtigheid te waarborgen.

54 De procedure van vergelijking van de aanbiedingen dient dus steeds in overeenstemming te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als het beginsel van doorzichtigheid, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben.

55 Wanneer een aanbestedende dienst, zoals hier het geval was, kiest voor een openbare procedure, wordt deze gelijkheid van kansen gewaarborgd door de bij artikel 16, lid 1, sub a, van de richtlijn aan de aanbestedende dienst opgelegde verplichting om daarbij te werk te gaan overeenkomstig bijlage XII, A, van de richtlijn. Zo moet hij een uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen stellen, zodat alle inschrijvers na de bekendmaking van de oproep tot mededinging over evenveel tijd beschikken om hun aanbieding voor te bereiden, en moet hij de dag, het uur en de plaats voor de opening van de inschrijvingen vaststellen, hetgeen ook bijdraagt tot een grotere doorzichtigheid van de procedure, aangezien de inhoud van alle inschrijvingen tegelijk bekend wordt.

56 Vastgesteld moet worden, dat wanneer een aanbestedende dienst rekening houdt met een wijziging in de oorspronkelijke aanbieding van één enkele inschrijver, deze laatste wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten, hetgeen indruist tegen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en afbreuk doet aan de doorzichtigheid van de procedure.

57 In casu staat vast, dat het in de aanvullende nota van EMI van 24 augustus 1993 opgegeven verbruik nog aanzienlijk lager was dan de in nota nr. 1 bij haar oorspronkelijke aanbieding verwachte besparing van 8 %, en dat de SRWT bij de uiteindelijke vergelijking van de aanbiedingen rekening heeft gehouden met het gunstigste verbruikscijfer.

58 Zonder dat behoeft te worden uitgemaakt of de SRWT rekening mocht houden met het door EMI in haar aanvullende nota van 3 augustus 1993 vermelde nieuwe verbruikscijfer dat binnen de in haar aanbieding genoemde marge van 8 % bleef, volgt uit die overschrijding, dat het nieuwe verbruikscijfer van 45 l/100 km een wijziging inhield van de oorspronkelijke aanbieding van EMI. Volgens EMI's aanvullende nota's waren in de oorspronkelijke aanbieding reeds bepaalde punten uit

de rectificaties verwerkt, en zij heeft geen verklaring gegeven waarom de nieuwe tests niet hadden kunnen plaatsvinden vóór de uiterste inschrijvingsdatum. Het verbruikscijfer van 45 l/100 km mocht dus in geen geval in aanmerking worden genomen.

59 Voorts moet worden beklemtoond, dat door de inaanmerkingneming van deze gegevens de omvang van het fictieve voordeel dat na de eerste vergelijking van de aanbiedingen resulteerde, in het nadeel van de andere inschrijvers is gewijzigd, zodat de volgorde van de inschrijvers is beïnvloed.

60 Mitsdien moet worden vastgesteld dat het Koninkrijk België, door rekening te houden met de gegevens die EMI over het brandstofverbruik heeft verstrekt in haar aanvullende nota van 24 augustus 1993, dus na de opening van de inschrijvingen, de verplichtingen die krachtens de richtlijn op hem rusten niet is nagekomen.

De frequentie van de vervanging van motor en versnellingsbak

61 Punt 20.2.2.2 van het bijzonder bestek luidt als volgt:

„20.2.2.2. Montage- en demontagetijd, prijs van reserveonderdelen

De inschrijver vermeldt de prijs van de reserveonderdelen en de montage- en demontagetijd van de in bijlage 23 genoemde onderdelen.

Op alle aanbiedingen wordt ambtshalve een systeem van fictieve maluspunten toegepast om rekening te houden met de onderhoudskosten, overeenkomstig het schema in bijlage 23."

