

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 220.249 van 10 juli 2012
in de zaak A. 205.253/XII-6985**

In zake: 1. de NV ALFA PARK
2. de NV ALGEMENE AANNEMINGEN VAN LAERE
samen vormend de THV “PARKEREN NINOVE”
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Anthony Logghe en Neil Braeckevelt
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD NINOVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stefan Van der Jeught
kantoor houdend te 9400 Ninove
Stationsstraat 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 juni 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:
 - a) “de beslissing van 20 maart 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Ninove om de kandidaatstelling van de THV Parkeren Ninove uit te sluiten”,
 - b) “de beslissing van 22 mei 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Ninove waarbij de firma Optimal Parking Control (OPC) BVBA, (...) wordt aangeduid als concessionaris m.b.t. het beheer van het parkeren”, en

- c) “de daarmee samenhangende impliciete beslissing waarbij de THV Parkeren Ninove niet wordt aangeduid als concessionaris m.b.t. het beheer van het parkeren”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 juli 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Alain François, die loco advocaat Anthony Logghe en advocaat Frederick Ongena, die loco advocaat Neil Braeckvelt verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaat Stefaan Van der Jeught, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

- 3.1. De gemeenteraad van de stad Ninove gaat op 24 november 2011 principieel akkoord met “het concessioneren van het beheer van het parkeren” en met de bekendmaking van een oproep tot kandidatuurstelling. In die goedgekeurde oproep tot kandidatuurstelling is onder meer bepaald dat de concessie loopt voor

een periode van 9 jaar beginnend op 1 september 2012 en het volgende zal inhouden:

- “- het innen van de parkeergelden
- de controle, via parkeerwachters, op het niet naleven van het retributiereglement op het parkeren in zekere straten van de stad
- de controle, via parkeerwachters, op het niet naleven van het retributiereglement op het parkeren in een blauwe zone
- het afleveren van de gemeentelijke parkeerkaart ‘bewonerskaart’
- het uitschrijven van de retributiebonnen en de invordering hiervan, desgevallend via het ondernemen van burgerrechtelijke stappen
- de overname van het bestaande parkeerautomatenpark tegen de boekingswaarde op het einde van de bestaande concessieovereenkomst
- het beheer en het onderhoud van de parkeerautomaten evenals het verzekeren ervan
- het aanwerven en opleiden van voldoende parkeerwachters
- het controleren van de betalings- en bezettingsgraad en het rapporteren ervan
- het inrichten van een parkingshop
- er zal een concessieprijs betaald worden aan de stad
- de concessionaris zal vergoed worden via een heffing op de gebruiker.

Het staat de kandidaten vrij bijkomende suggesties of varianten te formuleren.

Een informatiebundel kan steeds schriftelijk aangevraagd worden”.

Punt 3 van die goedgekeurde oproep bepaalt dat de kandidaten bij hun kandidatuur de volgende gegevens dienen te verstrekken:

- “- een geldig bewijs van goed gedrag en zeden op naam van de zaakvoerder, afgeleverd ten behoeve van het stadsbestuur;
- een geldig RSZ-attest van het voorlaatste kwartaal;
- een geldig attest afgeleverd door de directe belastingen;
- een passende bankverklaring;
- een verklaring betreffende de totale omzet van de onderneming en haar omzet over de laatste drie jaren;
- een lijst van de voornaamste, minstens 2, aan het voorwerp van voorliggende oproep gelijkaardige diensten, die de kandidaat gedurende de afgelopen drie jaar heeft verleend met vermelding van de desbetreffende gemeentebesturen en de naam en het telefoonnummer van een contactpersoon, aangevuld met het daarop betrekking hebbende bedrag (totaal aan gedurende het laatste kalenderjaar geïnde parkeergelden, inclusief bewonerskaarten en retributiebonnen e.d.);
- elk ander document dat kan getuigen van de bekwaamheid van de kandidaat”.

en dat “Kandidaten die niet voldoen aan deze voorwaarden, worden uitgesloten”.

Verder wordt de informatiebundel goedgekeurd, worden de gunningscriteria bepaald -“Concessievergoeding” (weging 60), “Overnameprijs bestaande infrastructuur” (weging 30) en “Weerhouden varianten” (weging 10)- en wordt opdracht en machtiging gegeven aan het college van burgemeester en schepenen om met de kandidaten te onderhandelen over de modaliteiten van de concessieovereenkomst.

