CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ

van 12 september 1995 *

A — Inleiding

1. In deze niet-nakomingszaak moet worden beoordeeld, of een binnen de werkingssfeer van richtlijn 90/531/EEG [1] vallende opdracht voor de levering van autobussen voor het openbaar vervoer rechtmatig is gegund.

2. De feiten zijn de volgende. De Société régionale wallonne du transport (hierna: „SRWT") schreef bij een bericht in het supplement op het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 22 april 1993 [2] een openbare aanbesteding uit voor de levering van 307 standaardvoertuigen. De opdracht, verdeeld in acht partijen, diende over een periode van drie jaar te worden uitgevoerd en had een geschatte waarde van 2 022 918 000 BFR (exclusief BTW).

3. Op 7 juni 1993, de uiterste datum voor de deponering van inschrijvingen en tevens de datum van opening daarvan, waren aanbiedingen ingediend door vijf vennootschappen: EMI (Aubange), Van Hool (Koningshooikt), Mercedes-Belgium (Brussel), Berkhof (Roeselare) en Jonckheere (Roeselare).

4. 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.

5. Op 3, 23 en 24 augustus 1993 had EMI de aanbestedende dienst inmiddels drie aanvullende nota's gestuurd, waarin zij bepaalde punten van haar oorspronkelijke aanbieding becommentarieerde, namelijk het brandstofverbruik en de frequentie van de vervanging van motor en versnellingsbak.

6. Na onderzoek van deze drie nota's meende de technische dienst van de aanbestedende dienst in een niet-ondertekende nota van 31 augustus 1993, dat de aanvullende nota's van EMI wijzigingen van de oor-

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Richtlijn 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).

2 — PB 1993, S 78, blz. 76.

spronkelijke 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.

7. 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. Hij besloot dienaangaande juridisch advies te vragen aan de Waalse minister van Verkeer, van wie men wist, dat in zijn kabinet een erkend specialist inzake overheidsopdrachten werkzaam was.

8. De Waalse minister van Verkeer antwoordde bij brief van 14 september 1993. Volgens die brief bestond wat de meeste punten betreft juridisch geen bezwaar tegen de inaanmerkingneming van de drie aanvullende nota's. In de brief werd de raad van bestuur ten slotte verzocht, het dossier op grond van de opmerkingen van de minister van Verkeer opnieuw te onderzoeken.

9. Op 28 september 1993 verzocht de SRWT EMI om bevestiging van het in de nota van 24 augustus opgegeven brandstofverbruik en van de in de nota van 23 augustus vermelde frequentie van vervanging van de motor en de versnellingsbak. Bij brief van 29 september 1993 bevestigde EMI deze gegevens.

10. In een nieuwe nota voor de vergadering van de raad van bestuur van 6 oktober 1993 werd bij de vergelijking van de aanbiedingen rekening gehouden met de aanvullende gegevens van EMI. Voorgesteld werd, partij nr. 1 aan Jonckheere te gunnen en de partijen nrs. 2 tot en met 6 aan EMI.

11. Op 6 oktober 1993 besloot de raad van bestuur van de SRWT deze voorstellen te volgen. Partij nr. 1 (37 voertuigen) zou aan Jonckheere en de partijen nrs. 2 tot en met 6 (278 voertuigen) aan EMI worden gegund. De bestelling van 30 voertuigen werd uitgesteld tot 1996.

12. 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.

13. Van Hool diende ook een klacht in bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen, die de Belgische regering op 30 november 1993 een ingebrekestelling in de zin van artikel 169 van het Verdrag zond. Bij brief van 15 december 1993 antwoordde de Belgische regering, dat er geen sprake was van

een niet-nakoming. Op 8 februari 1994 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. Het antwoord van de Belgische regering kon volgens de Commissie de gestelde verdragsinbreuk niet ongedaan maken. Daarom stelde zij op 11 maart 1994 beroep in bij het Hof. Dezelfde dag verzocht de Commissie in kort geding om het gunningsbesluit van de SRWT van 6 oktober 1993 en de overeenkomst tussen de SRWT en EMI tot het eindarrest te schorsen. Het verzoek in kort geding is bij beschikking van 22 april 1994 afgewezen.

14. In de procedure voor het Hof vond op 17 mei 1995 een informele bijeenkomst plaats tussen de rechter-rapporteur, de advocaat-generaal en de partijen om de strekking van het beroep in feitelijk opzicht en de eventuele noodzaak van instructiemaatregelen te bespreken.

15. In haar verzoekschrift concludeert de Commissie dat het het Hof behage:

1) 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 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie en krachtens het beginsel van gelijke behandeling, dat aan alle regelingen betreffende de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten ten grondslag ligt;

2) het Koninkrijk België te verwijzen in de kosten.

16. Het Koninkrijk België concludeert dat het het Hof behage:

1) het beroep te verwerpen;

2) de Commissie te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen.

17. Naar aanleiding van het besprokene tijdens de informele vergadering van 17 mei 1995 heeft de Commissie afgezien van haar tweede grief, dat de aanbestedende dienst een inschrijver die niet aan de selectiecriteria van het bestek voldeed, had toegelaten. De Commissie heeft dit bij brief van 9 juni 1995 meegedeeld en ter terechtzitting bevestigd. In geding zijn derhalve nog twee grieven, namelijk enerzijds dat de aanbestedende dienst na de opening van de inschrijvingen rekening heeft gehouden met wijzigingen die in een aanbieding waren aangebracht, en anderzijds dat hij een aanbieding heeft aanvaard op basis van andere criteria dan de gunningscriteria van het bestek. Elke grief valt uiteen in twee onderdelen, een verdeling die ik bij mijn bespreking eveneens zal aanhouden.

18. Het petitum moet derhalve aan deze wijziging worden aangepast; het luidt thans als volgt:

De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

vast te stellen dat het Koninkrijk België de verplichtingen die op hem rusten krachtens richtlijn 90/531/EEG en het beginsel van gelijke behandeling, 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 waren aangebracht,

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

B — Standpuntbepaling

I — *Voorvragen*

a) De werkingssfeer van de richtlijn

19. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 90/531 omschrijft de personele werkingssfeer van de richtlijn als volgt:

„Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben;

b) of die, indien het geen overheidsdiensten of openbare bedrijven betreft, een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten of een combinatie daarvan tot taak hebben en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten die hun door een bevoegde instantie van een Lid-Staat zijn verleend."

Artikel 2, lid 2, omschrijft de materiële werkingssfeer van de richtlijn; de voor het onderhavige geding relevante passage luidt als volgt:

„Relevante activiteiten in de zin van deze richtlijn zijn:

a) (...)

b) (...)

c) de exploitatie van netten van openbare dienstverlening op het gebied van vervoer per trein, automatische systemen, tram, trolleybus of bus of kabel.

Ten aanzien van vervoersdiensten wordt er vanuit gegaan dat er een 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;

d) (...)"