62 Volgens het schema in bijlage 23 werden fictieve maluspunten toegepast voor de kosten van onderhoud van 45 busonderdelen. De berekening daarvan gebeurde voor elk van de aangegeven onderdelen aan de hand van een formule, waarvan de variabelen bestonden uit het aantal identieke onderdelen per bus, de demontagetijd, de montagetijd, de prijs en het aantal voorziene vervangingen van het onderdeel.

63 Ten behoeve van de berekening van de fictieve maluspunten werd in bijlage 23 van het bijzonder bestek evenwel gevraagd, dat de inschrijvers slechts voor de eerste drie variabelen voorstellen zouden doen. Wat het aantal te voorziene vervangingen betreft, was in bijlage 23 op grond van de ervaring van de SRWT voor elk onderdeel een constante bepaald. Voor de vervanging van de motor en de versnellingsbak waren deze constanten twee en drie. Voor die twee onderdelen werd van de inschrijvers dus geen opgave van het aantal verwachte vervangingen gevraagd.

64 Overeenkomstig bijlage 23 deed EMI bij het invullen van het schema geen voorstellen over het aantal voorziene vervangingen van die onderdelen. In de aanvullende nota van 23 augustus 1993 aan de SRWT beklemtoonde zij evenwel, dat voor haar autobussen één motor en 1,25 versnellingsbakken volstonden en dat de door de SRWT in bijlage 23 vastgestelde constanten dus niet golden voor haar aanbieding.

65 De Belgische regering erkent, dat de SRWT bij de berekening van de fictieve maluspunten voor de aanbieding van EMI die nieuwe cijfers heeft gebruikt in plaats van de constanten van het schema van bijlage 23, terwijl zij deze laatste wel heeft gebruikt voor de berekening van de fictieve maluspunten voor alle andere aanbiedingen.

66 De Commissie meent, dat deze handelwijze een dubbele schending van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers oplevert. Door bij de gunning van de opdracht rekening te houden met de betrokken cijfers heeft de SRWT in de eerste plaats één van de inschrijvers toegestaan, zijn oorspronkelijke aanbieding na de opening van de inschrijvingen te wijzigen. En in de tweede plaats is de SRWT bij de gunning van de opdracht afgeweken van haar eigen gunningscriteria in het bijzonder bestek, aangezien die nieuwe cijfers niet beantwoordden aan de voorschriften van het schema van bijlage 23.

67 Wat de eerste van deze twee grieven betreft, meent de Commissie, dat indien de SRWT na de opmerkingen van EMI in het licht van de ingediende aanbiedingen tot de slotsom zou zijn gekomen dat haar voorschriften onjuist waren, zij die had kunnen wijzigen, maar dan ook de andere inschrijvers de kans moest geven daarvan af te wijken. Nu zij evenwel enkel EMI die kans heeft gegeven, heeft zij het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers geschonden.

68 De Belgische regering meent, dat EMI haar oorspronkelijke aanbieding niet heeft gewijzigd, aangezien het aangeboden materieel volstrekt hetzelfde bleef. Zij beklemtoont, dat ook de andere inschrijvers de SRWT erop hadden kunnen wijzen dat hun autobussen beter presteerden dan in bijlage 23 aangenomen. Indien de SRWT die gegevens niet in aanmerking mocht nemen, dan zou dat betekenen dat zij geen rekening zou kunnen houden met de voordelen van voertuigen van een recenter ontwerp.

69 Er zij aan herinnerd, dat de inschrijvers in bijlage 23 van het bijzonder bestek niet werd gevraagd aan te geven, hoe vaak de onderdelen van hun bussen moesten worden vervangen. De SRWT had daarvoor integendeel in het schema voor elk onderdeel zelf een cijfer vastgesteld. In punt 20.2.2.2 van het bijzonder bestek had de SRWT bovendien zelf bepaald, dat alle aanbiedingen zouden worden aangepast met fictieve maluspunten „overeenkomstig het schema in bijlage 23". De aldaar genoemde cijfers moeten dus worden beschouwd als voorschriften van het bijzonder bestek.