3.2. Een aankondiging voor deze concessie wordt op 9 december 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 14 december 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Daarin wordt onder meer de voornoemde vereiste inzake referenties hernomen onder de voorwaarden van deelneming. Deze vereiste is ook hernomen in het inschrijvingsformulier bij de informatiebundel.

3.3. Op 16 februari 2012 gaat de opening van de kandidaturen/offertes door. Er worden 6 kandidaturen/offertes ingediend onder meer door de verzoekende partijen en door de BVBA Optimal Parking Control.

3.4. Op 20 maart 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Ninove de tijdelijke handelsvennootschap (THV) Parkeren Ninove, dus de kandidatuur van de verzoekende partijen “uit te sluiten” omdat niet voldaan is aan de vereiste referenties. De andere kandidaturen worden aanvaard.

3.5. Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.6. Onder meer met verwijzing naar een niet voorgelegde “vergelijkende tabel m.b.t. de toewijzingscriteria” en een korte weergave van de beoordelingen, beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Ninove op 22 mei 2012 de BVBA Optimal Parking Control, die met 82,90 op 100

de hoogste score behaalt, aan te duiden als concessionaris met betrekking tot het beheer van het parkeren. Tegelijk wordt beslist dat de overeenkomst inzake de concessie ter goedkeuring aan de gemeenteraad zal worden voorgelegd, dat de beslissing zal meegedeeld worden aan de “niet-weerhouden” inschrijvers die binnen de 14 dagen hun opmerkingen kunnen meedelen en dat de overeenkomst pas tot stand komt op het ogenblik dat de door de gemeenteraad goedgekeurde overeenkomst ondertekend wordt.

3.7. Dit is de tweede bestreden beslissing. De derde bestreden beslissing -de impliciete beslissing de THV Parkeren Ninove niet aan te duiden als concessionaris- is daarin vervat.

3.8. Uit het administratief dossier blijkt niet of de overeenkomst inzake de concessie reeds door de gemeenteraad werd goedgekeurd.

3.9. Met een op 5 juni 2012 aangetekend verzonden brief deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen, op het adres vermeld in de offerte, afschrift mee van de beslissingen van 20 maart 2012 en 22 mei 2012. Er wordt vermeld dat de verwerende partij, “(v)ooraleer de concessie te betekenen aan de concessionaris”, een stand-still termijn van 14 dagen in acht zal nemen en dat zij binnen die periode hun opmerkingen kunnen meedelen.

Volgens de verzoekende partijen werd dit aangetekend schrijven een eerste keer aangeboden op 7 juni 2012 maar kon het aangetekend schrijven dan niet worden afgegeven en ondertekend voor ontvangst omdat toen niemand aanwezig was, en werd door de postbode -misschien omdat er verwarring was over de bestemming nu de brief gericht was aan de THV Ninove Parkeren, terwijl op de maatschappelijke zetel enkel, als één van de vele in dat kantoorgebouw zetelende ondernemingen, de NV Alfa Park is vermeld- pas op 12 juni 2012 bij de eerste verzoekende partij bericht gelaten dat het aangetekend schrijven op het postkantoor kon worden opgehaald, wat op voornoemde datum gebeurde.

3.10. Op 19 juni 2012 dienen de verzoekende partijen de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering niet wat betreft de eerste bestreden beslissing maar werpt als exceptie op dat de verzoekende partijen die werden uitgesloten wegens het niet voldoen aan de vereiste referenties, geen belang aantonen bij het aanvechten van de beslissing van 22 mei 2012 waarbij de BVBA Optimal Parking Control als concessionaris wordt aangeduid.

Beoordeling

5. In het enig middel voeren de verzoekende partijen aan dat zij ten onrechte werden uitgesloten en dat hun offerte -die volgens hen om de redenen uiteengezet bij hun belang ongetwijfeld als de beste zou zijn beoordeeld- dan ook ten onrechte niet werd vergeleken met de andere offertes.

De exceptie valt dan ook samen met het onderzoek van het enig middel, dat hierna wordt onderzocht.

V. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

A. De uiterst dringende noodzakelijkheid

7. Op 19 juni 2012 hebben de verzoekende partijen een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend na de kennisgeving bij aangetekend schrijven van 5 juni 2012, door de verwerende partij, dat hun offerte werd uitgesloten en dat de concessie werd toegewezen aan de BVBA Optimal Parking Control.

Bijgevolg hebben de verzoekende partijen, met de vereiste spoed, diligent en alert gehandeld en is voldaan aan de eerste cumulatieve voorwaarde van voornoemd artikel 17, §§ 1 en 2.

B. Ernst van het middel

Enig middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een enig middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “het gelijkheidsbeginsel (artikelen 10 en 11 van de Grondwet), het transparantiebeginsel, het mededingingsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en het ‘patere legem quam ipse fecisti’ beginsel”:

“Doordat verwerende partij verzoekende partijen heeft uitgesloten van de concessie omdat verzoekende partijen niet zouden beschikken over de zowel in het aankondigingsbericht van de opdracht als in het inschrijvingsformulier (opgenomen in de informatiebundel) gevraagde referenties bestaande uit een lijst van minstens twee aan het voorwerp van de voorliggende concessie, gelijkaardige diensten.

Terwijl verwerende partij conform de ingeroepen beginselen en de bepalingen van het aankondigingsbericht en het inschrijvingsformulier niet tot uitsluiting van verzoekende partijen en tot aanduiding van Optima Parking Control bvba als concessionaris kon beslissen aangezien verzoekende partijen wel degelijk de vereiste referenties bezitten en aan hun inschrijving hebben toegevoegd”.

8.1. In een eerste onderdeel, voeren de verzoekende partijen vooreerst aan dat de bestreden beslissingen de gelijke behandeling van de kandidaten, het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel schenden, doordat de verzoekende partijen, die zoals gevraagd in het aankondigingsbericht en de informatiebundel (inschrijvingsformulier) in hun offerte als twee voornaamste referenties de concessie van de stad Roeselare en de gemeente Asse voorleggen, ingevolge de eerste bestreden beslissing, van de opdracht uitgesloten worden. Zonder concreet te motiveren houdt de verwerende partij, volledig ten onrechte voor dat de verzoekende partijen niet voldoen aan de selectiecriteria en dat ook volledig onduidelijk is of de verwerende partij van oordeel is dat slechts één referentie voldoet, dan wel of beide referenties niet worden aanvaard.

Vervolgens gaan de verzoekende partijen afzonderlijk in op de referenties Roeselare en Asse.

Inzake de concessie in Roeselare erkennen de verzoekende partijen dat deze inderdaad wordt uitgevoerd door de NV Parkeren Roeselare, maar zij stellen dat de verwerende partij daaruit vervolgens onterecht lijkt af te leiden -hoewel dit niet duidelijk is op basis van de beschikbare motivering- dat deze referentie niet kan worden aanvaard. De NV Parkeren Roeselare is een vennootschap die is opgericht door de BVBA Optimal Parking Control, de begunstigde van de tweede bestreden beslissing, en de NV Algemene Aannemingen Van Laere, de tweede verzoekende partij, en heeft onder meer tot doel, het zijn van “concessienemer van het parkeren op de openbare weg in steden en gemeenten en alles wat daarmee verband houdt”. De verwerende partij kan volgens de verzoekende partijen bijgevolg onmogelijk betwisten dat de tweede verzoekende partij deelgenoot is van de NV Parkeren Roeselare, die specifiek is opgericht met het doel het uitvoeren van de concessie van het parkeren op de openbare weg in steden en gemeenten, en de stad Roeselare erkent dat de tweede verzoekende partij, als deelgenoot/aandeelhouder van de NV Parkeren Roeselare, sinds 1 januari 2010, de parkeerconcessie daadwerkelijk (mee) uitvoert.

De tweede (en enige andere) deelgenoot in de NV Parkeren Roeselare is de BVBA Optimal Parking Control, begunstigde van de tweede bestreden beslissing en tevens concessionaris van de huidige overeenkomst, en heeft volgens de verzoekende partijen mogelijks zelf (ook) beroep gedaan op deze referentie in haar inschrijving voor de concessieopdracht van de verwerende partij.