20. De SRWT is onbetwist een openbaar bedrijf dat een openbare dienst op het gebied van vervoer per bus exploiteert. Als aanbestedende dienst valt de SRWT derhalve binnen de werkingssfeer van de richtlijn. Twijfel hierover kan hooguit het feit opleveren, dat de SRWT niet wordt genoemd in bijlage VII bij de richtlijn, waarin de „Aanbestedende diensten op het gebied van stadsspoorweg-, tram-, trolley- of busverbindingen" zijn opgesomd.

21. De Commissie heeft overtuigend uiteengezet, dat de lijst slechts declaratoir is. Als gevolg van feitelijke veranderingen bestaat steeds de kans dat de lijst niet meer met de realiteit overeenstemt. Beslissend is derhalve in laatste instantie alleen artikel 2 van de richtlijn.

22. Deze opvatting vindt steun in de bepalingen van de richtlijn inzake de opstelling van de bijlagen I tot en met X. In artikel 2, lid 6, heet het bij voorbeeld:

„De in de bijlagen I tot en met X genoemde aanbestedende diensten voldoen aan bovengenoemde criteria. Om ervoor te zorgen dat de lijsten *zo volledig mogelijk* zijn, stellen de Lid-Staten de Commissie in kennis van de in hun lijsten opgetreden wijzigingen. De Commissie herziet de bijlagen I tot en met X volgens de procedure van artikel 32." [3]

In artikel 32 is bepaald:

„De bijlagen I tot en met X worden overeenkomstig de procedure van de leden 3 tot en met 7 herzien *zodat zij voldoen aan de criteria van artikel 2.*" [4]

Derhalve moet ervan worden uitgegaan, dat de richtlijn toepasselijk is.

3 — Cursivering van mij.
4 — Cursivering van mij.

b) Interne situatie

23. De Belgische regering heeft in de loop van de procedure gesteld, dat het hier gaat om een louter interne situatie waarop het gemeenschapsrecht niet van toepassing is. Enkel Belgische vennootschappen hadden ingeschreven op een door een Belgisch openbaar bedrijf gehouden aanbesteding.

24. Tegen dit bezwaar kan in de eerste plaats worden ingebracht, dat zodra een gemeenschapsrechtelijke regeling van kracht is geworden, zij algemene gelding heeft. Anderzijds kunnen door de gunning van een opdracht heel goed ook ondernemingen uit andere Lid-Staten als leverancier worden geraakt. Beziet men alleen maar de bij het geding betrokken ondernemingen EMI en Van Hool, dan is duidelijk, dat de gunning concrete grensoverschrijdende gevolgen heeft. Zo worden bij voorbeeld de motoren voor de voertuigen van EMI gefabriceerd en geleverd door Renault, een Franse onderneming.

c) De keuze van de gunningsprocedure

25. In de loop van de procedure stelde de Belgische regering, dat de aanbestedende dienst niet verplicht was om de opdracht via een openbare procedure te gunnen. Hij zou ook overeenkomstig de richtlijn hebben gehandeld, wanneer hij voor een procedure van gunning via onderhandelingen had

gekozen. Daaruit zou moeten blijken, dat eventuele onderhandelingen met een inschrijver rechtmatig waren.

26. Artikel 15, lid 1, van de richtlijn, dat staat in de titel „Procedures voor het plaatsen van opdrachten", luidt als volgt:

„Aanbestedende diensten kunnen een keuze maken uit de in artikel 1, lid 6, genoemde procedures, mits (...) een oproep tot mededinging (...) is gedaan."

Artikel 1, lid 6, definieert „openbare procedures, niet-openbare procedures en procedures van gunning via onderhandelingen" in de zin van de richtlijn als „de door de aanbestedende diensten gevolgde aanbestedingsprocedures, waarbij:

a) in het geval van de openbare procedures, alle belangstellende leveranciers of aannemers mogen inschrijven;

b) in het geval van niet-openbare procedures, alleen de door de aanbestedende dienst aangezochte gegadigden mogen inschrijven;

c) in het geval van de procedures van gunning via onderhandelingen, de aanbestedende dienst de door hem gekozen leveranciers of aannemers raadpleegt en in onderhandelingen met een of meer van hen de inhoud van het contract vaststelt".

27. De Belgische regering moet worden toegegeven, dat het de aanbestedende dienst vrijstond een van die procedures te kiezen. Zodra hij evenwel voor een bepaalde procedure had gekozen, moest hij tot de uiteindelijke gunning van de opdracht de regels van die procedure naleven. De gemeenschapsregeling heeft tot doel, bij elk van de drie procedures communautaire mededinging mogelijk te maken. Dit doel impliceert — ik kom hierop nog terug —, dat het discriminatieverbod onverminderd wordt nageleefd. Middelen om dit doel te bereiken zijn bij voorbeeld de publikatievoorschriften, die voor elke procedure gelden. [5] Het is derhalve niet toegestaan om af te wijken van de voorschriften van de eenmaal gekozen procedure.

II — *De grief inzake de wijziging van een aanbieding na de opening*

28. Deze grief bestaat uit twee onderdelen. Het eerste betreft het opgegeven brandstofverbruik, het tweede de frequentie van de

5 — Zie bij voorbeeld de artikelen 16 en 17 van de richtlijn.

vervanging van de motor en de versnellingsbak van de aangeboden voertuigen.

29. Uitgangspunt moet zijn, dat aanbiedingen na de sluitingsdatum voor deponering van inschrijvingen respectievelijk na de opening daarvan niet meer mogen worden gewijzigd. Dit verbod is een elementair beginsel van de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten. Het vormt de uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling, dat principieel van toepassing is op alle procedures voor overheidsopdrachten [6] en dat trouwens in richtlijn 90/531 uitdrukkelijk wordt vermeld. Artikel 4, lid 2, luidt als volgt:

„De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers of aannemers plaatsvindt."

30. Einddoel van de coördinatie van de gunningsprocedures is de communautaire mededinging en de volledige verwezenlijking van het vrije verkeer van goederen en diensten. [7] Dit impliceert, dat potentiële inschrijvers gelijk worden behandeld. Het discriminatieverbod komt dan ook op verschillende plaatsen tot uitdrukking. [8] Dat in het belang van de gelijke behandeling aanbiedingen niet achteraf mogen gewijzigd, klinkt ook door in de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie ad artikel 15 van de richtlijn. Die verklaring 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."

31. Tegen deze achtergrond moet worden onderzocht, of een inschrijver zijn aanbieding naderhand heeft gewijzigd, en de aanbestedende dienst daar op ontoelaatbare wijze rekening mee heeft gehouden.

6 — Zie het arrest van 22 juni 1993 (zaak C-243/89, Commissie/Denemarken, Jurispr. 1993, blz. I-3353, r. o. 39).

7 — Zie de derde, vijfde, zesde en elfde tot dertiende overweging van de considerans van richtlijn 90/531.

