

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 173.478 van 12 juli 2007
in de zaak A. 165.890/XII-4532.**

In zake : de NV G4S SECURITY SERVICES, voorheen NV Group 4 Total Security,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16

tegen :

de STAD GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

verzoekster in tussenkomst :

de NV COBELGUARD,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. D'Hooghe,
kantoor houdende te Brugge Sint-Kruis,
Altebijstraat 21.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Group 4 Total Security, thans de NV G4S Security Services op 9 september 2005 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “1) De expliciete beslissing van de Stad Gent d.d. 7 juli 2005, houdende toewijzing van de bewakingsopdracht van het Administratief Centrum Stad Gent en het Stadhuis voor een periode van 12 maanden aan de NV Cobelguard Security voor een bedrag van 224.559.64 euro (btw inclusief).
- 2) In samenhang met het overeenkomstig bestek nummer 08536/01/00/00”;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 10 november 2005;

Gelet op de beschikking van 13 januari 2005 die de tussenkomst van de NV Cobelguard toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. Barra;

Gelet op de beschikking van 17 oktober 2006 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 16 februari 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 maart 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat G. Verhelst, die loco advocaat P. Flamey, verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat T. Van Cauter, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat D. De Groof, die loco advocaat P. D'Hooghe verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij wenst de bewaking van het Administratief Centrum W. Wilsonplein 1 te Gent en het stadhuis Botermarkt 1 te Gent niet langer verzekerd te zien door eigen personeel maar daartoe een overheidsopdracht aan derden te geven.

Hiertoe keurt ze het bestek met nummer 08536/01/00/00 goed dat de volgende bepalingen en omschrijvingen bevat.

De wijze van gunning is de algemene offerteaanvraag.

“Deze opdracht kan bij toepassing van art. 17, § 2, 2/, b) opnieuw via onderhandelingsprocedure worden toegewezen. De aanwending van deze procedure is beperkt tot een periode van drie jaar na het gunnen van de oorspronkelijke opdracht”.

Het voorwerp van de opdracht wordt omschreven als volgt :

“De uit te voeren dienst betreft: het uitvoeren van bewakingsprestaties in het Administratief centrum stad Gent W. Wilsonplein 1 te 9000 Gent
Stadhuis Botermarkt 1 te 9000 Gent
Bewakingsopdracht zijnde de dag- en avondbewaking in het ACSG en de nachtbewaking in het stadhuis”.

Onder “kwalitatieve selectie” wordt geëist, teneinde de technische bekwaamheid van de dienstverlener na te gaan, dat volgende documenten bij de offerte worden gevoegd :

- “- Een lijst van referenties (met minimaal 3 vermeldingen) van de afgelopen 3 jaar met betrekking tot een gelijkaardige, uitgevoerde opdracht met vermelding van de naam en telefoon van de betrokken contactpersoon van de instantie voor wie de opdracht werd uitgevoerd.
- Een nota met het organiek kader van de onderneming met vermelding van de onderwijs- en beroepskwalificaties van de betrokken werknemers
- Een verklaring betreffende het gemiddeld aantal arbeidskrachten en managers per jaar gedurende de afgelopen 3 jaar
- Een verklaring met de beschikbare technische uitrusting, materiaal en werktuigen waarover de dienstverlener zal beschikken voor de uitvoering van zijn diensten en een overzicht van de geboden kwaliteitswaarborgsystemen”.

De gunningscriteria worden vermeld als volgt :

“6. Gunningscriteria (art. 115)

De gunningscriteria waarmee rekening wordt gehouden bij de toewijzing van de opdracht met hun wegingscoëfficiënt:

- 1) Plan van aanpak (werkprogramma en organisatorisch stappenplan) een gedetailleerde beschrijving van de manier waarop de dienst moet worden georganiseerd, verleend en ondersteund met betrekking tot de arbeidskrachten, back up en gebruik van technologie: 50 punten
- 2) gebruikte methodologie en de kwaliteitsnormen die door het bedrijf met betrekking tot de doelstelling van de overeenkomst kunnen worden aangeboden
 - ervaring in de sector, contractspecifieke ervaring
 - basisvaardigheden, bijkomende opleiding en kwalificaties; contractspecifieke opleiding; periodieke opleiding
 - aanwervings- en selectiemethodologie; doorlichting : 25 punten

3) Prijs : 25 punten
De berekening van de punten zal gebeuren volgens de formule;- :
 $50 \times \frac{\text{inschrijvingsbedrag laagste aannemer}}{\text{bedrag inschrijver}}$ ”.