70 Dienaangaande heeft het Hof in het arrest Storebaelt (reeds aangehaald, r. o. 37) uitgemaakt, dat wanneer een aanbestedende dienst in het bestek voorschriften heeft opgenomen, eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist, dat alle offertes daaraan beantwoorden, teneinde een objectieve vergelijking van de offertes te waarborgen.

71 Daaruit volgt, dat de voorschriften van bijlage 23 toepasselijk bleven op alle aanbiedingen, die daaraan moesten beantwoorden. Derhalve mocht EMI haar oorspronkelijke aanbieding met betrekking tot die voorschriften niet „wijzigen" en mocht de SRWT de fictieve maluspunten van EMI niet berekenen aan de hand van haar nieuwe cijfers, die niet beantwoordden aan de voorschriften van het bijzonder bestek.

72 Hierbij moet worden aangetekend, dat de inaanmerkingneming van de nieuwe cijfers EMI noodzakelijkerwijs een reëel voordeel heeft opgeleverd bij de vergelijking van de aanbiedingen. Volgens bijlage 23 werkt het cijfer betreffende de frequentie van de vervanging van onderdelen bij de berekening van de fictieve maluspunten als multiplicator voor de andere door de inschrijvers verstrekte kostengegevens. Voor EMI's fictieve maluspunten gebruikte de SRWT voor het aantal vervangingen een lager cijfer dan het in bijlage 23 genoemde en dus ook lager dan het cijfer dat werd gebruikt bij de voor de andere aanbiedingen gemaakte berekening. Voor de fictieve maluspunten met betrekking tot het onderhoud van de betrokken onderdelen van de EMI-autobussen is dus een kleinere factor gebruikt.

73 Nu de SRWT enkel EMI heeft toegestaan om van de betrokken voorschriften af te wijken, behoeft niet te worden uitgemaakt of de Commissie gelijk heeft met haar stelling, dat de SRWT de voorschriften van het bestek na de opening van de inschrijvingen had kunnen wijzigen, doch dan aan alle inschrijvers dezelfde kans biedend om daarvan af te wijken.

74 Mitsdien moet met betrekking tot dit onderdeel van de grief worden vastgesteld, dat de SRWT, door de opdracht aan EMI te gunnen op grond van cijfers die niet beantwoordden aan de voorschriften van bijlage 23 bij het bijzonder bestek, voor

de berekening van de fictieve maluspunten van deze vennootschap ten aanzien van de onderhoudskosten van de vervanging van de motor en de versnellingsbak, de gunningscriteria van het bijzonder bestek alsmede het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers heeft geschonden. Bijgevolg is het Koninkrijk België de verplichtingen niet nagekomen die op dit punt uit de richtlijn voortvloeien.

De technische kwaliteitsaspecten van het aangeboden materieel

75 In haar aanvullende nota van 3 augustus 1993 stelde EMI, dat haar autobussen in het „dagelijks gebruik belangrijke besparingen" voor de gebruiker zouden opleveren. EMI gaf twee lijsten van kenmerken van de autobussen die die besparingen mogelijk maakten (hierna: „besparingselementen").

76 De eerste lijst („Kwantificeerbare elementen") betrof de voorgestelde „cantilever"-stoelen, een systeem voor de ontwaseming van de zijruiten en een bijzonder modulair assemblagesysteem. Elk van deze elementen leverde volgens EMI over de gehele levensduur van een autobus een besparing op van respectievelijk 480 000 BFR, 240 000 BFR en 100 000 BFR.

77 De tweede lijst („Niet kwantificeerbare elementen") noemde acht kenmerken die tot de „besparingen" zouden bijdragen, die EMI evenwel noch in haar oorspronkelijke aanbieding noch in haar aanvullende nota van 3 augustus 1993 in cijfers heeft uitgedrukt.