8 — Zie artikel 4, lid 2, en de vijfentwintigste overweging van de considerans van de richtlijn, alsmede de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie ad artikel 15 van de richtlijn.

a) Het brandstofverbruik van de aangeboden voertuigen

32. In haar oorspronkelijke aanbieding vermeldde EMI voor de partijen nrs. 2 tot en met 6 een brandstofverbruik van 54 l/100 km. Bij die aanbieding was met betrekking tot de gegevens voor de afzonderlijke partijen een nota gevoegd, waarin de onderneming de aandacht vestigde op een mogelijke vermindering van het brandstofverbruik. Het opgegeven verbruik was genoteerd bij door een onafhankelijke onderneming verrichte tests met een nog niet ingereden voertuig. Met een ingereden voertuig zou onder optimale omstandigheden 5 tot 8 % brandstof kunnen worden bespaard.

33. In de nota van 3 augustus 1993, de eerste van de drie omstreden nota's, wees de onderneming er opnieuw op, dat het opgegeven brandstofverbruik onder de vermelde omstandigheden met 8 % diende te worden verminderd. [9] In de nota van 24 augustus 1993, de derde van de omstreden nota's, met het opschrift „Note explicative", wees de onderneming erop, dat blijkens tests een verbruik van 45 l/100 km in het stadsverkeer moest worden aangenomen. [10]

34. De *Commissie* ziet in deze gang van zaken een wijziging van de oorspronkelijke aanbieding. Met deze gegevens mocht dan ook geen rekening worden gehouden.

35. De *Belgische regering* verdedigt daarentegen, dat deze gegevens enkel de reeds in de aanbieding verstrekte gegevens verduidelijken. Op de mogelijke vermindering van het brandstofverbruik was van meet af aan geattendeerd, enkel de concrete resultaten waren naderhand verstrekt. Het verduidelijken of aanvullen van de in de aanbieding vermelde gegevens is in overeenstemming met de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie ad artikel 15 van de richtlijn.

36. Wil men de later verstrekte gegevens niet als verduidelijking beschouwen, dan zijn zij hoe dan ook toelaatbaar als verbeteringen van materiële fouten. In ander verband heeft de Commissie trouwens aanvaard, dat in het nadeel van de inschrijver werkende foutieve gegevens werden verbeterd. Indien de verbetering in het voordeel van de inschrijver speelt, moeten dezelfde maatstaven gelden.

37. Zowel terminologisch als feitelijk spitst het geding zich toe op de vraag, of de litigieuze gegevens *verduidelijkingen* of *wijzigingen* van de aanbieding zijn. Het in de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie gehanteerde begrip „verduidelijking" moet mijns inziens worden begrepen als de mededeling van details die het betrokken object duidelijker beschrijven of nader bepalen. Het tweede in de gezamenlijke verklaring gehanteerde begrip „aanvulling" vat ik op als het bijvoegen van gegevens die voordien niet beschikbaar waren. Beide begrippen hebben gemeen, dat eerder ver-

9 — Nota van EMI van 3 augustus 1993, blz. 5.

10 — Deze waarde is relevant voor de partijen nrs. 2 tot en met 6.

strekte gegevens niet worden vervangen, maar in de ene of andere zin worden geconcretiseerd.

38. De gedachte, dat verduidelijkingen noch aanvullingen de vervanging van vroegere gegevens door nieuwe andere feiten impliceert, wordt mijns inziens bevestigd door het feit dat de mogelijkheid om gegevens te vervangen andere inschrijvers kan benadelen.

39. In dit verband versta ik het begrip „verduidelijken" aldus, dat wanneer bij voorbeeld een mogelijke vermindering van het brandstofverbruik tot 8 % wordt opgegeven, de onderneming zich vastlegt op een binnen die grens vallende waarde en bij voorbeeld het corresponderende verbruik in liters meedeelt.

40. In de nota van 3 augustus 1993 heeft EMI aldus gehandeld, want daarin legde zij zich vast op een vermindering van het opgegeven verbruik met 8 %. Derhalve bevat de nota van 3 augustus mijns inziens wat het verbruik betreft een verduidelijking en geen wijziging van de aanbieding.

41. Het in de nota van 24 augustus 1993 opgegeven verbruik van 45 l/100 km betekent daarentegen een vermindering van het vermelde brandstofverbruik met 17,5 %. Deze vermindering bedraagt meer dan het dubbele van de voordien vermelde marge. Mijns inziens is dit louter terminologisch reeds geen verduidelijking, maar een wijziging.

42. Het eigenlijke criterium om te bepalen of een verduidelijking toelaatbaar is, is volgens de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie, of de later verstrekte gegevens discriminatie veroorzaken. Ik acht het dan ook van belang na te gaan, welke gevolgen de eind augustus meegedeelde cijfers hadden voor de andere inschrijvers. Daarbij moet in aanmerking worden genomen, dat een waarderingssysteem voor het brandstofverbruik van de aangeboden voertuigen deel uitmaakte van de in het bestek vermelde gunningscriteria. In het kader van de technische beoordelingscriteria werd volgens punt 20.2.2.1 een vergelijkende berekening opgesteld ter bepaling van de bedrijfskosten. Het aangeboden voertuig met het hoogste verbruik werd daarbij als maatstaf genomen. Voertuigen met een lager verbruik kregen een in geld („fictieve frank" [11]) uitgedrukt krediet toegekend.

43. Met de opgegeven 54,5 l/100 km lag EMI voor alle betrokken partijen bovenaan. Voor haar voertuigen konden derhalve geen bonuspunten worden toegekend. Bovendien

11 — Cf. punt 20.2.2 van het bijzonder bestek.

gold dit cijfer ook als maatstaf voor de bonificatie voor de voertuigen van concurrerende inschrijvers. Ik wijs erop, dat ook wanneer het opgegeven verbruik van de EMI-voertuigen met 8 % wordt verminderd, de alsdan resterende 50,14 l nog steeds het hoogste cijfer was geweest. Ook in dat geval hadden haar voertuigen geen bonuspunten gekregen. Het voordeel van de andere voertuigen was slechts kleiner geworden. De situatie wordt echter wel anders, wanneer rekening wordt gehouden met het met 17,5 % lagere verbruik van 45 l/100 km. Daardoor zakt het cijfer onder dat van het door een concurrent opgegeven verbruik, waardoor de voertuigen van EMI een voordeel in de vorm van bonuspunten verkrijgen.

44. Vergelijking van de concrete cijfers [12] toont aan, dat de bonus van directe concurrent Van Hool 2,5 keer kleiner werd voor de partijen nrs. 2 en 3, en zelfs 2,8 keer voor de partijen nrs. 4, 5 en 6. Het aantal bonuspunten, dat aanvankelijk min 1 875 600 bedroeg voor de partijen nrs. 2 en 3 en min 1 750 560 voor de partijen nrs. 4 en 6, slonk tot min 750 240 voor de partijen nrs. 2 en 3, en zelfs tot min 625 200 voor de partijen nrs. 4 tot en met 6. Op basis van de gewijzigde cijfers kreeg EMI inmiddels een bonus van plus 125 040 voor alle partijen.

12 — Nota voor de vergadering van de raad van bestuur van 2 september 1993, bijlage 6, blz. 2-6, en nota voor de vergadering van de raad van bestuur van 6 oktober 1993, bijlage 2, blz. 2-6.