Uit het proces-verbaal van opening van de offertes op 16 juni 2005 blijkt dat er zes inschrijvers zijn waaronder verzoekende en tussenkomende partij.

3. Het gunningsverslag van 23 juni 2005, blijkbaar opgesteld door de stadsdiensten, besluit in de eerste plaats dat alle inschrijvingen “in orde” zijn met de selectiecriteria.

Voorts worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria.

Wat gunningscriterium 1 betreft wordt dit als volgt voorgesteld :

“1) Plan van aanpak (werkprogramma en organisatorisch stappenplan) een gedetailleerde beschrijving van de manier waarop de dienst moet worden georganiseerd, verleend en ondersteund met betrekking tot de arbeidskrachten, back up en gebruik van technologie : 50 punten
werkprogramma : 10 punten
stappenplan : 10 punten
organisatie van de dienst : 10 punten
Back up : 10 punten
Gebruik van technologie 10 punten”.

De puntentoekenning voor dit gunningscriterium is de volgende :

1. NV Securitas	46
2. BVBA Security Assistant Team	46
3. NV Initial Security	46
4. CVBA S.G.I.	46
5. NV Cobelguard Security	50
6. NV Group 4 Total Security	46

Elke inschrijver krijgt steeds 10 op 10 behalve bij ‘werkprogramma’ en ‘stappenplan’ waar enkel tussenkomende partij 10 punten verkreeg en de andere vijf inschrijvers telkens 8 punten.

Wat het gunningscriterium 2 betreft luidt het verslag :

“2) gebruikte methodologie en de kwaliteitsnormen die door het bedrijf met betrekking tot de doelstelling van de overeenkomst kunnen worden aangeboden

- ervaring in de sector, contractspecifieke ervaring
- basisvaardigheden, bijkomende opleiding en kwalificaties; contractspecifieke opleiding; periodieke opleiding 25 punten

- gebruikte methodologie en kwaliteitsnormen : 10 punten
- ervaring in de sector : 10 punten
- periodieke opleiding : 5 punten”.

Bij “gebruikte methodologie en kwaliteitsnormen” blijkt verwerende partij luidens de gegeven commentaar vooral aandacht te hebben voor de manier waarop de inschrijver zijn personeel selecteert en rekruteert. Voorts is er aandacht voor de kwaliteitszorg zoals door middel van controles en evaluaties.

Verzoekende partij en tussenkomende partij verkrijgen hier elk 10 op 10.

De “ervaring in de sector” blijkt verwerende partij in te vullen met gegevens als ervaring in de sector en uitgebreidheid van het cliënteel. Elke inschrijver verkrijgt alle 10 de punten, met telkens dezelfde commentaar: “Heeft een uitgebreid cliënteel en ervaring in de sector en toont dit aan met de nodige referenties”.

Bij “periodieke opleiding” krijgt elke inschrijver 5 op 5.

Dit leidt tot de volgende puntentoekenning voor gunningscriterium 2 :

1. NV Securitas	23
2. BVBA Security Assistant Team	23
3. NV Initial Security	25
4. CVBA S.G.I.	20
5. NV Cobelguard Security	25
6. NV Group 4 Total Security	25

Wat het gunningscriterium 3 betreft - de prijs - wordt de formule toegepast zoals door het bestek voorgeschreven, hetgeen resulteert in de volgende puntentoekenning :

1. NV Securitas	23,20
2. BVBA Security Assistant Team	23,87
3. NV Initial Security	24,75
4. CVBA S.G.I.	25
5. NV Cobelguard Security	24,75
6. NV Group 4 Total Security	24,22

Voor de drie gunningscriteria samen leidt dit tot :

1. NV Securitas	92,20
2. BVBA Security Assistant Team	92,87
3. NV Initial Security	95,75
4. CVBA S.G.I.	91
5. NV Cobelguard Security	99,75
6. NV Group 4 Total Security	95,22

Het voorstel luidt dan ook dat de opdracht “wordt toevertrouwd” aan de NV Cobelguard Security.