78 De Commissie stelt, dat die besparingselementen hebben meegewogen bij het besluit om de opdracht aan EMI te gunnen, hoewel zij noch in de gunningscriteria van de oproep tot mededinging noch in het bestek voorkwamen. Volgens artikel 27, lid 2, van de richtlijn, dat hier van toepassing is, mocht de SRWT bij de gunning van de opdracht evenwel enkel de criteria in de oproep tot mededinging

of in het bestek in aanmerking nemen. Bovendien zou de SRWT die elementen enkel hebben betrokken bij de beoordeling van de aanbieding van EMI, en zou zij voor de andere aanbiedingen strikt hebben vastgehouden aan de gunningscriteria van punt 20.2 van het bijzonder bestek. Ook deze handelwijze zou dus het gelijkheidsbeginsel hebben geschonden.

79 In de nota voor de vergadering van 6 oktober 1993 bepleitte de administratie van de SRWT op basis van alle besparingselementen te zamen om de partijen nrs. 2 tot en met 6 aan EMI te gunnen. In de toelichting bij de aanbeveling voor partij nr. 2 stelde zij, dat de besparingselementen „een niet te verwaarlozen financiële weerslag" hadden, zodat zij „een veel gunstiger effect op de gebruikskosten van het voertuig kunnen hebben dan tot uiting komt in het financiële verschil dat op grond van de voor de waardering gestelde criteria resulteert".

80 Blijkens de stukken was voor de partijen nrs. 4, 5 en 6 na de vergelijking van de aanbiedingen op basis van de gunningscriteria van artikel 20.2 van het bijzonder bestek een aanbieding van Van Hool als eerste gerangschikt, terwijl een aanbieding van EMI, waarin de gegevens van haar aanvullende nota's over het brandstofverbruik en de vervanging van de motor en de versnellingsbak waren verdisconteerd, tweede was geworden. Het verschil tussen de beste aanbiedingen van Van Hool en de op de tweede plaats gerangschikte aanbiedingen van EMI bedroeg respectievelijk 294 799 BFR, 471 513 BFR en 185 897 BFR voor de drie partijen. Nadat de besparingselementen in aanmerking waren genomen, werd deze rangschikking evenwel omgekeerd en werd, ondanks de genoemde verschillen, in plaats van de aanbieding van Van Hool die van EMI aanbevolen voor die partijen.

81 De Belgische regering heeft uitdrukkelijk erkend, dat bij de gunning van de opdracht alle besparingselementen zijn meegewogen en dat dit een beslissende invloed heeft gehad op de keuze van EMI als leverancier van de partijen nrs. 2 tot en met 6.

82 De Belgische regering wijst erop, dat punt 20.2.1 van het bijzonder bestek de SRWT uitdrukkelijk toestond om rekening te houden met eventuele suggesties, zoals de besparingselementen. Voorts herinnert zij eraan, dat de SRWT krachtens artikel 27, lid 3, van de richtlijn dergelijke suggesties in aanmerking mocht nemen indien deze aan de geëiste minimumspecificaties voldeden.

83 Voorts beklemtoont zij, dat de besparingselementen, die voldeden aan de minimumspecificaties van het bijzonder bestek, bij de vergelijking van de aanbiedingen niet op geld zijn gewaardeerd, maar dat zij in aanmerking zijn genomen als niet te becijferen elementen van comfort en kwaliteit, die tot de slotsom hadden geleid dat de aanbieding van EMI in haar geheel de economisch voordeligste was. Zowel in de oproep tot mededinging als in het bijzonder bestek was trouwens erop gewezen, dat de technische kwaliteitsaspecten van het aangeboden materieel tot de gunningscriteria behoorden. Daaruit volgt haars inziens, dat de SRWT de litigieuze besparingselementen in aanmerking mocht nemen.

84 De Commissie erkent, dat inschrijvers varianten mogen voorstellen en dat een aanbestedende dienst deze in aanmerking mag nemen, mits het gelijkheidsbeginsel wordt geëerbiedigd. Haars inziens was dat hier niet het geval, daar de afwijking van de criteria van het bijzonder bestek enkel aan EMI ten goede kwam.