45. Mijns inziens moeten de nieuwe cijfers ook wat de gevolgen voor de aanbiedingen van de concurrenten betreft, als een wijziging van de oorspronkelijke gegevens worden beschouwd, waarmee de aanbestedende dienst geen rekening had mogen houden.

46. Ten slotte moet het argument van de Belgische regering worden onderzocht, dat het nieuwe cijfermateriaal enkel een materiële fout recht zette. De feiten spreken dat mijns inziens evenwel tegen, want het staat buiten kijf, dat de optimale resultaten eerst bij latere tests bereikt werden. De cijfers konden slechts worden verkregen op grond van feiten die dateren van na de sluitingsdatum. Dat er sprake zou zijn van een rechtzetting van een vergissing, is mijns inziens dan ook onjuist.

b) De frequentie van de vervanging van motor en versnellingsbak van de aangeboden voertuigen

47. Uitgangspunt voor de gegevens inzake de vervanging van onderdelen is bijlage 23 bij het bijzonder bestek. [13] Deze bijlage vormt de basis voor de berekening van de werktijd en de materiaalkosten in geval van vervanging van bepaalde onderdelen. In totaal

13 — Cahier spécial des charges, Marché 545.

werden 45 onderdelen genoemd, waarvoor de inschrijver telkens het aantal per autobus, de demontagetijd, de montagetijd en de prijs van een nieuw exemplaar moest opgeven. Al deze gegevens werden in een schema opgenomen. Dit schema bevat een rubriek „Aantal voorziene vervangingen van het onderdeel". [14] De aanbestedende dienst heeft deze rubriek voor alle 45 onderdelen zelf ingevuld. Op de eerste regel („Motor") staat in de kolom „aantal voorziene vervangingen" een „2". Op de tweede regel („Versnellingsbak") staat in die kolom een „3".

48. Vaststaat, dat EMI het schema van bijlage 23 bij het bijzonder bestek juist heeft ingevuld. In de betrokken nota van 23 augustus 1993 wees zij erop, dat voor haar voertuigen de door de aanbestedende dienst aangegeven vervangingsfrequentie niet overeenstemde met de statistische realiteit. Sub a, „twee vervangingen van de motor", staat te lezen, dat op grond van de ervaring met de beschreven voertuigen bij een geraamde levensduur van 15 jaar en een jaarlijks gereden afstand van 50 000 km één motor volstaat. Sub b, „drie vervangingen van de versnellingsbak", wordt vermeld, dat gezien de ervaring, 1,25 vervangingen zijn te voorzien.

49. Daarna wordt erop gewezen, dat deze twee opmerkingen enkel de belangrijkste onderdelen betreffen en dat hetzelfde ook geldt voor andere in bijlage 23 bij het bijzonder bestek opgenomen onderdelen. De prestaties van de aangeboden voertuigen, zo wordt vervolgd, mogen niet resulteren in een benadeling in economisch opzicht.

50. De Commissie meent, dat deze nota een wijziging van de oorspronkelijk aanbieding inhoudt.

51. De Belgische regering verdedigt daarentegen, dat de nota van 23 augustus enkel de aandacht van de aanbestedende dienst heeft gevestigd op het feit, dat de voorziene vervangingsfrequentie niet met de realiteit overeenstemt. De andere gegevens in bijlage 23, zoals de prijs van de onderdelen en de tijd voor demontage en montage van de onderdelen, bleven ongewijzigd.

52. De opmerkingen in de nota van 23 augustus 1993 slaan op de raming die de aanbestedende dienst in het bestek had gemaakt en die de inschrijvers niet konden wijzigen. Over de frequentie van vervangingen werden van de inschrijvers geen voorstellen verlangd. De inhoud van de nota van 23 augustus kan dan ook slechts worden begrepen als een opmerking van de inschrijver over de uitgangspunten van de aanbestedende dienst, die hij met zijn aanbod principieel niet kon beïnvloeden. De inschrijver kon er niet van

14 — Nombre de remplacements prévisible pour un organe.

uitgaan, dat zijn opmerkingen zouden leiden tot een wijziging van de raming van de aanbestedende dienst.

53. Niettemin heeft de inschrijver een rechtmatig economisch belang om de aandacht van de aanbestedende dienst erop te vestigen, dat aangenomen premissen wat de aangeboden goederen betreft niet met de feiten stroken en dat een beoordeling op die basis het aanbod te kort zou doen. Deze opmerking had evengoed in de oorspronkelijke inschrijving kunnen worden gemaakt, zonder de voorwaarden voor de inschrijver te wijzigen. De reactie van de aanbestedende dienst op dergelijke opmerkingen moet los van de houding van de inschrijver worden beoordeeld.

54. Gelet op het feit, dat de inschrijver in de nota van 23 augustus geen nieuwe cijfers heeft genoemd, zijn gegevens niet heeft gewijzigd en geen afwijkende berekening heeft gemaakt, meen ik, dat die nota geen wijziging van de van de inschrijver verlangde gegevens inhield.

55. Ook al heeft EMI haar inschrijving met de nota van 23 augustus niet gewijzigd — een vaststelling die althans ten dele berust op het feit, dat het ging om opmerkingen over punten die in beginsel niet ter beoordeling van de inschrijver stonden —, dit neemt niet weg, dat de aanbestedende dienst in de inhoud van de nota aanleiding heeft gevonden om op discriminerende wijze ten voordele van de inschrijver af te wijken van de door hem zelf gestelde regels. Dit brengt mij meteen tot de tweede grief, te weten afwijking van de gunningscriteria door de aanbestedende dienst.

III — *Afwijking van de gunningscriteria*

a) De frequentie van de vervanging van bepaalde onderdelen

56. De Commissie belicht de feiten met betrekking tot de waardering van de frequentie van de vervanging van het aandrijfmechanisme — motor en versnellingsbak — vanuit twee verschillende juridische gezichtspunten. Enerzijds verdedigt zij het standpunt, dat de nota van 23 augustus een wijziging van EMI's oorspronkelijke inschrijving vormt, een opvatting waarbij ik mij om de hiervoor genoemde redenen niet aansluit. Anderzijds is zij van mening, dat de aanbestedende dienst, door rekening te houden met EMI's opmerkingen over de berekening van de onderhoudskosten van de aangeboden voertuigen, onrechtmatig van de gunningscriteria van het bestek is afgeweken.

57. Beslissend is dus de betekenis en de invulling van de gunningscriteria. Dienaangaande bepaalt artikel 27, leden 1 en 2, van richtlijn 90/531 het volgende:

„1. De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten een opdracht gunnen, zijn

a) hetzij de economisch voordeligste aanbieding, waarbij verschillende criteria worden gehanteerd, zoals: leveringstermijn, uitvoeringstermijn, gebruikskosten, rentabiliteit, kwaliteit, welstand en functionaliteit, technische waarde, de service na verkoop en technische bijstand, verbintenissen met betrekking tot reserveonderdelen, gewaarborgde materiaalvoorziening en prijs;

b) hetzij alleen de laagste prijs.

2. In het in lid 1, onder a), bedoelde geval vermelden de aanbestedende diensten in het bestek of in de oproep tot mededinging, alle gunningscriteria die zij voornemens zijn te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht."