4. Op 7 juli 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen van verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan de NV Cobelguard Security.

5. Met een brief gedagtekend op 14 juli 2005 wordt verzoekende partij door verwerende partij in kennis gesteld van de toewijzing op 7 juli 2005 en dat de opdracht niet aan verzoekende partij wordt toegewezen.

De tussenkomst

6. Het inleidend verzoekschrift werd op 5 oktober 2005 aan tussenkomende partij ter kennis gegeven, die op 10 november 2005 een eis tot tussenkomst indiende.

Krachtens artikel 21bis, §1, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt de eis tot tussenkomst ingediend ten laatste binnen dertig dagen na ontvangst van de voormelde kennisgeving.

De eis tot tussenkomst lijkt dienvolgens laattijdig, want buiten de gestelde termijn ingediend.

Tussenkomende partij betoogt echter dat het inleidend verzoekschrift door de griffie verkeerd betekend is namelijk aan de NV Cobelguard Security terwijl haar juiste benaming NV Cobelguard zou zijn. Zij beroept zich op de toepassing van artikel 21bis, §1, vijfde lid, volgens welke bepaling “bij ontstentenis van kennisgeving” de bevoegde kamer een latere tussenkomst kan toestaan. Zij kan echter in die stelling niet worden bijgevalen. Zij ontkent niet dat zij wel degelijk, ondanks de voormelde vergissing in het gebruik van haar naam, de bedoelde kennisgeving op haar adres heeft ontvangen. Zij betoogt evenmin dat zij door die vergissing op zulk een onvolkomen wijze werd ingelicht dat een tussenkomst binnen de voorgeschreven dertig dagen onmogelijk was.

De eis tot tussenkomst is dienvolgens niet ontvankelijk.

De ontvankelijkheid

7. Verzoekende partij vraagt de nietigverklaring van een toewijzingsbeslissing “In samenhang met het overeenkomstige bestek nummer 08536/01/00/00”. In haar inleidend verzoekschrift verklaart zij dat “ook het bestek een aanvechtbare rechtshandeling [is] die desgevallend samen met de toewijzingsbeslissing kan aangevochten worden”. Zij blijkt dus ook het genoemde bestek rechtstreeks aan te vechten.

In het auditoraatsverslag wordt er op gewezen dat dit bestek vastgesteld is in gemeenteraadszitting van 23 mei 2005, en het beroep daartegen, op 9 september 2005, laatstijdig en dus niet ontvankelijk is ingesteld. In laatste memorie weerlegt de verzoekende partij die terechte stelling niet. Zij beperkt zich ertoe -naast de kwestie- te argumenteren dat een onwettigheid van een bestek als middel kan worden aangevoerd tegen een toewijzingsbeslissing. Het beroep is niet ontvankelijk wat betreft het tweede voorwerp ervan.

De middelen

8. Verzoekende partij voert in een eerste middel, volgens haar “gericht tegen de toewijzingsbeslissing”, aan dat deze schending inhoudt van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van de artikelen 68 tot 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Na de offertes aan de selectiecriteria te hebben getoetst heeft verwerende partij ze immers getoetst aan het gunningscriterium “ervaring in de sector”. Een criterium inzake ervaring van de inschrijvers geldt echter in beginsel niet als een gunningscriterium krachtens voormelde artikelen 68 en 71. Hier is er ook geen uitzonderingssituatie voorhanden waar de specificiteit van de opdracht zou toelaten de persoon van de ontwerper en zijn ervaring als een gunningscriterium aan te wenden.

Deze onwettigheid tast de volledige rangschikking aan aangezien uit de samenvattingstabel van het gunningsverslag blijkt dat de punten varieerden volgens de inschrijver. Bovendien, wanneer het onderdeel ervaring uit het tweede gunningscriterium wordt gelicht, is niet geweten hoe de puntentoekenning voor dat tweede gunningscriterium er rechtsgeldig zou hebben uitgezien. Daardoor is ook de eindrangschikking gehypothekeerd wat des te meer klemmt daar het bestek geen onderverdeling bevatte van de 25 punten die globaal als maximale waarde voor het tweede gunningscriterium konden worden toegekend. Zodoende is niet geweten hoe de tien punten voor het subonderdeel “ervaring” zouden worden ingevuld zonder schending van het verbod van vermenging van selectie- en gunningscriteria.

