

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.100 van 5 mei 2015
in de zaak A. 215.497/XII-7856**

In zake: de NV CITY PARKING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te 2221 Heist-op-den-Berg
Dorpsstraat 91
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Marnef

tegen:

de GEMEENTE WETTEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 april 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Wetteren d.d. 23 maart 2015 houdende verlening van goedkeuring aan het verslag van nazicht van de offertes en de bijlage van 20 maart 2015 voor de opdracht ‘Concessie parkeerbeleid’, opgesteld door Aankoop en Contractbeheer en de gunning van de opdracht aan de bvba Optimal Parking Control”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 april 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die loco advocaat Konstantijn Roelandt verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Op 16 december 2014 beslist de gemeenteraad van de stad Wetteren een opdracht voor een nieuwe concessie van diensten voor “het beheer van het parkeren met beperkte parkeerduur op de openbare weg en het toekomstig beheer van een off-street parking” voor de periode 16 mei 2015 – 31 december 2019 te gunnen via een onderhandelingsprocedure.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 januari 2015, met vermelding dat het een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking betreft.

3.2. Op de concessie is het bijzonder bestek “Concessie van openbare dienst: Parkeerbeheer” toepasselijk. Het voorwerp van de concessie wordt als volgt beschreven in het bestek:

“Concessie van openbare dienst: parkeerbeheer op on-street locaties op plaatsen en zones met een beperkte parkeerduur, alsook het beheer van een off-street parking.”

Met betrekking tot de prijsvaststelling wordt in het bestek bepaald:

“I.4 Prijsvaststelling

I.4.1 Vaste beheersvergoeding

De inschrijver betaalt de gemeente jaarlijks een forfaitair bedrag voor de concessie gedurende de termijn van de concessieovereenkomst. Het forfaitair bedrag dat dient opgegeven, is het bedrag dat de inschrijver betaalt om de opdracht 1 jaar uit te voeren.

I.4.2 Variabele beheersvergoeding

De concessionaris ontvangt op een aparte rekening alle inkomsten (retributies, achterstallen, bewonerskaarten, betalend parkeren, ...) die uit het uitvoeren van de opdracht voortspruiten. De concessionaris moet hierbij gebruik maken van een aparte rekening voor het gemeentebestuur waarop de bedragen van de retributiebonnen, achterstallen van betalingen, duplicaten, en om het even welke inkomsten gegenereerd door het uitvoeren van de opdracht gestort worden. Het gemeentebestuur heeft evenwel inzicht in/ op deze rekening.

Van alle inkomsten die geïnd worden in het kader van deze concessieovereenkomst én volgens de geldende retributiereglementen, ontvangt de concessionaris 75% (vijfenzeventig procent), met uitzondering van de bewonerskaarten, abonnementskaarten en de duplicaten. Hiervoor ontvangt de concessionaris een vergoeding van 10,00 EUR/kaart, de inkomsten van deze kaarten gaan voor 100% naar de gemeente.

Behalve de hierboven besproken inkomsten kan de controlerende firma geen enkele aanspraak maken op bijkomende gelden om kosten van welke aard dan ook vergoed te krijgen.”

Met betrekking tot de gunningscriteria bepaalt het bestek:

“I.10 Gunningscriteria

De ingediende offertes worden onderworpen aan de kwalitatieve selectie (zie I.5) en de bepalingen in hoofdstuk III. Er werden geen gunningscriteria gespecificeerd. De aanbestedende overheid kiest na eventuele onderhandeling de meest voordelige regelmatige offerte. De gemeente houdt zich het recht voor de concessie niet toe te kennen.

Na toekenning van de concessie wordt de aanvaarding van de offerte betekend aan nieuwe concessionaris. Deze betekening geldt als contractsluiting.”

3.3. De offertes worden geopend op 13 februari 2015. Vier offertes werden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en die van de bvba Optimal Parking Control.

3.4. Er wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd en alle offertes worden formeel en materieel regelmatig verklaard.

Vervolgens wordt in het gunningsverslag weergegeven:

“5. Vergelijking van de offertes en voorstel tot gunning
Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens prijs incl. btw)

nr	naam	Prijs incl. btw
4	APCOA PARKING BELGIUM NV	€75.100,00
2	CITY PARKING NV	€145.000,00
3	PARKEERBEHEER NV	€145.000,00
1	OPTIMAL PARKING CONTROL BVBA	€155.000,00

Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het formeel en materieel nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, stelt de ontwerper voor om de opdracht te gunnen aan de firma met de meest voordelige regelmatige offerte, zijnde Optimal Parking Control bvba , [...] voor een vaste jaarlijkse vergoeding van € 155.000,00.”