85 Allereerst moet worden vastgesteld, dat de besparingselementen niet voorkwamen onder de door de SRWT vastgestelde gunningscriteria.

86 Weliswaar zouden de rubrieken van de gunningscriteria in punt 20.2 van het bijzonder bestek — indien men de daaropvolgende definities buiten beschouwing laat — in ruime zin kunnen worden opgevat (zie bij voorbeeld punt 20.2.2.4 van het bijzonder bestek, de rubriek van de zeven technische criteria, getiteld „De technische kwaliteit van het aangeboden materieel"), zodat, zoals de Belgische regering betoogt, alle op de technische kwaliteit van het aangeboden materieel betrekking hebbende kenmerken relevant zouden zijn bij de vergelijking van de aanbiedingen.

87 Niettemin moet eraan worden herinnerd, dat de SRWT zelf alle technische criteria heeft omschreven door een precieze formule onder elke rubriek (zie r. o. 13 supra). Ongeacht de formulering van de rubrieken werd de strekking van de technische criteria dan ook beperkt door de formules aan de hand waarvan de SRWT ze had omschreven.

88 De verplichting die artikel 27, lid 2, van de richtlijn aan de aanbestedende diensten oplegt om „in het bestek of in de oproep tot mededinging, alle gunningscriteria [te vermelden] die zij voornemens zijn te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht", heeft nu juist tot doel, potentiële inschrijvers in kennis te stellen van de elementen die in aanmerking zullen worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding. Op deze wijze zijn alle inschrijvers op de hoogte van de gunningscriteria waaraan hun aanbiedingen moeten voldoen, alsmede van het relatieve belang van die criteria. Dit vereiste waarborgt voorts de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van doorzichtigheid.

89 Ofschoon artikel 27, lid 3, van de richtlijn de aanbestedende diensten toestaat varianten in aanmerking te nemen, moet deze bepaling worden gelezen in het licht van zowel de beginselen die aan de richtlijn ten grondslag liggen als van artikel 27, lid 2. Opdat gewaarborgd is, dat een opdracht wordt gegund op grond van criteria die aan alle inschrijvers vóór de voorbereiding van hun aanbieding bekend zijn, mag een aanbestedende dienst varianten derhalve slechts als gunningscriteria in aanmerking nemen voor zover hij die als zodanig in het bestek of in de oproep tot mededinging heeft vermeld.

90 Met betrekking tot het argument van de Belgische regering betreffende de inaanmerkingneming van „suggesties", volstaat de opmerking dat artikel 27, lid 3, van de richtlijn slechts de inaanmerkingneming toelaat van varianten, en niet van suggesties. Bovendien worden zij in de richtlijn nergens als gunningscriteria genoemd, zodat dergelijke suggesties dan ook niet door een aanbestedende dienst bij de gunning van de opdracht in aanmerking mogen worden genomen.

91 Zonder dat behoeft te worden uitgemaakt, of de regel van artikel 27, lid 2, van de richtlijn de mogelijkheid uitsluit dat een aanbestedende dienst in de loop van de procedure de gunningscriteria wijzigt, mits hij het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van doorzichtigheid van de procedure eerbiedigt, volstaat de vaststelling, dat deze beginselen in casu niet zijn geëerbiedigd.

92 Bij de partijen nrs. 4 tot en met 6 namelijk heeft de SRWT enkel de door EMI voorgestelde besparingselementen in aanmerking genomen en op grond daarvan het prijsverschil van 294 799 BFR, 471 513 BFR en 185 897 BFR tussen de als eerste gerangschikte aanbiedingen van Van Hool en de als tweede gerangschikte aanbiedingen van EMI gecompenseerd. Ook al heeft de SRWT, zoals de Belgische regering betoogt, aan de besparingselementen geen precieze waarde verbonden, had EMI haar nochtans een lijst met „Kwantificeerbare elementen" verstrekt (zie r. o. 76 supra), waarvan het totale bedrag voor elke partij (820 000 BFR) ruimschoots volstond om voormelde verschillen te compenseren.