9. Verwerende partij antwoordt hierop dat het middel in hoofdorde niet ontvankelijk is. Elke inschrijving kreeg voor het subgunningscriterium “ervaring in de sector, contractspecifieke ervaring” immers het maximum van de punten namelijk 10. De vermeende onwettigheid tast de volledige rangschikking niet aan. De punten voor dit subgunningscriterium uit het tweede gunningscriterium lichten zou het puntenverschil intact laten. Meer nog, voor alle drie de subgunningscriteria van gunningscriterium 2 behalen verzoekende en tussenkommende partij eenzelfde puntentotaal zodat verzoekende partij dus op geen enkele wijze werd benadeeld door de vermeende onwettigheid. Tussenkommende partij scoorde beter bij het eerste en derde gunningscriterium.

Bovendien is het middel ongegrond. Een gunningscriterium dat betrekking heeft op bijzondere beroeps- of financiële waarborgen van de inschrijvers is niet verboden voorzover dat geen betrekking heeft op de geschiktheid van de inschrijver zelf doch integendeel de kwaliteit van de aangeboden prestaties betreft. Te dezen gaat het juist om een zeer specifieke opdracht -het uitvoeren van bewakingsdiensten van administratieve gebouwen- en is contractspecifieke ervaring inzake het uitvoeren van gelijkaardige opdrachten belangrijk. De specificiteit zit hem in de persoonscontrole - meer dan bij andere bewakingsopdrachten komen de bewakers in contact met het publiek.

10. Verzoekende partij stelt in haar memorie van wederantwoord wel degelijk een voldoende belang te hebben bij het middel. Het subcriterium “ervaring in de sector - contractspecifieke ervaring” werd immers bij de beoordeling der offertes juist herleid tot het criterium “ervaring in de sector”. De waarde van het tweede gunningscriterium zou bij het wegvallen van het gewraakte subcriterium worden toegekend aan de andere subcriteria. Dus dat wegvallen heeft wel een invloed op de rangschikking. Trouwens het bestek laat de inschrijvers volkomen in het ongewisse nopens het relatieve gewicht van de subcriteria. Het is bovendien een niet aanvaardbare fictie te menen dat een onwettig subcriterium zomaar niet kan worden toegepast. Een onwettig bestek leidt er immers toe dat de procedure opnieuw dient te worden geïnitieerd.

Ten gronde blijft verzoekende partij bij haar stelling. Te dezen kan geen sprake zijn van een uitzondering op de regel van scheiding tussen gunningscriterium en selectiecriterium. In het bestek wordt geenszins gemotiveerd

waarom de opdracht dermate specifiek zou zijn dat deze zou toestaan om te peilen naar de ervaring in de sector bij de fase van de gunning nadat dit reeds gebeurde bij de selectiefase. Overigens komt verwerende partij niet in het gunningsverslag maar pas nu in de memorie van antwoord aandragen met een personenaspect. Zoals blijkt uit de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, is het aspect toezicht en controle op natuurlijke personen een aspect van de klassieke opdracht van een bewakingsfirma.

11.1. Wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, gaat verzoekende partij in dat middel in elk geval uit van de grief dat het kwestieuze tweede gunningscriterium in het subcriterium “ervaring in de sector, contractspecifieke ervaring” ten onrechte het gegeven “ervaring in de sector” bevatte. Bijkomend betoogt zij in haar memorie van wederantwoord dat het bedoelde subcriterium bij de beoordeling dan nog eens werd “herleid” tot die “ervaring in de sector”. In wezen wordt aldus de onwettigheid van de toewijzingsbeslissing aangevoerd gesteund op een onrechtmatigheid van het bestek. Het middel impliceert aldus -en verzoekende partij stelt zulks ook- , dat de procedure in principe, verondersteld dus met een nieuw bestek, door verwerende partij zou moeten worden hernomen na een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing op grond van het middel. Alsdan zou, met gewijzigde gunningscriteria en waarderungen, de puntenverdeling en de rangschikking niet meer vastliggen. Indien de Raad van State er nu zou van uitgaan dat de puntenverdeling in die gewijzigde omstandigheden voor verzoekende partij niet anders zou kunnen worden, zou hij in wezen in plaats van het bestuur oordelen. Het middel is dienvolgens ontvankelijk.