Bij dit verslag is een bijlage gevoegd die bijkomende informatie bevat met betrekking tot de offertes van de inschrijvers waarin onder meer in zake de verzoekende partij en de gekozen inschrijver en betreffende de prijsvaststelling wordt vermeld:

Prijsvaststelling	Q-Park/City-Parking	OPC
Vaste vergoeding voor gemeente	145.000 euro/jaar	155.000 euro/jaar
Geschatte totale vergoeding voor gemeente	203.721 euro/jaar BTW wordt in rekening gebracht voor gemeente.	274.159,75 euro/jaar Variabele vergoeding gemeente wordt stapsgewijs aangepast van 25% tot max. 75% indien inkomsten >446.000 euro/jaar
Geschatte kost inrichting WaS	200.000 euro (= toegangscontrole met	96.800 euro (11.060 euro/jaar)

	camera's, betaalautomaat, beheerdersruimte, rolpoorten, signalisatie)	(=toegangscontrole, betaalautomaat, signalisatie)
investeringen	Afschrijving op 10 jaar Impact op vaste vergoeding: 1/10 Investeringskost en 3% financieringskost wordt in mindering gebracht	Afschrijving op 10 jaar Impact toekomstige investeringen op vaste vergoeding beperkt tot jaarlijkse werkelijke investeringskost

3.5. Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wetteren van 23 maart 2015 wordt goedkeuring verleend aan het verslag van nazicht, waarin wordt voorgesteld te gunnen aan de bvba Optimal Parking Control.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij brief van 24 maart 2015 – het bewijs van aangetekende zending werd niet in het administratief dossier opgenomen – wordt deze gunningsbeslissing meegedeeld aan de verzoekende partij. Als bijlage wordt het verslag van nazicht van de offertes gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie met betrekking tot de impliciete beslissing om niet aan de verzoekende partij te gunnen, uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat

minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. Een enig middel wordt geput uit de schending van het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het “onzorgvuldigheidsbeginsel; lees: zorgvuldigheidsbeginsel” als beginsel van behoorlijk bestuur.

In de toelichting bij haar middel voert de verzoekende partij aan dat de opdracht volgens het bestek gegund wordt bij open aanbesteding en dat de prijs aldus het enige gunningscriterium is. De prijsvaststelling bestaat volgens de verzoekende partij uit een vaste beheersvergoeding en uit een variabele beheersvergoeding. Met betrekking tot deze laatste wordt in het bestek bepaald dat de concessionaris 75% van alle inkomsten ontvangt.

De verzoekende partij meent dat uit het gunningsverslag echter blijkt dat de gekozen inschrijver een variante op de in het bestek voorziene verdeelsleutel van de inkomsten zou hebben aangeboden, door de verdeelsleutel te laten aanpassen naar gelang de omzet. Hierdoor zou de offerte van de gekozen inschrijver afwijken van een essentieel element van het bestek, namelijk de prijsvaststelling, wat het bestek niet toelaat. De offerte van de gekozen inschrijver had dan ook onregelmatig moeten worden verklaard. Indien de aanbestedende overheid de besteksbepalingen had nageleefd en de offerte van de gekozen inschrijver onregelmatig had verklaard, dan zou de offerte van de verzoekende partij op de eerste plaats zijn gekomen.

Beoordeling

7. De verzoekende partij voert in essentie aan dat de offerte van de gekozen inschrijver afwijkt van een essentieel element van het bestek, namelijk de

prijsvaststelling, zodat de aanbestedende overheid de offerte van de gekozen inschrijver onregelmatig had moeten verklaren.

De verzoekende partij zet daarbij echter niet uiteen op grond van welke bepaling of welk beginsel te dezen elke afwijking van de prijsvaststelling als een essentieel element van het bestek moet worden beschouwd die tot de onregelmatigheid van de offerte moet aanleiding geven.

De verzoekende partij lijkt hierbij impliciet te refereren naar de regeling inzake regelmatigheid van offertes in het kader van de overheidsopdrachtenreglementering.