58. Punt 14 van het bericht van aanbesteding („Gunningscriteria") luidt als volgt:

„De keuze wordt gemaakt op grond van de economisch voordeligste aanbieding. De criteria zijn: prijs, gebruikskosten (verbruik, montage- en demontagetijd, en prijs van de onderdelen), gewaarborgde materiaalvoorziening, kwaliteit van het technische materieel (plaatsen [15], instapconstructie, uitlaatgassen, geluidsniveau, hoogte van de treden en de vloer, vloerverhogingen)." [16]

59. In punt 20.2 van het bijzonder bestek worden de gunningscriteria in dezelfde volgorde genoemd als in het bericht, voorzien van een toelichting. De onderverdeling ziet er als volgt uit:

„20.2. Gunningscriteria. De opdracht wordt gegund aan de economisch voordeligste

15 — In de originele Franse versie staat het woord „plages"; dit lijkt een drukfout, want in het bestek wordt als eerste criterium voor de beoordeling van de technische kwaliteit van het materieel „nombre des places" genoemd.

16 — De volledige opsomming is enkel te vinden in de bekendmaking in de originele versie (Frans). In de andere talen van de Gemeenschap werd enkel een verkorte versie gepubliceerd. Zo luidt de Nederlandse tekst bij voorbeeld: „Gunningscriteria: Uit economisch oogpunt voordeligste aanbieding, gelet op: prijs, gebruikskosten, kwaliteit, andere criteria."

aanbieding, op grond van de volgende criteria:

20.2.1. Basisprijs van de bus en financiële varianten

(...)

20.2.2. Technische beoordelingscriteria

Voor deze criteria vindt een absolute weging plaats op basis van de ‚fictieve frank'.

GEBRUIKSKOSTEN

20.2.2.1. Brandstofverbruik

(...)

20.2.2.2. Montage- en demontagetijd, prijs van reserveonderdelen

(...)

GEWAARBORGDE MATERIAALVOORZIENING

20.2.2.3. Levering van reserveonderdelen

(...)

TECHNISCHE KWALITEIT VAN HET AANGEBODEN MATERIEEL

20.2.2.4. Aantal plaatsen

(...)

20.2.2.5. Hoogte van de treden

(...)

20.2.2.6. Uitlaatemissies

(...)

20.2.2.7. Geluidsniveau

(...)

20.2.2.8. Vloerhoogte

(...)

20.2.2.9. Aantal treden

(...)

20.2.2.10. Vloerverhogingen

(...)"

60. Het beginsel van gelijke behandeling en de daarmee samenhangende voorspelbaarheid van de beoordelingsprocedure vereisen, dat de aanbestedende dienst zich houdt aan de gunningscriteria die hij zelf heeft opgesteld. De hiervoor reeds vermelde bijlage 23 bij het bijzonder bestek vormt de basis voor de beoordeling van één van de twee factoren die de bedrijfskosten bepalen. De in rekening te brengen bedrijfskosten bestaan volgens de gunningscriteria uit het brandstofverbruik en de geraamde werktijd en materiaalkosten bij de vervanging van onderdelen.

61. Zoals ik al zei, had de aanbestedende dienst voor de frequentie van de vervanging van onderdelen een constante voorgeschreven, die voor alle inschrijvers gelijk was. Dit cijfer werkte als multiplicator voor de door de inschrijvers te verstrekken kostengegevens. Een afwijking van deze regel kon derhalve vergaande gevolgen hebben.

62. In deze zaak is erkend en blijkt trouwens ook uit de stukken [17], dat de aanbestedende dienst bij de berekening van de bedrijfskosten rekening heeft gehouden met de door EMI meegedeelde lagere frequentie van vervanging van de motor en de versnellingsbak. Bij vergelijking van de stukken over de beoordeling van de verschillende aanbiedingen voor de verschillende partijen blijkt, dat bij de eindberekening de bedrijfskosten van de voertuigen van EMI aanmerkelijk lager werden geraamd dan in het eerste ontwerpbesluit voor de vergadering van de raad van bestuur van 2 september 1993. Terwijl in de tabel voor de bedrijfskosten in de kolom

17 — Cf. de nota voor de vergadering van de raad van bestuur van de aanbestedende dienst van 6 oktober 1993.

„Onderhoud" [18] oorspronkelijk een bedrag van 4 901 790 voor de partijen nrs. 2 en 3, en 4 896 790 voor de partijen nrs. 4 tot en met 6 stond, werd het bedrag in de nieuwe berekening voor de partijen nrs. 2 tot en met 6 op 3 744 140 geraamd. [19] Het is duidelijk, dat de inschrijver in kwestie door de gewijzigde berekeningsmethode beter uit de bus komt dan de anderen.

63. Dat ten gunste van een inschrijver eenzijdig wordt afgeweken van de als onveranderlijk te beschouwen opgaven van de aanbestedende dienst in het bestek, zonder dat andere inschrijvers de mogelijkheid wordt gegeven hun gegevens aan de gewijzigde uitgangspunten aan te passen, levert mijns inziens een schending van het beginsel van gelijke behandeling op. Nadat de aanbestedende dienst kennis had gekregen van het feit dat het door een inschrijver aangeboden materieel wezenlijk beter was dan de opdrachtgever verwachtte, zodat hij twijfelde aan de juistheid van de door hem vastgestelde gegevens, moest hij ofwel op een voor alle inschrijvers identieke wijze aan zijn technische gegevens vasthouden, ofwel alle inschrijvers meedelen, dat van de opgaven in het bestek kon worden afgeweken. Het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kennis krijgt van die feiten, is daarbij mijns inziens niet beslissend; de situatie is principieel niet anders, wanneer deze opmerkingen reeds in de aanbieding worden gemaakt.

64. De Belgische regering heeft gesteld, dat de aanbestedende dienst niet mag worden belet de voorkeur te geven aan materieel dat ten gevolge van de technische vooruitgang van betere kwaliteit is.

65. Daartegen moet worden ingebracht, dat er geen beletsel is voor een aanbestedende dienst om in het kader van de gunning van een opdracht rekening te houden met verbeteringen van het te leveren materieel ten gevolge van de technische vooruitgang. Daarvoor pleit de reeds in de richtlijn verankerde mogelijkheid van varianten. [20] De wens van technische verbetering van de bij een openbare aanbesteding te verwerven goederen geeft een aanbestedende dienst evenwel niet het recht het beginsel van gelijke behandeling te schenden.

66. Doordat de aanbestedende dienst in het voordeel van één inschrijver eenzijdig is afgeweken van de door hem zelf opgestelde regels voor de beoordeling van de gunningscriteria, heeft hij het discriminatieverbod geschonden.

67. De daardoor veroorzaakte discriminatie springt in het oog, wanneer de volgorde van de concurrerende voertuigen wordt bekeken in de rubriek bedrijfskosten. Op basis van de oorspronkelijke verbruikscijfers en het vaste aantal vervangingen van onderdelen kwamen de voertuigen van Van Hool voor de partijen nrs. 2 en 3 op de eerste plaats en die van EMI

18 — „Entretien".