Uit de motivering van de eerste bestreden beslissing volgt volgens de verzoekende partijen dat de verwerende partij van oordeel is dat de referentie voor het parkeerbeheer in de stad Roeselare, waarvan de concessie zoals vermeld, is toegekend aan en wordt uitgevoerd door de NV Parkeren Roeselare, blijkbaar slechts door één van de twee betrokken aandeelhouders van deze vennootschap kon/mocht worden gebruikt. Het feit dat de opdracht voor het parkeerbeheer in Roeselare op zich wel degelijk een aanvaardbare referentie is, wordt immers niet betwist. Deze beoordeling en de daaruit volgende beslissing strijdt derhalve manifest met het gelijkheidsbeginsel, aangezien de referentie van een bepaalde rechtspersoon (die niet in deze procedure is betrokken) zonder (geldige) reden blijkbaar wel in hoofde van één kandidaat/aandeelhouder geschikt lijkt, doch niet in hoofde van de andere kandidaat/aandeelhouder. Het beginsel van gelijke behandeling brengt, ook bij het verlenen van concessies van diensten, immers met zich mee dat de spelregels bij alle potentiële concessiehouders bekend moeten zijn en voor iedereen op dezelfde wijze moeten worden toegepast, hetgeen in casu overduidelijk niet is gebeurd.

Verder werpen de verzoekende partijen op dat de motieven die in concreto hebben geleid tot hun uitsluiting bovendien geenszins blijken uit de bestreden beslissingen. De verwerende partij stelt enkel dat de stad Roeselare een overeenkomst heeft met de NV Parkeren Roeselare en “(w)aarom dit concreet zou betekenen dat deze ingeroepen referentie in hoofde van de verzoekende partijen niet kan worden aanvaard (als dat al het geval zou zijn), blijkt geenszins”.

De bestreden beslissingen schenden daarom ook manifest het materiële motiveringsbeginsel en het “patere legem quam ipse fecisti”-beginsel,

omdat de verwerende partij van haar eigen aankondigingsbericht/inschrijvingsformulier afwijkt door twee geldige referenties blijkbaar niet -of niet alle twee- te aanvaarden zonder hiervoor concrete motieven te geven.

Wat betreft de concessie Asse stellen de verzoekende partijen dat in Asse de parkeerconcessie, net zoals in Roeselare, uitgevoerd wordt door een specifiek daartoe opgerichte vennootschap, de NV Parkeren Asse en dat het met deze vennootschap is dat de gemeente Asse een overeenkomst voor het parkeerbeheer heeft afgesloten. De NV Parkeren Asse werd opgericht door twee aandeelhouders, de BVBA Optimal Parking Control en de NV Alfa Park, eerste verzoekende partij, en heeft onder meer tot doel “het verwerven, financieren, exploiteren en beheren van onroerende goederen, onder meer parkeergarages, parkings on en off street, concessies, stalplaatsen voor voertuigen en alle daarmee verband houdende bouwwerken en installaties, een en ander in de ruimste zin genomen”. De verwerende partij kan volgens de verzoekende partijen bijgevolg onmogelijk beweren dat de concessie in de gemeente Asse wordt uitgevoerd door de BVBA Optimal Parking Control aangezien de concessie in de gemeente Asse wordt uitgevoerd door de NV Parkeren Asse. Alleen al om deze reden is de eerste bestreden beslissing (en derhalve ook de hierop steunende tweede bestreden beslissing) behept met een foutieve en dus onwettige motivering.

De verwerende partij handelde volgens de verzoekende partijen bij de beoordeling van de referenties ontegensprekelijk op een erg onzorgvuldige manier door (misschien enkel op basis van informele verificaties bij de huidige concessionaris de BVBA Optimal Parking Control, die echter concurrent is in de nieuwe procedure) geen verdere verduidelijking of toelichting over de ingediende referenties aan de verzoekende partijen zelf te vragen. Op die manier had minstens kunnen worden vermeden dat een dergelijke ingrijpende beslissing, namelijk het uitsluiten van de inschrijver die zonder twijfel de beste offerte had ingediend, zou worden gebaseerd op in de feiten onjuiste informatie en op een ontoereikende en onduidelijke motivering.

Net zoals dit het geval is bij de referentie voor de stad Roeselare, is de enige andere deelgenoot in de NV Parkeren Asse de BVBA Optimal Parking Control. “Aangezien verwerende partij ook voor deze referentie, waarvan de referentiewaarde op zich niet wordt betwist, ervan uitgaat dat zij enkel in hoofde van aandeelhouder de Optimal Parking Control bvba kon worden aangewend en niet door aandeelhouder NV Alfa Park”, zijn beide kandidaten volgens de verzoekende partijen manifest ongelijk behandeld.

De redenen waarom de referentie met betrekking tot de gemeente Asse heeft geleid tot de uitsluiting van de verzoekende partijen blijken verder geenszins uit de bestreden beslissingen waardoor zij volgens de verzoekende partijen ook het materiële motiveringsbeginsel schenden.

Samenvattend blijkt volgens de verzoekende partijen “uit hetgeen voorafgaat dat het op grond van de summiere motivering van de eerste beslissing niet duidelijk is waarom één of beide referenties van de verzoekende partijen niet voldoen aan de gevraagde referenties (en zij daarom zijn uitgesloten). Deze summiere motivering bevat bovendien foutieve informatie omtrent minstens één van de referenties. Verwerende partij heeft zich daarenboven niet de moeite getroost om één en ander bij verzoekende partijen zelf te verifiëren en verwerende partij lijkt er - ten onrechte - van uit te gaan dat deze referenties daarentegen blijkbaar wel door een andere kandidaat zouden kunnen worden ingeroepen”.

8.2. In een tweede onderdeel, werpen de verzoekende partijen verder op dat de bestreden beslissingen bovendien ook het transparantie-, mededingings-, redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel schenden.

Het is niet uitgesloten dat een referentie zou mogen worden voorgelegd van een ander project dat samen met een andere partij -en/of via een specifiek daartoe opgerichte vennootschap- wordt uitgevoerd, of evenmin is uitgesloten dat de concessieopdracht kan worden uitgevoerd met één of meerdere onderaannemers (noch wordt hierover overleg of inspraak voorzien) en de

verwerende partij is dus, ook voor de te gunnen concessieopdracht, niet op voorhand zeker wie de effectieve uitvoering hiervan op zich zal nemen. Een bevestiging van de bestreden beslissingen fnuikt volgens de verzoekende partijen de facto elke concurrentie en zou betekenen dat de concessiemarkt voor parkeeropdrachten kunstmatig en onwettig wordt beperkt. Oordelen dat de door de verzoekende partijen voorgelegde referenties niet zouden overeenstemmen met hetgeen in het aankondigingsbericht en in het inschrijvingsformulier door de verwerende partij wordt gevraagd, zou er de facto toe leiden dat geen enkele referentie voor een concessie nog kan worden gebruikt wanneer deze concessie wordt uitgevoerd door een specifieke aparte vennootschap die door samenwerkende inschrijvers is opgericht. “Met andere woorden, indien Uw Raad zou oordelen dat verwerende partij terecht kon beslissen dat de door de verzoekende partijen voorgelegde referenties niet voldoen aan de selectievoorwaarden, zou dit de facto betekenen dat geen enkele concessionaris die bestaat uit twee of meer deelgenoten nog langer kan beschikken over referenties dewelke hij daadwerkelijk mee uitvoert en waarvoor hij mee aansprakelijk is”.

In die zin schenden de bestreden beslissingen volgens de verzoekende partijen ook het transparantie-, redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel. Uit de aankondiging, de informatiebundel en het inschrijvingsformulier blijkt immers niet dat het de verzoekende partijen niet zou zijn toegelaten om de betreffende referenties voor te leggen. Net daarom is de door de verwerende partij genomen maatregel -de uitsluiting van enkel de verzoekende partijen- volgens hen disproportioneel en onredelijk, te meer daar zij ook ontegensprekelijk en met vrij groot verschil de beste offerte hebben ingediend. De verzoekende partijen hebben duidelijk aangetoond dat zij een gemeentelijke parkeerconcessie zorgvuldig kunnen beheren, en de vaststelling dat zij zulks doen met een andere deelgenoot en/of middels een daartoe specifiek opgerichte vennootschap doet hieraan geen afbreuk. Het uitsluiten van de verzoekende partijen is dan ook kennelijk onredelijk, buiten proportie en houdt bovendien een maatregel in die de concurrentie in sterke mate beperkt, te meer omdat verschillende andere gemeenten (bv. de stad Geel en

de gemeente Knokke-Heist), de kandidatuur van de verzoekende partijen op basis van de voorgelegde referenties wel reeds hebben aanvaard.