Echter uit de te dezen gevoerde besluitvorming, die een aanvang nam met de beslissing van de gemeenteraad van Wetteren van 16 december 2014, lijkt het te gaan om het verlenen van een concessie voor het beheer van het parkeren met beperkte parkeerduur op de openbare weg en het toekomstig beheer van een off-street parking.

De verzoekende partij lijkt niet te betwisten dat het te dezen aldus een concessie van diensten betreft waarop de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ met haar uitvoeringsbesluiten en de daarin opgenomen regeling in verband met de onregelmatigheid van offertes, in beginsel niet van toepassing zijn.

Zij verwijst ook nergens in haar verzoekschrift naar de toepasselijkheid van de regelgeving van de overheidsopdrachten, noch toont zij aan dat deze door de concessieverlenende overheid van toepassing werd verklaard op de procedure voor het verlenen van de concessie.

Er lijkt te dezen dan ook niet impliciet te kunnen worden verwezen naar bijzondere regels betreffende de regelmatigheid van de offertes en van de prijzen en omtrent het indienen van varianten zoals die gelden voor overheidsopdrachten.

Bijgevolg lijkt de regelmatigheid van de offertes *casu quo* de kandidaatstellingen bij de betrokken concessie van diensten enkel te kunnen worden beoordeeld op grond van de bepalingen opgenomen in de concessiedocumenten, de regel van gelijke behandeling van de inschrijvers (gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij heeft te dezen haar middel dan nog beperkt tot het aanvoeren van een schending van het *patere legem*-beginsel en de zorgvuldigheidsplicht.

8. Omtrent de regelmatigheid van de offertes wordt in het bestek enkel het volgende bepaald onder “I.11 Keuze van de offerte”:

“De aanbestedende overheid kiest de meest voordelige regelmatige offerte. Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver voorbehoudsloos akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om hetzij de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen hetzij verduidelijking te vragen aan de inschrijver.”

Voorts lijken er in het bestek geen bepalingen te zijn opgenomen met betrekking tot de regelmatigheid van de offertes.

Op het eerste gezicht toont de verzoekende partij niet aan dat de aanbestedende overheid niet anders mocht dan op grond van de offerte ingediend door de gekozen inschrijver te oordelen dat het onduidelijk was of deze inschrijver voorbehoudsloos akkoord ging met de voorwaarden van het bestek zodat de offerte niet kon worden vergeleken met de andere offertes.

Volgens de voorwaarden van het bestek lijkt de prijs het enige gunningscriterium voor de keuze van de offerte te zijn. Er wordt in dat verband in het bestek immers enkel aangegeven dat de aanbestedende overheid na eventuele onderhandeling de meest voordelige regelmatige offerte kiest.

Ten aanzien van de prijsvaststelling wordt in het bestek voorts bepaald dat er in een vaste beheersvergoeding en in een variabele beheersvergoeding voor de concessienemer wordt voorzien. De inschrijver dient in zijn offerte zelf een forfaitaire vaste vergoeding op te geven. Het bestek verduidelijkt “het forfaitair bedrag dat dient opgegeven, is het bedrag dat de inschrijver betaalt om de opdracht 1 jaar uit te voeren”.

Het bedrag van de variabele beheersvergoeding daarentegen wordt in het bestek vastgelegd op een bedrag van 75% voor de concessienemer en 25 % voor de gemeente van alle inkomsten die worden geïnd met uitzondering van de bewonerskaarten, de abonnementskaarten en de duplicaten, waarvoor de concessienemer volgens de bepalingen van het bestek een vergoeding van 10 euro per kaart ontvangt.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de gekozen inschrijver voor de forfaitaire vaste vergoeding een bedrag van 155.000 euro per jaar heeft opgegeven. De verzoekende partij heeft een bedrag van 145.000 euro per jaar opgegeven.

Voorts moet met de verzoekende partij worden vastgesteld dat bij het gunningsverslag een bijlage werd gevoegd houdende een tabel met bijkomende informatie omtrent de gegevens opgenomen in de offertes met betrekking tot onder meer de geschatte totale vergoeding voor de gemeente.

Uit deze tabel blijkt inderdaad dat de gekozen inschrijver in zijn offerte een voorstel deed om bijkomend bij de variabele vergoeding, die volgens het bestek is vastgesteld op 25% voor de gemeente, een extra vergoeding aan de gemeente te betalen voor zover de verkregen inkomsten uit het parkeerbeheer meer dan 446.000 euro bedragen.