19 — Cf. bijlage 6 bij de nota voor de vergadering van de raad van bestuur van 2 september 1993, blz. 2-6, en bijlage 2 bij de nota voor de vergadering van de raad van bestuur van 6 oktober 1993, blz. 1-6.

20 — Cf. artikel 27, lid 3, van richtlijn 90/531.

op de derde. Voor de partijen nrs. 4, 5 en 6 stonden de voertuigen van Van Hool op de eerste en die van EMI op de vijfde plaats. Op grond van de nieuwe cijfers kwamen de voertuigen van Van Hool voor de partijen nrs. 2, 3 en 5 op de eerste plaats, die van EMI op de tweede. Voor de partijen nrs. 4 en 6 namen de voertuigen van EMI zelfs de eerste plaats in.

68. De stijging in de rangschikking van de vijfde naar de eerste plaats bij het op één na belangrijkste gunningscriterium, de bedrijfskosten, spreekt mijns inziens voor zichzelf. In die omstandigheden staat de discriminatie van de concurrenten buiten kijf.

b) Inaanmerkingneming van bijzondere uitrusting

69. In het kader van haar grief, dat de aanbestedende dienst de opdracht heeft gegund onder miskenning van de gunningscriteria van het bestek, stelt de Commissie, dat de SRWT ten gunste van EMI bij de eindbeoordeling rekening heeft gehouden met een aantal door EMI voorgestelde uitrustingselementen die niet in het bestek voorkwamen. Het betreft meer bepaald de inaanmerkingneming van bijzondere, zogenoemde „cantilever"-stoelen, een systeem voor de ontwaseming van de zijruiten en een bijzonder modulair assemblagesysteem.

70. In vergelijking met de gebruikelijke stoelen zouden de aan de zijkanten van de bus bevestigde *cantilever-stoelen* verschillende voordelen bieden. In de eerste plaats moeten de zijwanden van de bussen, waaraan de stoelen worden bevestigd, worden versterkt, wat de veiligheid van de passagiers ten goede komt. Doordat de stoelen niet aan de vloer bevestigd zijn, kan bij de schoonmaak van de bus veel tijd worden bespaard. Ten slotte verhogen de stoelen het comfort voor de passagiers doordat meer been- en bagageruimte ontstaat.

71. Het *ontwasemingssysteem* biedt zowel esthetische als economische voordelen. Het belet dat de ruiten beslaan, hetgeen uiteindelijk ook de schoonmaakkosten van de ruiten aanmerkelijk vermindert.

72. Door de manier waarop de onderdelen zijn bevestigd, kan het *modulair assemblagesysteem* in geval van een noodzakelijke reparatie van de carrosserie veel tijd besparen. Bovendien maakt dit systeem het mogelijk om een veel kleinere voorraad onderdelen aan te houden, daar een aantal onderdelen in verschillende modellen autobussen kunnen worden gebruikt.

73. De drie uitrustingselementen, de stoelen, het ontwasemingssysteem en het modulair assemblagesysteem, stonden reeds in de oorspronkelijke aanbieding van EMI. Uit het gunningsbesluit blijkt, dat deze elementen in de eindbeoordeling hebben meegewogen, ofschoon zij niet in concrete cijfers zijn uitgedrukt.

74. In de nota van 3 augustus poogde EMI weliswaar, de economische voordelen van die uitrustingselementen te kwantificeren, maar de aanbestedende dienst heeft die berekeningswijze niet overgenomen.

75. Het is de vraag, of die elementen varianten zijn in de zin van de richtlijn, en zo ja, of die ook juist zijn beoordeeld.

76. Artikel 27, lid 3, van de richtlijn 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 (...)"

In de tweeëndertigste en drieëndertigste overweging van de considerans van de richtlijn worden de volgende beginselen voor de toepassing van de richtlijn genoemd:

„Overwegende dat de door de betrokken diensten toe te passen regels een kader moeten doen ontstaan voor de toepassing van loyale handelspraktijken en ruimte moeten laten voor de grootst mogelijke soepelheid;

Overwegende dat in ruil voor deze soepelheid en ter bevordering van het onderlinge vertrouwen een minimum aan doorzichtigheid dient te worden gewaarborgd en passende methoden dienen te worden vastgesteld om toe te zien op de toepassing van deze richtlijn."

77. Punt 3, sub d, van het bericht van aanbesteding luidt als volgt:

„Varianten: Varianten zijn toegestaan." [21]

21 — De originele versie van de bekendmaking luidt: „Variantes: les suggestions sont autorisées."

78. In het bestek is verschillende keren sprake van varianten. Eén keer worden „financiële varianten" genoemd [22], op andere plaatsen duiken de begrippen „verplichte varianten" [23] of „facultatieve varianten" [24] op. Bij de gunningscriteria heet het in punt 20.2.1 („Basisprijs van de bus en financiële varianten"): „De basisprijs wordt vermeerderd met de prijs van de in aanmerking genomen niet-financiële varianten en de eventuele suggesties."

79. De Commissie meent, dat de betrokken kenmerken niet bij de beoordeling van de aanbieding van EMI hadden mogen worden betrokken. Niet-gekwantificeerde technische kenmerken konden niet in aanmerking worden genomen, wanneer zij in het bestek niet als criterium voor de economisch voordeligste aanbieding waren vermeld. De Commissie erkent, dat het bestek varianten toestond. In het bestek voorgeschreven kenmerken konden evenwel niet als „vrije suggesties" [25] worden beschouwd en mochten derhalve slechts conform het bestek worden beoordeeld.

80. In repliek verdedigt de Commissie, dat ook wanneer het bestek varianten toestond, deze slechts in aanmerking mochten worden genomen, wanneer zij de basisprijs van de bussen verhoogden.

81. Tegen dat argument brengt de Belgische regering in, dat het te laat is geformuleerd en derhalve niet-ontvankelijk is. Voor het overige voert de Belgische regering het volgende verweer:

In de eerste plaats stond het bestek voorstellen of suggesties [26] toe. Voor de technische kenmerken die de SRWT als voorstellen in aanmerking heeft genomen, waren geen bonuspunten toegekend die in de basisprijs van de EMI-voertuigen doorwerkten. Zij waren enkel als niet-kwantificeerbare comfort- en kwaliteitscriteria beschouwd, die tot de slotsom hadden geleid dat de aanbieding van EMI de economisch voordeligste was.

82. De Belgische regering beklemtoont, dat de onderhavige voorstellen slechts een ondergeschikte rol hebben gespeeld bij de gunning van de opdracht. De aanbiedingen van EMI en van Van Hool lagen zo dicht bij elkaar, dat de SRWT het voor de keuze tussen de kandidaten noodzakelijk had geacht, de bijzondere voordelen van de voertuigen van EMI mee te wegen. Deze handelwijze is in overeenstemming met artikel 27, lid 3, van de richtlijn, dat bepaalt dat indien de economisch voordeligste aanbieding als

22 — „Variantes financières", punt 20.2 van het bijzonder bestek — gunningscriteria.

23 — „Variantes obligatoires" — lijst van varianten.

24 — „Variantes facultatives" — lijst van varianten.