11.2. Wat de gegrondheid van het middel betreft, blijkt verwerende partij in het tweede gunningscriterium in het bestek onder andere “ervaring in de sector, contractspecifieke ervaring” te hebben opgenomen. In het gunningsverslag werd dit onderdeel als een subcriterium opgevoerd en gequoteerd op 10 punten. In het gunningsverslag luidt de identieke commentaar bij dit subcriterium bij ieder van de inschrijvers :

“Heeft een uitgebreid cliënteel en ervaring in de sector en toont dit aan met de nodige referenties”.

De wetgever heeft, in navolging van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, een onderscheid willen maken tussen, eensdeels, selectiecriteria, die de kandidaten of inschrijvers betreffen, onder meer inzake hun bekwaamheid en, anderdeels, gunningscriteria, die de intrinsieke waarde van de offerte betreffen (zie de memorie van toelichting bij artikel 16 van de wet van 24 december 1993, Parl. St., Senaat, 1992-93, nr. 656/1,25).

Te dezen wordt “ervaring in de sector” als toetsingsgegeven in een gunningscriterium aangemerkt. Dit criterium betreft niet de intrinsieke waarde van de offerte, maar de geschiktheid van de inschrijvers en is dienvolgens in principe geen gunningscriterium, hetgeen de verwerende partij overigens niet als dusdanig betwist. Het is echter niet uit te sluiten dat ervaring en referenties die deze aantonen een gunningscriterium kunnen uitmaken indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht kan worden aangetoond op differentiërende wijze, zoals het in een opdracht voor de aanneming van diensten het geval kan zijn. Het moet dan worden verwacht dat een verwerende partij zulks aantoont of dat het duidelijk uit dossierstukken zoals het bestek blijkt.

Te dezen blijkt niet dat de “ervaring in de sector”, in het licht van de aard van de opdracht, betrokken kan worden op de kwaliteit van de offertes. Die ervaring is reeds getoetst bij het onderzoek aan de hand van de selectiecriteria : inzake technische bekwaamheid werd de inschrijvers reeds gevraagd een lijst van referenties te geven aan de hand waarvan reeds werd gepeild naar de genoemde ervaring. Aldus valt dat gunningscriterium samen met een selectie criterium. De relatieve waarde van het subcriterium “contractspecifieke ervaring” moet te dezen niet worden onderzocht, aangezien daartoe blijkbaar geen specifieke gegevens werden gevraagd en het subcriterium als dusdanig bovendien ook niet werd gehanteerd want het komt niet eens ter sprake in het gunningsverslag. Ten slotte is nergens in het bestek of in een ander stuk in het administratief dossier enige reden te vinden waarom te dezen de kwaliteit van de offertes, door de specificiteit van de opdracht, wezenlijk ook zou moeten worden bepaald aan de hand van bijzondere ervaringsgegevens door de inschrijvers te verstrekken.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat een gunningscriterium in het bestek is opgenomen waarin een gegeven is vervat dat een selectie criterium vormt, namelijk de “ervaring in de sector”. De bestreden toewijzingsbeslissing die mede

op grond van dat criterium is genomen, schendt het voornoemde artikel 16, nu niet vaststaat dat de laagste regelmatige offerte is gekozen. Het middel is dienvolgens in de besproken mate gegrond.

OM DIE REDENEN
BESLUIT DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Cobelguard wordt afgewezen.

Artikel 2.

Vernietigd wordt de beslissing van 7 juli 2005 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent, houdende toewijzing van de bewakingsopdracht van het administratief centrum Stad Gent en het stadhuis voor een periode van 12 maanden aan de NV Cobelguard Security voor een bedrag van 224.559,64 euro, BTW inbegrepen.

Artikel 3.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 4.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van verzoekster in tussenkomst.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
twaalf juli 2007, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.