Beoordeling

9. Centraal in dit middel staat de vereiste in de aankondiging dat de kandidaten bij hun kandidatuur een aantal gegevens dienen te verstrekken, waaronder :

“- een lijst van de voornaamste, minstens 2, aan het voorwerp van voorliggende oproep gelijkaardige diensten, die de kandidaat gedurende de afgelopen drie jaar heeft verleend met vermelding van de desbetreffende gemeentebesturen en de naam en het telefoonnummer van een contactpersoon, aangevuld met het daarop betrekking hebbende bedrag (totaal aan gedurende het laatste kalenderjaar geïnde parkeergelden, inclusief bewonerskaarten en retributiebonnen e.d.)”.

Anders wordt de kandidatuur luidens de aankondiging uitgesloten.

Uit de eerste bestreden beslissing blijkt dat de kandidatuur van de verzoekende partijen om de volgende redenen wordt geacht niet aan die voorwaarde te voldoen :

“Overwegende dat THV Parkeren Ninove bestaat uit Alfa Park nv en Algemene Aannemingen Van Laere nv;

Overwegende dat THV Parkeren Ninove bevestigt op dit moment als twee voornaamste concessies, de concessie van de stad Roeselare en de gemeente Asse uit te voeren;

Overwegende dat de stad Roeselare een dienstverleningscontract heeft met Parkeren Roeselare nv, een vennootschap opgericht door Optimal Parking Control bvba en de Algemene bouwonderneming Van Laere nv;

Overwegende dat de concessie in de gemeente Asse uitgevoerd wordt door Optimal Parking Control bvba;

Overwegende dat THV Parkeren Ninove geen enkel ander document voorlegt waaruit blijkt dat zij, minstens 2, aan het voorwerp van voorliggende oproep gelijkaardige diensten hebben uitgevoerd;

Overwegende dat THV Parkeren Ninove niet voldoet aan de hierboven opgesomde voorwaarden waardoor het aangewezen is deze kandidaat uit te sluiten”.

Hieruit blijkt op het eerste gezicht voldoende duidelijk dat geen van de twee door de verzoekende partijen ingeroepen referenties worden aanvaard, omdat niet blijkt dat de verzoekende partijen deze diensten verleenden, nu de stad Roeselare een contract heeft met de NV Parkeren Roeselare en de concessie in Asse wordt uitgevoerd door de BVBA Optimal Parking Controle.

Eerste onderdeel

9.1. De verzoekende partijen tonen prima facie niet aan dat voornoemde beoordeling de gelijke behandeling van de inschrijvers schendt, het “patere legem”-beginsel, de materiële motiveringsplicht of het zorgvuldigheidsbeginsel.

De verzoekende partijen erkennen immers dat de concessie in Roeselare wordt uitgevoerd door de NV Parkeren Roeselare, een vennootschap opgericht door de BVBA Optimal Parking Control en de NV Algemene Aannemingen Van Laere. Uit het administratief dossier blijkt verder dat tussen de BVBA Optimal Parking Control en de NV Parkeren Roeselare in oprichting een dienstencontract werd gesloten waarin werd overeengekomen dat de BVBA Optimal Parking Control de beheerstaken voortvloeiend uit de offerte voor die concessie op zich zal nemen.

Op het eerste gezicht kon de verwerende partij op goede gronden oordelen dat geen van de verzoekende partijen via deze referentie gedurende de afgelopen drie jaar gelijkaardige diensten hebben verleend, zoals vereist in de oproep tot kandidaatstelling. Deze diensten werden immers formeel verleend door de NV Parkeren Roeselare en in de praktijk blijkbaar door de BVBA Optimal Parking Control.

Zij tonen in de huidige stand van het geding niet aan, waarom de omstandigheid dat voor deze concessie door de NV Algemene Aannemingen Van Laere werd ingeschreven via een tijdelijke vennootschap met de BVBA Optimal Parking Control inhoudt dat zij zich toch op deze referentie konden beroepen.