25 — „Suggestions libres".

26 — „Suggestions".

gunningscriterium wordt gehanteerd, de aanbestedende diensten door de inschrijvers voorgestelde varianten in aanmerking kunnen nemen indien deze voldoen aan de door de aanbestedende diensten geëiste minimumspecificaties.

83. Varianten of voorstellen hebben tot doel, aldus de Belgische regering verder, de aandacht van de administratie te vestigen op nieuwigheden waarvan zij geen kennis heeft. Het kenmerk van voorstellen is juist, dat zij de in het bestek bepaalde minimumspecificaties overtreffen. Het verwijt van ongelijke behandeling van inschrijvers moet worden verworpen, daar een vergelijking van voorstellen praktisch onmogelijk is, aangezien voorstellen elke aanbieding eenmalig en uniek maken. De Commissie heeft evenmin kunnen aantonen, dat andere concurrenten vergelijkbare voorstellen hebben ingediend.

84. Ik wil eerst ingaan op de exceptie van niet-ontvankelijkheid die de Belgische regering heeft opgeworpen tegen het door de Commissie in repliek aangevoerde argument betreffende de verhoging van de basisprijs bij varianten. Deze exceptie vindt steun in artikel 42, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Dat luidt als volgt:

„Nieuwe middelen mogen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken."

Daar het te onderzoeken argument uitgaat van verzoekster, moet het als een middel tot staving van haar vordering worden aangemerkt. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een dergelijk middel moet een principieel onderscheid worden gemaakt tussen middelen en argumenten. Alle middelen moeten in het verzoekschrift worden aangevoerd. Later in de procedure kunnen nieuwe middelen derhalve niet zonder rechtvaardiging in de zin van artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering worden aangevoerd. De zaak ligt anders bij argumenten, die dienen ter toelichting of aanvulling van reeds aangevoerde middelen. Die kunnen steeds, ook later in de procedure, worden aangevoerd.

85. Het middel inzake miskenning van de gunningscriteria doordat de door EMI voorgestelde stoelen, het ontwasemingssysteem en het modulair assemblagesysteem in aanmerking werden genomen, is reeds in het verzoekschrift — en in de precontentieuze procedure — aangevoerd. De vermelding, dat de basisprijs door eventueel toegestane varianten is beïnvloed, is slechts een extra argument voor dit middel. De exceptie van niet-ontvankelijkheid is dan ook ongegrond.

86. Wat het betwiste argument betreft, stelt de Belgische regering, dat de grief ook materieel ongegrond is. Het bestek bepaalt inderdaad, dat in aanmerking genomen voorstellen in de basisprijs mogen worden verdisconteerd om een vergelijking mogelijk te maken. Wanneer de kosten van die bijzondere elementen echter reeds in de basisprijs begrepen zijn — zoals hier het geval is —, kunnen zij geen tweede keer bij de prijs worden opgeteld. Zelfs wanneer de aanvaarde voorstellen de basisprijs niet verhogen, belet dat de aanbestedende dienst niet, de merites van het aangeboden materieel in aanmerking te nemen.

87. Bij de beoordeling van de handelwijze van de aanbestedende dienst op het punt van de gunningscriteria moet ervan worden uitgegaan, dat varianten krachtens de richtlijn in beginsel zijn toegestaan. Dat blijkt uitdrukkelijk uit artikel 27, lid 3. Het bericht van aanbesteding bewijst, dat voor deze concrete opdracht van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt.

88. Bij de abstracte beoordeling van toegestane varianten rijst de vraag naar de zin en het doel ervan. Daarbij is er een fundamenteel onderscheid tussen procedures waarin de laagste prijs het beslissend gunningscriterium is en procedures waarin de economisch voordeligste aanbieding de doorslag geeft. [27] Enkel bij die laatste kan de inschrijver varianten voorstellen. Zoals de Belgische regering terecht heeft aangevoerd, maakt deze procedure het mogelijk bij de gunning rekening te houden met voorstellen en nieuwigheden waarop de aanbestedende dienst eerst door een inschrijver is geattendeerd. Blijkens de tweeëndertigste en drieëndertigste overweging van de considerans van de richtlijn moet in de praktijk van de aanbestedende dienst, ook bij de toepassing van de richtlijn, een zekere soepelheid mogelijk zijn.

89. Wanneer er in een procedure voor de gunning van een opdracht ruimte moet blijven voor voorstellen en suggesties van een inschrijver, dan kan het daarbij juist niet om vooraf in het bestek gedefinieerde criteria gaan. Het lijkt mij dan ook niet meer dan normaal, dat de voorstellen van EMI inzake de bijzondere uitrusting onder geen van de in het bestek genoemde varianten kunnen worden ingedeeld. Voor de financiële varianten is dat zonder meer duidelijk. Bij de verplichte varianten gaat het om door de aanbestedende dienst gevraagde en gedefinieerde alternatieven voor afzonderlijke punten van het bestek. Uitsluitsel over de inhoud ervan geven de op de desbetreffende plaatsen in het bestek omschreven alternatieven. De lijst van varianten [28] geeft een overzicht van de verplichte varianten. Van de vier, eveneens in

27 — Cf. artikel 27, lid 1.

28 — „Liste des variantes" in de bijlage bij het bijzonder bestek.

die lijst opgenomen facultatieve varianten betreffen er drie de financiering. Slechts één zogenoemde „facultatieve variant" [29] slaat op een technisch kenmerk. Ook dat is vooraf gedefinieerd. Het verschil tussen verplichte en facultatieve varianten lijkt mij erin te bestaan, dat de inschrijver de verplichte varianten moet indienen om aan de eisen van het bestek te voldoen, terwijl het hem vrij staat de gevraagde facultatieve varianten uit te werken en hij hoe dan ook niet kan worden uitgesloten wanneer hij dat niet doet.

90. Het toestaan van voorstellen en suggesties die niet in het bestek voorkomen, bergt de moeilijkheid in zich, hoe eventueel in aanmerking genomen voorstellen moeten worden verdisconteerd. Bij de gunning van een opdracht volgens het criterium van de economisch voordeligste aanbieding moeten ook voorstellen economisch worden gewaardeerd.

91. Bij procedures volgens het criterium van de economisch voordeligste aanbieding heeft de aanbestedende dienst mijns inziens een zekere beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot de technische oplossing waaraan hij uiteindelijk de voorkeur geeft. Deze bevoegdheid is evenwel niet onbeperkt en moet kunnen worden getoetst op beoordelingsfouten. De maatstaven voor de uitoefening van die bevoegdheid kunnen mijns inziens uit de richtlijn worden afgeleid. Zo luidt artikel 27, lid 3, bij voorbeeld:

„De aanbestedende diensten vermelden in het bestek de minimumspecificaties waaraan deze varianten moeten voldoen."

De drieëndertigste overweging van de considerans van de richtlijn vermeldt een *„minimum aan doorzichtigheid"* als tegenhanger van de gecreëerde soepelheid. Daaraan wil ik nog het in artikel 4 van de richtlijn verankerde *discriminatieverbod* toevoegen.