93 Wat daarentegen de partijen nrs. 2 en 3 betreft, blijkt uit de nota voor de vergadering van 6 oktober 1993, dat de aanbieding van EMI reeds als eerste was geplaatst voordat de SRWT de besparingselementen in aanmerking had genomen. De SRWT heeft dus bij die partijen geen beslissende betekenis kunnen toekennen aan de besparingselementen, daar de aanbieding van EMI reeds als de economisch voordeligste was aangemerkt. Dit onderdeel van de grief is dus niet bewezen.

94 De slotsom moet zijn dat het Koninkrijk België, door bij de vergelijking van de aanbiedingen voor de partijen nrs. 4 tot en met 6 rekening te houden met door EMI voorgestelde besparingselementen die niet in het bestek of in de oproep tot mededinging waren vermeld, door die te gebruiken om het prijsverschil te compenseren tussen de als eerste gerangschikte aanbieding en EMI's aanbieding die als tweede gerangschikt was, en door als gevolg van de inaanmerkingneming van die elementen bepaalde aanbiedingen van EMI te aanvaarden, de verplichtingen niet is nagekomen die krachtens de richtlijn op hem rusten.

95 Uit een en ander volgt, dat moet worden vastgesteld dat het Koninkrijk België

— door rekening te houden met de gegevens die EMI over het brandstofverbruik heeft verstrekt in haar aanvullende nota van 24 augustus 1993, dus na de opening van de inschrijvingen,

— door de opdracht aan EMI te gunnen op grond van cijfers die niet beantwoordden aan de voorschriften van bijlage 23 bij het bijzonder bestek voor de berekening van de fictieve maluspunten van deze vennootschap ten aanzien van de onderhoudskosten van de vervanging van de motor en de versnellingsbak,

— en door bij de vergelijking van de aanbiedingen voor de partijen nrs. 4 tot en met 6 rekening te houden met door EMI voorgestelde besparingselementen die niet in het bestek of in de oproep tot mededinging waren vermeld, door die te gebruiken om het prijsverschil te compenseren tussen de als eerste gerangschikte aanbieding en EMI's aanbieding die als tweede gerangschikt was, en door als gevolg van de inaanmerkingneming van die elementen bepaalde aanbiedingen van EMI te aanvaarden,

de verplichtingen niet is nagekomen die krachtens de richtlijn op hem rusten.

Kosten

96 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien het Koninkrijk België in het ongelijk is gesteld en de Commissie in die zin heeft geconcludeerd, dient het Koninkrijk België in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende, verstaat:

1) **Door in het kader van een door de Société régionale wallonne du transport uitgeschreven openbare aanbesteding rekening te houden met de gegevens die EMI over het brandstofverbruik heeft verstrekt in haar aanvullende nota van 24 augustus 1993, dus na de opening van de inschrijvingen, door de opdracht aan EMI te gunnen op grond van cijfers die niet beantwoordden aan de voorschriften van bijlage 23 bij het bijzonder bestek voor de berekening van de fictieve maluspunten van deze vennootschap ten aanzien van de onderhoudskosten van de vervanging van de motor en de versnellingsbak, en door bij de vergelijking van de aanbiedingen voor de partijen nrs. 4 tot en met 6 rekening te houden met door EMI voorgestelde besparingselementen die niet in het bestek of in de oproep tot mededinging waren vermeld, door die te gebruiken om het prijsverschil te compenseren tussen de als eerste gerangschikte aanbieding en EMI's aanbieding die als tweede gerangschikt was, en door als gevolg van de inaanmerkingneming van die elementen bepaalde aanbiedingen van EMI te aanvaarden, is het Koninkrijk België de verplichtingen niet nagekomen die op hem rusten krachtens richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.**

2) **Het Koninkrijk België wordt verwezen in de kosten van de procedure.**

Edward Moitinho de Almeida Gulmann

Jann Sevón

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 25 april 1996.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

D. A. O. Edward