Dat de concessies Roeselare en Asse de twee voornaamste referenties zijn die de THV Parkeren Ninove thans uitvoert, lijkt niet met de werkelijkheid overeen te stemmen nu op beide concessies Roeselare en Asse werd ingeschreven door een anders samengestelde tijdelijke handelsvennootschap, voor Roeselare blijkbaar de THV Parkeren Roeselare samengesteld uit de BVBA Optimal Parking Control en de NV Algemene Aannemingen Van Laere, die samen ook de NV Parkeren Roeselare oprichtten, en voor Asse blijkbaar de THV Parkeren Asse, samengesteld uit de BVBA Optimal Parking Control en de NV Alfa Park, die samen ook de NV Parkeren Asse, oprichtten.

Indien zij dit zouden steunen op het feit dat één van de verzoekende partijen daarvan mede-oprichter is, blijkt dit niet voldoende uit de offerte noch uit het middel. Minstens tonen zij niet prima facie aan waarom dit volstaat.

In de mate de verzoekende partijen in dit verband aanvoeren dat de concessie voor Asse niet wordt uitgevoerd door de BVBA Optimal Parking Control maar door de NV Parkeren Asse en de eerste bestreden beslissing op dit punt onjuist is, blijkt uit het administratief dossier dat de concessieovereenkomst werd gesloten door de gemeente Asse enerzijds en de NV Parkeren Asse, anderzijds dan nog vennootschap in oprichting en vertegenwoordigd door de BVBA Optimal Parking Control en de NV Alfa Park, en dat tussen de BVBA Optimal Parking Control en de NV Parkeren Asse in oprichting een dienstencontract werd gesloten waarin werd overeengekomen dat de BVBA Optimal Parking Control de beheerstaken voortvloeiend uit de offerte voor die concessie op zich zal nemen. Er kan worden aangenomen dat het dit was wat is

bedoeld in de bestreden beslissingen en de verzoekende partijen kunnen hier bezwaarlijk onwetend van zijn nu ze betrokken waren bij die structuur.

Verder geldt de bespreking van de referentie Roeselare hier dienovereenkomstig.

De verzoekende partijen merken nog op dat onzorgvuldig werd gehandeld doordat de verwerende partij misschien enkel op basis van verificaties bij de huidige concessionaris BVBA Optimal Parking Control besliste zonder verdere verduidelijking of toelichting over de ingediende referenties bij de verzoekende partijen op te vragen, dat dit had kunnen worden vermeden en dat de niet-selectie van de inschrijver die de ongetwijfeld beste offerte indiende, zou steunen op in feite onjuiste informatie en op een ontoereikende en onduidelijke motivering.

Vooreerst blijkt uit het dossier niet dat de verwerende partij tot de niet-selectie van de verzoekende partijen besliste enkel op basis van informatie van de BVBA Optimal Parking Control. Blijkens de nota werd integendeel informatie gevraagd aan de stad Roeselare en de gemeente Asse. Verder lijken de verzoekende partijen eraan voorbij te gaan dat het op de eerste plaats aan hen toekwam om in de kandidatuur aan te tonen dat zij voldoen aan de vereiste referenties. Zij deden dit prima facie niet. Zij geven ook niet aan welke verduidelijkingen of toelichtingen zij zouden hebben gegeven.

Het eerste onderdeel is bijgevolg niet ernstig.

Tweede onderdeel

9.2. Evenmin tonen de verzoekende partijen prima facie aan dat de bestreden beslissingen ook het transparantie-, mededingings-, redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel schenden.

In de mate zij in het kader van het transparantiebeginsel aanvoeren dat in de oproep tot kandidaturen of het informatiebundel geen bijkomende formele voorwaarden worden gesteld aan de voormelde referentievoorzwaarden of uitgesloten wordt dat een referentie zou mogen worden voorgelegd voor een ander project dat samen met een andere partij en/of via een specifiek daartoe opgerichte vennootschap wordt uitgevoerd, gaan zij er, zo lijkt, aan voorbij dat de aankondiging vereist dat de kandidaat minstens twee referenties voorlegt van gelijkaardige diensten die hij de afgelopen drie jaar heeft verleend en dat de kandidatuur van de verzoekende partijen werd uitgesloten, omdat zij in het kader van de ingeroepen referenties niet deze diensten verleenden.

In de mate de verzoekende partijen aanvoeren dat een bevestiging van de eerste bestreden beslissing de facto elke concurrentie fnuikt en daardoor strijdig is met het mededingingsbeginsel, blijkt uit het administratief dossier dat er zes kandidaten waren en dat één ervan werd uitgesloten. Aldus blijkt niet dat door de bestreden beslissingen elke medediging werd uitgesloten.

Het argument dat de beoordeling dat de door de verzoekende partijen voorgelegde referenties niet zouden overeenstemmen met wat in de aankondiging en het inschrijvingsformulier door de verwerende partij werd gevraagd, en zou inhouden dat geen enkele referentie voor een concessie nog kan worden gebruikt indien deze wordt uitgevoerd door een specifieke aparte vennootschap die door de samenwerkende inschrijvers is opgericht, overtuigt evenmin prima facie. De verzoekende partijen tonen niet aan dat zij zich kunnen beroepen op deze referenties maar hiermee is niet gezegd dat nooit een beroep op dergelijke referentie kan worden gedaan.

Aldus blijkt op het eerste gezicht ook niet dat de bestreden beslissingen inhouden dat geen enkele concessionaris die bestaat uit twee of meer deelgenoten nog kan beschikken over de referenties die hij daadwerkelijk mee uitvoert en waarvoor hij aansprakelijk is.

De genomen maatregel -de enkele uitsluiting van de verzoekende partijen- wordt ook disproportioneel en onredelijk geacht omdat zij ontegensprekelijk en met vrij groot verschil de beste offerte indienden en hebben aangetoond dat zij een gemeentelijke parkeerconcessie zorgvuldig kunnen beheren. De vaststelling dat zij zulks doen met een andere deelgenoot en/of middels een daartoe specifiek opgerichte vennootschap doet hieraan volgens de verzoekende partijen geen afbreuk.

Luidens de aankondiging wordt een kandidaat uitgesloten onder meer indien niet de vereiste twee referenties worden bijgevoegd. Nu geoordeeld werd dat de verzoekende partijen hieraan prima facie niet voldoen en de verzoekende partijen niet aantonen dat die referenties wel in aanmerking moesten worden genomen, diende hun kandidatuur te worden uitgesloten. Het feit dat inhoudelijk, getoetst aan de gunningscriteria, hun offerte de beste zou zijn zoals de verzoekende partijen beweren, laat, zo lijkt, de verwerende partij niet toe van die selectievereisten af te wijken.

Bovendien lijken de verzoekende partijen niet te betwisten, zoals de verwerende partij in haar nota terecht schrijft, dat zij niet aantonen in de huidige stand van het geding dat zij gelijkaardige diensten hebben verleend “gedurende de afgelopen drie jaar”.

In de mate de verzoekende partijen in dit verband aanvoeren dat andere steden en gemeenten zoals Geel en Knokke-Heist hun kandidatuur op basis van de voorgelegde referenties wel hebben aanvaard, toont dit niet aan dat daarom de bestreden beslissingen onredelijk of disproportioneel zijn. Uit de voorgelegde stukken in verband met deze concessies blijkt trouwens niet dat dezelfde vereisten inzake referenties werden voorgelegd noch dat dezelfde referenties werden ingeroepen.

In de mate de verzoekende partijen in de uitwerking van hun middel ook verwijzen naar de interpretatieve mededeling van de Commissie van

29 april 2004 -lees 2000- over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02) tonen zij op het eerste gezicht niet aan waarom dit tot een andere conclusie leidt inzake de ingeroepen en daarin vermelde beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Dit geldt eveneens in de mate zij inzake de vereiste mededinging verwijzen naar het voorstel voor een richtlijn van 20 december 2011 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten, daargelaten de vraag of en welke juridische draagwijdte een dergelijk voorstel heeft.

10. Het enig middel is bijgevolg in geen van zijn onderdelen ernstig.

Hieruit volgt dat niet voldaan is aan één van de bij artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissingen te kunnen bevelen.

Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 juli 2012,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Daniël Moons,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Daniël Moons