92. Bij de rest van mijn onderzoek ga ik ervan uit, dat de aanbestedende dienst ten aanzien van de inaanmerkingneming van voorstellen een beoordelingsbevoegdheid heeft, wanneer de voorstellen voldoen aan de minimumspecificaties van het bestek en de procedure voor het overige doorzichtig en niet discriminerend is. Deze beginselen moeten volgens mij ook gelden voor de economische waardering van voorstellen en suggesties.

93. De betwiste uitrustingselementen moeten worden beschouwd als kenmerken van de technische kwaliteit van het aangeboden

29 — „Variante facultative".

materieel. De „technische kwaliteit van het aangeboden materieel" [30] is één van de in het bestek uitdrukkelijk vermelde gunningscriteria en omvat zeven elementen. [31] Kenmerkend voor deze criteria is, dat zij *uitsluitend* fictieve bonus- of maluspunten opleveren voor het in het bestek verlangde materieel of voor eventuele afwijkingen daarvan. Daar deze beoordelingscriteria refereren aan de definities in het bestek, is in dit verband geen ruimte voor waardering van voorstellen die in het bestek niet worden vermeld. In de economische beoordeling van varianten is slechts uitdrukkelijk voorzien, wanneer zij de basisprijs verhogen. [32]

94. Zo komen wij bij het door de Belgische regering aan de orde gestelde probleem, dat zinvolle technische suggesties waarmee in de basisprijs reeds rekening is gehouden, niet nog eens in de prijs kunnen worden verwerkt. Dat zou uiteindelijk de betere oplossingen economisch benadelen. Het zou juister zijn om door de aanbestedende dienst in aanmerking genomen suggesties op te nemen in het bonus-malus-systeem voor het technische materieel. Zoals ik al zei, ontbreekt evenwel de mogelijkheid om de technische kenmerken, die immers niet bekend zijn, vooraf te definiëren.

95. Gelet op de moeilijkheden om alternatieve technische oplossingen economisch te waarderen, deed EMI in de nota van 3 augustus een poging om de voorgestelde oplossingen te kwantificeren. [33] De aanbestedende dienst heeft dit voorstel niet overgenomen op de reeds vermelde grond, dat in de gunningscriteria van het bestek geen maatstaf voor die alternatieven was voorzien.

96. Mijns inziens kan de aanbestedende dienst op grond van zijn beoordelingsbevoegdheid suggesties van de inschrijver niettemin als waardeverhogende elementen in aanmerking nemen, wanneer de voorstellen in technisch opzicht aan de minimumspecificaties van het bestek voldoen en bij de gunning van de opdracht doorzichtig en niet-discriminerend te werk wordt gegaan.

97. De aan de stoelen gestelde eisen staan op verschillende plaatsen in het bestek. Het betreft zowel het aantal zitplaatsen bij de verschillende modellen als de gevraagde verplichte varianten voor bijzondere uitvoeringen, zoals bij voorbeeld „vandalismebestendige stoelen" achter in de bussen. [34] Kennelijk voldoen cantilever-stoelen aan al deze technische eisen, maar bieden zij daarnaast nog economische voordelen en meer comfort.

30 — „Les qualités techniques du matériel offert", cf. gunningscriteria in het bestek, punt 20.2.2.4 e. v.

31 — Punten 20.2.2.4 tot 20.2.2.10 van het bestek; zie hiervoor, punt 59.

32 — Cf. punt 20.2.1 van de gunningscriteria.

33 — Cantilever-stoelen 480 000 BFR, ontwasemingssysteem 240 000 BFR, modulair systeem 100 000 BFR.

34 — Cf. bijlage 11 bij het algemeen bestek; deel 2, hoofdstuk IV, punt 13, artikel 42 en deel 3, hoofdstuk II, artikel 18, nummer 18.6 van het bijzonder bestek.

98. Wat het aangeboden ontwasemingssysteem betreft, kunnen uit deel 2, hoofdstuk IV, punt 14, artikel 43, minimumspecificaties worden afgeleid. Aldaar is sprake van enkele of dubbele beglazing van de ramen, waarbij voor de dubbele beglazing als verplichte variant een verwarmingssysteem is voorgeschreven. Ook hierin kan volgens mij geen afwijking van de minimumspecificaties worden gezien.

99. Wat ten slotte het modulaire systeem betreft, kan ik in het bestek geen minimumspecificaties vinden. Dat hoeft ook niet te verbazen, daar juist dit systeem als typisch en nieuw werd voorgesteld en derhalve niet in het bestek kon zijn voorgeschreven. Uit het voorgaande weten wij evenwel reeds, dat het de aanbestedende dienst in het kader van de waardering van de bedrijfskosten (het tweede gunningscriterium) vooral ging om de vraag, hoeveel tijd voor de reparatie van de voertuigen nodig is en welke materiaalkosten daarbij ontstaan. Het derde gunningscriterium, de gewaarborgde materiaalvoorziening, wijst erop, dat de aanbestedende dienst veel eraan gelegen was, de levering van onderdelen en het voorraadbeheer zo efficiënt mogelijk te regelen. Ik zie niet in, hoe het voorgestelde modulaire assemblagesysteem eventuele minimumspecificaties voor onderdelen zou miskennen.

100. Mijns inziens heeft de aanbestedende dienst de vereiste doorzichtigheid in acht genomen door in het gunningsbesluit op grond van een voorafgaande indeling aan de hand van de gegeven gunningscriteria uitdrukkelijk melding te maken van de voorstellen die hij heeft aanvaard, en de economische voordelen daarvan in het besluit duidelijk te laten uitkomen. In de nota voor de vergadering van de raad van bestuur van 6 oktober 1993 wordt het ontwerpbesluit gebaseerd op die elementen, die uitdrukkelijk worden besproken. [35]

101. Wat ten slotte het beginsel van gelijke behandeling betreft, is de aanbestedende dienst met betrekking tot de uitrustingselementen niet van de voorschriften van het bestek afgeweken. De zaak ligt dus principieel anders dan de aangenomen frequentie voor de vervanging van motor en versnellingsbak. Een rechtstreekse vergelijking van de voorstellen en suggesties met de aanbiedingen van andere inschrijvers wordt bemoeilijkt, doordat zij geen vergelijkbare voorstellen hebben ingediend.

102. Al bij al ben ik van mening, dat de aanbestedende dienst bij de inaanmerkingneming van de uitrustingselementen cantilever-stoelen, ontwasemingssysteem en modulair assemblagesysteem binnen zijn beoordelingsbevoegdheid is gebleven en dat zijn gunningsbesluit in dat opzicht niet onrechtmatig is.

35 — Cf. blz. 6 van de nota voor de vergadering van de raad van bestuur van 6 oktober 1993.

Kosten

103. Volgens artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Ik stel voor, in deze zaak aldus te beslissen.

C — Conclusie

104. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

1) te verklaren dat het Koninkrijk België zijn verplichtingen uit richtlijn 90/351/EEG 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 in aanmerking te nemen in afwijking van de gunningscriteria;

2) het beroep voor het overige te verwerpen;

3) elk der partijen in de eigen kosten te verwijzen.