Op het eerste gezicht toont de verzoekende partij echter niet op voldoende overtuigende wijze aan dat de offerte hierdoor op niet-toelaatbare wijze afwijkt van het bestek. In het bestek wordt de variabele vergoeding immers vastgelegd op 75% voor de concessienemer en dus 25% voor de gemeente. Daaraan wordt enkel toegevoegd dat de inschrijver geen enkele aanspraak kan maken op bijkomende gelden om kosten van welke aard ook vergoed te krijgen. De

variabele vergoeding lijkt dus als een minimale vergoeding voor de gemeente te zijn bedoeld, zonder dat uitdrukkelijk wordt bepaald of voldoende duidelijk blijkt dat de inschrijver hiervan niet zou mogen afwijken door een hogere vergoeding voor de gemeente aan te bieden.

In elk geval wordt de door het bestek vereiste variabele vergoeding aan de gemeente van 25% van alle inkomsten door de gekozen inschrijver in zijn offerte opgegeven. In die zin lijkt de gekozen inschrijver in ieder geval dan ook geen voorwaarden te hebben toegevoegd waardoor het onduidelijk zou zijn of hij voorbehoudsloos akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, zodat er op grond van het bestek dan ook geen reden voorhanden lijkt te zijn om de offerte als onregelmatig af te wijzen.

Er lijkt dan ook op het eerste gezicht geen sprake van een schending van de besteksbepalingen.

9. De aanbestedende overheid lijkt voorts ook niet onzorgvuldig te hebben gehandeld door de gekozen offerte niet als onregelmatig te hebben geweerd. Het bieden van een bijkomende vergoeding aan de gemeente door de gekozen inschrijver lijkt immers de gelijke behandeling van de inschrijvers niet in het gedrang te hebben gebracht. Met deze bijkomend aangeboden vergoeding lijkt juist geen rekening te zijn gehouden bij de vergelijking van de offertes. Hierbij lijkt met de verwerende partij in ogenschouw te moeten worden genomen dat zelfs binnen het kader van de overheidsopdrachtenreglementering niet elke afwijking van de prijsvaststelling moet leiden tot de substantiële onregelmatigheid van een offerte, zoals bij afwijkingen die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengen.

Het bestek lijkt niet uitdrukkelijk te bepalen met welke elementen van de prijsvaststelling rekening zal worden gehouden bij de vergelijking van de offertes. Op grond van het gunningsverslag en de gunningsbeslissing lijkt in de huidige stand van het geding te kunnen worden aangenomen dat bij de vergelijking van de offertes slechts rekening werd gehouden met de vaste beheersvergoeding, minstens toont de verzoekende partij niet op overtuigende

wijze het tegendeel aan. Dit blijkt *prima facie* uit de finale rangschikking van de offertes, hiervoor weergegeven *sub* 3.4., en het voorstel luidend:

“Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het formeel en materieel nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes opgemaakt in de voorgaande punten, stelt de ontwerper voor om de opdracht te gunnen aan de firma met de meest voordelige regelmatige offerte, zijnde Optimal Parking Control bvba , [...] voor een vaste jaarlijkse vergoeding van €155.000,00”.

Er lijkt aldus geen rekening te zijn gehouden met andere elementen die eventueel in de offertes werden opgenomen, zoals onder meer met de variabele jaarlijkse vergoeding. Het gegeven dat bij de vergelijking van de offertes enkel rekening werd gehouden met het bedrag van de vaste jaarlijkse vergoeding lijkt ook niet in strijd te zijn met de bepalingen van het bestek aangezien in het bestek enkel werd voorgeschreven dat de inschrijvers zelf een bedrag konden opgeven voor de vaste jaarlijkse beheersvergoeding. Betreffende de variabele vergoeding werd het bedrag ervan in het bestek reeds vastgesteld op 75% voor de concessienemer en 25% voor de gemeente, zodat de offertes op dit punt niet vergeleken lijken te kunnen worden, minstens werd niet uitdrukkelijk bepaald dat dit bedrag in de vergelijking van de prijs zou worden betrokken.

10. Het enige middel is niet ernstig.

VII. Besluit

11. Aangezien aan minstens één van de bij artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing te kunnen bevelen, niet is voldaan, dient de vordering te worden verworpen.

VIII. Rechtsplegingsvergoeding

12.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

12.2. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevorderde rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 mei 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest