

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 232.011 van 30 juni 2015
in de zaak A. 216.329/XII-7909

In zake: de BV IPS GROUP BENELUX
 vennootschap naar Nederlands recht
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Christophe Poppe
 kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
 Poolse Winglaan 31
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

 de STAD GENT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Patrick Devers en John Devers
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Kouter 71-72
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 juli 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het Besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Gent dd 11 juni 2015 (Besluitnummer 2015_CBS_07150) [waarbij wordt beslist:]

Artikel 1

Keurt goed het selectieverslag dd 5 juni 2015 voor de overheidsopdracht van leveringen – Leveren van parkeerautomaten met centraal beheersysteem – Bestek MB24/2014, zoals gevoegd in bijlage en dat integraal deel uitmaakt van deze beslissing.

Artikel 2

Keurt goed volgende geselecteerde kandidaten uit te nodigen om verder deel te nemen aan de ‘Proof of Concept’:

- Parkeon SAS, bijhuis België, Rue de Nom de Jésus 3, 1000 Brussel
- Rauwers Controle NV, F.J. Navezstraat 78-86, 1000 Brussel.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 juli 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick Praet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Patrick Devers, die 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. De stad Gent schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering van parkeerautomaten met een centraal beheersysteem en voor het instaan van het onderhoud. De Stad Gent treedt hierbij tevens op als opdrachtcentrale voor de stad Sint-Niklaas.

De opdracht wordt gegund middels een open offerteaanvraag.

3.2. De opdracht wordt op 5 januari 2015 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 6 januari 2015 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Op de opdracht is het bestek nr. MB24/2014 getiteld “Leveren van parkeerautomaten met centraal beheersysteem en instaan voor onderhoud” van toepassing, dat het voorwerp van de opdracht als volgt omschrijft:

“De uit te voeren opdracht is een open offerteaanvraag voor het leveren van parkeerautomaten en van een centraal beheersysteem en voor het instaan voor onderhoud van toestellen.

Deze opdracht omvat één perceel.

Het bestek handelt over nieuwe parkeerautomaten, deels ter vervanging van bestaande, verouderde toestellen en deels bestemd voor opstelling in nieuwe zones met betalend straatparkeren. Dit perceel omvat twee schijven: een vaste schijf en een voorwaardelijke schijf. Het onderhoud van de toestellen is telkens, gedeeltelijk of volledig, inbegrepen.

Hoewel de sluiting van de opdracht betrekking heeft op de volledige opdracht, is de aanbestedende overheid enkel gebonden door de vaste schijf. De uitvoering van de voorwaardelijke schijf is afhankelijk van een beslissing van de aanbestedende overheid. Deze beslissing moet uiterlijk 4 jaar na betekening van de opdracht genomen worden en zal aan de inschrijver betekend worden.

De opdracht wordt verder in detail omschreven onder punt IV Technische Bepalingen.”

In het bestek worden onder meer volgende selectievereisten omschreven:

“2.5. Selectie (art. 58 – 79 KB Plaatsing)

[...]

2.5.2 Kwalitatieve selectie

[...]

Om de aanbestedende overheid in staat te stellen de technische of beroepsbekwaamheid van de inschrijver na te gaan, worden volgende gegevens/documenten bij de offerte gevoegd:

- De beschrijving van een vergelijkbare referentie-opdracht die inzicht en illustratie biedt van de ervaring van de inschrijver inzake het eerstelijns- en tweedelijns onderhoud, het parkeren met ingave nummerplaat (niet enkel voor gratis tickets), het leveren van een beheersysteem (bijlage 05)
- Indien het leveringen aan een overheid betreft, worden de leveringen aangetoond door certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of geïsoleerd;

- Indien het gaat om leveringen aan privaatrechtelijke personen, worden de certificaten opgesteld door de koper, bij ontstentenis daarvan is een verklaring van de leverancier toegelaten”.

Met betrekking tot de regelmatigheid van de offertes wordt bepaald:

“2.5.5 Onderzoek regelmatigheid (art. 95 KB Plaatsing)

In het kader van het onderzoek op regelmatigheid, specifiek inzake de technische bepalingen van het bestek, wordt er voorzien in een zgn. proof of concept. (POC).

Deze (POC) zal ingesteld worden bij elke inschrijving die ingediend wordt. Deze proof of concept moet de aanbestedende overheid in staat stellen te onderzoeken of de aanbieder van de inschrijver aan de opgegeven technische specificaties en verwachtingen voldoet, opdat zij niet gedwongen wordt definitief te gunnen aan een inschrijver wiens inschrijving de operationele toets niet doorstaat. [...]

In het geval dat de uitkomst van de POC zou zijn dat het aangeboden toestel in ernstige mate van de opgegeven specificaties en verwachtingen afwijkt, zal de offerte geweerd worden wegens onregelmatig.”

3.4. Blijkens het proces-verbaal van opening werden er vier offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

3.5. Met een brief van 14 april 2015 van de aanbestedende overheid wordt de verzoekende partij uitgenodigd voor deelname aan de “proof of concept” (hierna: “POC”) op 6 mei 2015.

Met een e-mailbericht van 27 april 2015 en een ter post aangetekende brief van 29 april 2015 wordt echter aan de verzoekende partij meegedeeld dat de geplande “POC” niet kan doorgaan, omdat “voorafgaand aan de POC” nodig blijkt “in het kader van de kwalitatieve selectie [...] bijkomend onderzoek te doen om een tussentijdse beslissing te nemen”.

3.6. Met een ter post aangetekende brief van 2 april 2015 vraagt de aanbestedende overheid aan de verzoekende partij om een aantal inlichtingen. Zij vraagt onder meer om voor de referentie Seattle op te geven “of het parkeren met ingave van nummerplaat, anders [...] dan enkel voor gratis tickets, toegepast

wordt” en of “er daar een centraal beheersysteem in werking is”. Zij verzoekt dit eveneens te staven “met de gevraagde attesten”.

Met een brief van 16 april 2015 stuurt de verzoekende partij aan de aanbestedende overheid onder meer een attest met betrekking tot de referentie Seattle.

3.7. Op 5 juni 2015 wordt een verslag met betrekking tot de selectie van de inschrijvers opgesteld.

Inzake de technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid wordt ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij in het selectieverslag vermeld:

“ IPS vermeldt in haar initiële inschrijving als referenties:

- Seattle (2014): er is vermelding van 1350 nieuwe parkeerautomaten en 850 upgrade-kits voor de komende drie jaar. Er is geen sprake van de functionaliteit ingave nummerplaat.
- Denver (2010): individuele parkeermeters en sensoren.
- Los Angeles (2010): individuele parkeermeters en sensoren.
- San Francisco (2010): individuele parkeermeters
- Santa Monica (2011): individuele parkeermeters

Er wordt geen origineel attest toegevoegd, enkel een omschrijving van elk van de projecten.

Bespreking basisinschrijving:

Vier van de vijf referenties handelen over individuele parkeermeters, wat niet het voorwerp van de opdracht is. Deze komen bijgevolg niet in aanmerking.

Eén referentie, nl. Seattle, gaat over parkeerautomaten (die meerdere plaatsen bedienen). IPS voldoet aan het leveren van de beschrijving voor eerste- en tweedelijns onderhoud en voor het leveren van een beheersysteem.

Hierbij is evenwel geen sprake van ingave nummerplaat.

Verduidelijking:

Actie: verduidelijking en attesten van de referenties, specifiek voor ingave nummerplaat andere dan voor gratis tickets, vragen aan IPS.

Dit werd gevraagd via aangetekend schrijven dd. 01 april 2015.

Antwoord verduidelijking:

IPS antwoordt met brief dd. 16 april 2014. Men voegt een attest toe van City of Seattle waarin gesteld wordt dat er een overeenkomst (“purchasing

agreement”) is met IPS Group Inc. voor in totaal 2200 parkeerautomaten die zullen functioneren met ingave nummerplaat (“Pay by Plate mode) en die zullen aangesloten worden op een centraal beheersysteem.

Bespreking na verduidelijking:

De brief vermeldt echter niet of er op datum van vandaag reeds toestellen operationeel zijn met de functionaliteit van ingave nummerplaat.

Dit werd nagevraagd per mail bij de contactpersoon van Seattle. Deze antwoordt per mail op 18 april 2015. Uit het antwoord blijkt dat IPS Group inc. leverancier is van parkeerautomaten in Seattle, dat de plaatsing ervan pas is aangevat op 13 april 2015, dat er datum van de mail (18 april 2015) slechts 10 toestellen operationeel zijn als “klassieke parkeerautomaten”, dat men deze toestellen eerst zal opstarten zonder de functie ingave nummerplaat en dat men, eens alle toestellen operationeel in de loop van 2016, zal beginnen met de functionaliteit ingave nummerplaat.

Dit inzicht wordt bevestigd door een recente webpagina van Seattle. Hierin wordt gesteld dat de eerste toestellen op 13 april 2015 werden geïnstalleerd. Er is weliswaar sprake van variabele tariefinstelling doch er is geen sprake van ingave nummerplaat.

Conclusie IPS:

IPS voldoet aan het leveren van de beschrijving voor eerste- en tweedelijns onderhoud en voor het leveren van een beheersysteem.

IPS toont niet aan dat zij op datum [van] vandaag toestellen operationeel heeft waarbij de ingave nummerplaat gebruikt wordt. IPS heeft weliswaar een belangrijk contract verworven waarbij zij in de loop van 2016 deze functionaliteit allicht zullen activeren doch dit is nu nog niet operationeel. IPS voldoet niet op dit vlak.

[...]

3.3 Besluit over de selectie van de inschrijvers

Inschrijvers Rauwers en Parkeon voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria zoals opgenomen in het bestek MB24/2014. De offertes van de 2 andere inschrijvers (Krautli en IPS) worden verder dan ook niet meegenomen in de beoordeling van de offertes.”

3.8. Op 11 juni 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent om het selectieverslag, dat integraal deel uitmaakt van de beslissing, goed te keuren en bijgevolg enkel de nv Parkeon SAS en de nv Rauwers Controle uit te nodigen om deel te nemen aan de “POC”.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een ter post aangetekende brief van 16 juni 2015 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat zij niet werd geselecteerd voor de voorliggende opdracht. In bijlage werd een kopie van de bestreden beslissing gevoegd.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 71 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), juncto het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel.

De verzoekende partij is van oordeel dat haar offerte ten onrechte werd afgewezen. Haar offerte werd geweerd omdat zij niet aantoonde op het moment van de bestreden beslissing toestellen operationeel te hebben waarbij de ingave van nummerplaat wordt gebruikt. Zij meent dat deze grond tot wering van de offerte niet overeenstemt met hetgeen in het bestek werd vereist. Volgens haar wordt in het bestek enkel gepolst naar een vergelijkbare referentieopdracht die inzicht en illustratie biedt van de ervaring met drie aspecten, namelijk onderhoud, ingave nummerplaat en leveren van een parkeersysteem, zonder dat duidelijk wordt gesteld dat dit een vereiste en een *conditio sine qua non* is. Indien een identieke referentie-opdracht gewenst was en indien ervaring met het actief functioneren van de nummerplaatingave een breekpunt was, dan had het bestek dit met zoveel woorden moeten zeggen. Bovendien strookt de handelwijze van de aanbestedende overheid niet met artikel 71 van het koninklijk besluit Plaatsing aangezien de vraag naar “vergelijkende ervaringen” niet kan worden teruggevonden onder de precieze opsomming van door attesten gestaafde referenties.

De toestellen van de verzoekende partij laten de ingave van de nummerplaat wel degelijk toe, wat ook blijkt uit de beschrijvende nota en ook gebleken zou zijn uit de praktische proef, indien deze had plaatsgevonden. Bij de beschrijving van haar toestel werd door de verzoekende partij een bijlage 12 met tekst en foto’s gevoegd. Als referentie werd de stad Seattle opgegeven. Op navraag van de aanbestedende overheid heeft de stad Seattle haar getuigschrift bevestigd en

verduidelijkt dat de functionaliteit kentekeningave vanaf 2016 zal worden geïmplementeerd.

Voorts bepaalde het bestek onder punt 2.5.5 “onderzoek regelmatigheid” dat er in een “POC” zou worden voorzien bij elke inschrijving die werd ingediend. De “POC” werd echter niet uitgevoerd alvorens het verslag werd opgesteld. Nochtans was dit verplicht voor elke ingediende inschrijving en niet enkel bij elke inschrijving die werd geselecteerd. Daarenboven had de demonstratie het bestaan van de functionaliteit van de nummerplaatweergave veel overtuigender kunnen staven dan welk attest of “gelijkaardige ervaring” dan ook. Het was zelfs de bedoeling van het bestek om niet af te gaan op papieren getuigenissen maar op praktisch succes.

Beoordeling

6. Te dezen wordt de opdracht gegund bij open offerteaanvraag.

De beoordeling van de vraag of de inschrijvers aan de selectievereisten voldoen en die bijgevolg de persoon van de inschrijver betreft, dient te worden onderscheiden van het onderzoek en de vergelijking van de offertes. De selectiefase gaat vooraf aan de beoordeling van de offertes. Artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt immers dat de aanbestedende overheid de regelmatigheid nagaat van de offertes van de inschrijvers “die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen”.

De te dezen gevolgde werkwijze, om voorafgaand aan de gunningsbeslissing een formele selectiebeslissing te nemen, die wordt meegedeeld aan de betrokkenen, lijkt de toepasselijke bepalingen of beginselen niet te schenden.

Met betrekking tot de selectie, bepaalt artikel 58 van het koninklijk besluit Plaatsing:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan :

1° de bepalingen betreffende het toegangsrecht tot de opdracht zoals omschreven in de artikelen 61 tot 66;

2° de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 67 tot 79. Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bij open procedure en vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het opleggen van een minimaal niveau verplicht.

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of , bij gebrek aan een dergelijke aankondiging, in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan welke de vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria zijn en welke de te verstrekken noodzakelijke inlichtingen en documenten zijn.”

Het geschonden geachte artikel 71 van voormeld koninklijk besluit bepaalt:

“In geval van een opdracht voor leveringen kan de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de kandidaat of de inschrijver op één of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of belangrijkheid en het doel van de leveringen :

1° door het bewijs dat de kandidaat of de inschrijver voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen overeenkomstig artikel 77;

2° aan de hand van een opgave van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole;

3° aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De leveringen worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit heeft afgegeven of medeondertekend of in geval van leveringen voor een particuliere afnemer door attesten van de afnemer of bij ontstentenis eenvoudigweg door een verklaring van de leverancier;

4° aan de hand van een beschrijving van de technische uitrusting, van de door de leverancier getroffen maatregelen om de kwaliteit te waarborgen,

en van de door zijn onderneming geboden mogelijkheden op het vlak van studie en onderzoek;

5° in het geval van complexe producten of wanneer deze bij wijze van uitzondering aan een bijzonder doel moeten beantwoorden, aan de hand van een controle door de aanbestedende overheid of, in diens naam, door een bevoegd officieel orgaan van het land waar de leverancier gevestigd is, onder voorbehoud van instemming door dit orgaan. Deze controle heeft betrekking op de productiecapaciteit van de leverancier en, zo nodig, op diens mogelijkheden inzake studie en onderzoek en de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen;

6° aan de hand van monsters, beschrijvingen of foto's, waarvan de echtheid wordt aangetoond op verzoek van de aanbestedende overheid;

7° aan de hand van attesten die door als bevoegd erkende en geaccrediteerde instituten of diensten voor kwaliteitscontrole worden uitgereikt, waarin wordt vastgesteld dat duidelijk door referenties geïdentificeerde producten aan bepaalde specificaties of normen beantwoorden.”

Het komt bijgevolg toe aan de aanbestedende overheid datgene te bepalen waarvan blijk moet worden gegeven om de technische bekwaamheid van de inschrijvers aan te tonen.

De aanbestedende overheid beschikt hierbij over een zekere discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag niet in de plaats van de aanbestedende overheid treden. De Raad mag de criteria en het niveau dat door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld wel aan een toetsing onderwerpen in die zin dat de Raad desgevraagd mag onderzoeken of de door de aanbestedende overheid bepaalde vereisten niet het kader van artikel 58 te buiten gaan, op ontoelaatbare wijze de mededinging beperken of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengen.

7. Te dezen lijkt het bestek als selectievereiste voor de technische of beroepsbekwaamheid de voorlegging te vereisen van één of meerdere “vergelijkbare” referentie-opdrachten waaruit “de ervaring van de inschrijver [blijkt] inzake het eerstelijns- en tweedelijns onderhoud, het parkeren met ingave nummerplaat (niet enkel voor gratis tickets) en het leveren van een beheersysteem”. De betwisting te dezen draait om de ervaring met de functionaliteit van de “ingave nummerplaat”.

De vraag of de door de verzoekende partij aangeboden toestellen in haar offerte de voormelde functionaliteit hebben, lijkt daarbij niet relevant aangezien in de fase van de selectie niet wat wordt aangeboden in de offerte wordt beoordeeld, maar wel de in het verleden opgebouwde ervaring van de inschrijver met betrekking tot het aanbieden van toestellen met deze functionaliteit.

8. De verzoekende partij toont in de huidige stand van het geding niet aan dat de aanbestedende overheid bij de omschrijving van deze selectievoorwaarde de grenzen van artikel 58 van het koninklijk besluit Plaatsing zou zijn te buiten getreden. De te dezen gestelde selectievereiste inzake de technische en beroepsbekwaamheid laat zich op het eerste gezicht inpassen in de in artikel 71, 3°, van voormeld koninklijk besluit voorziene wijze om de technische bekwaamheid aan te tonen.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij schijnt voor te houden, kan een selectievereiste waarbij de voorlegging van een referentie-opdracht wordt gevraagd waaruit een ervaring met het leveren van bepaalde toestellen met een specifieke functionaliteit blijkt, niet als een vrijblijvend verzoek worden beschouwd om eventueel het bewijs van voormelde specifieke ervaring voor te leggen. Het feit dat in de betreffende besteksbepalings niet letterlijk wordt “geëist” dat een document waaruit de “ervaring met het actief functioneren van de nummerplaatgave” moet worden voorgelegd, maar enkel wordt bepaald dat een document waaruit de gevraagde ervaring blijkt “wordt gevoegd”, doet niets af aan het dwingend karakter van een selectievereiste die door de aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten wordt opgelegd.

9. Voorts komt het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe de door de kandidaten voorgelegde referenties te beoordelen, waarbij zij over een zekere mate van beoordelingsvrijheid beschikt.

Te dezen blijkt dat de verzoekende partij in haar offerte vijf referenties opgeeft, waarvan slechts bij één referentie sprake is van parkeermeters die meerdere plaatsen bedienen (niet-individuele parkeermeter), namelijk de referentie Seattle. Bij geen van de referenties wordt duidelijk aangegeven dat ze ook betrekking hebben op de levering van de parkeermeters met de functionaliteit

nummerplaat ingave. De verzoekende partij betwist dit niet. Bij de offerte van de verzoekende partij blijken bovendien geen certificaten te zijn gevoegd waaruit de uitvoering van de referentie-opdrachten blijkt. Bij brief van 1 april 2015 (verstuurd op 2 april 2015) werd dan ook door de aanbestedende overheid bijkomende informatie omtrent deze referentie-opdracht opgevraagd bij de verzoekende partij waaronder de nodige attesten.

Vervolgens heeft de verzoekende partij aan de verwerende partij bij brief van 16 april 2015 een attest overgemaakt afgeleverd door de stad Seattle, waarbij deze stelt een aankoopovereenkomst te hebben gesloten met de verzoekende partij voor de levering van 2200 multi-parkeerplaats parkeermeters. Hieruit blijkt niet dat voor deze parkeermeters de functionaliteit nummerplaat ingave reeds in werking is gesteld.

Voorts blijkt dat de aanbestedende overheid rechtstreeks bij de stad Seattle bijkomende informatie heeft opgevraagd. De stad Seattle heeft daarop met een e-mail van 18 april 2015 geantwoord dat de installatie van de parkeermeters slechts is aangevat op 13 april 2015 en dat er intussen 10 parkeermeters operationeel zijn als “klassieke parkeerautomaten” en dat eens alle parkeermeters geïnstalleerd de functionaliteit ingave nummerplaat zal worden geactiveerd.

Gelet op deze in het administratief dossier opgenomen gegevens, die ook in het selectieverslag dat integraal werd opgenomen in de bestreden beslissing worden hernomen, toont de verzoekende partij niet aan dat de aanbestedende overheid ten onrechte zou hebben geoordeeld dat “IPS [...] niet aan[toont] dat zij op datum [van] vandaag toestellen operationeel heeft waarbij de ingave nummerplaat gebruikt wordt. IPS heeft weliswaar een belangrijk contract verworven waarbij zij in de loop van 2016 deze functionaliteit allicht zullen activeren doch dit is nu nog niet operationeel.”

Op het eerste gezicht lijkt deze beoordeling in overeenstemming te zijn met de feiten waarop de Raad van State vermag acht te slaan.

Voorts lijkt op het eerste gezicht te mogen worden aangenomen dat wanneer de aanbestedende overheid ter ondersteuning van de voorgelegde referentieopdrachten tevens de voorlegging vereist van certificaten opgesteld door de overheid of de private rechtspersoon ten aanzien van wie de levering werd uitgevoerd, uit deze certificaten de goede uitvoering van de opdracht moet blijken en dus tevens de goede werking van de geleverde producten naar voldoening van de opdrachtgever. Nu te dezen gevraagd werd ervaring voor te leggen met de levering van parkeermeters met nummerplaat ingave, lijkt hieronder in de huidige stand van het geding te mogen worden verstaan dat ervaring wordt gevraagd met de levering van parkeermeters waarbij de functionaliteit nummerplaat ingave naar voldoening van de opdrachtgever in dienst werd gesteld.

In die zin lijkt de aanbestedende overheid dan ook de door haar gestelde selectievereisten in het bestek niet te hebben geschonden door te dezen te oordelen dat de verzoekende partij niet voldoet aan de selectievereiste inzake technische en beroepsbekwaamheid omdat de functionaliteit nummerplaat ingave bij de referentieopdracht nog niet operationeel is.

10. Aangezien de aanbestedende overheid, gelet op het voorgaande, aldus terecht lijkt te hebben geoordeeld dat de verzoekende partij niet voldeed aan de selectievereisten inzake technische en beroepsbekwaamheid, kwam de verzoekende partij aldus niet voor gunning in aanmerking en diende haar offerte dan ook niet meer te worden onderzocht. In die zin lijkt de aanbestedende overheid dan ook terecht te hebben geoordeeld de verzoekende partij niet meer uit te nodigen voor de “POC”. Deze is er immers op gericht te onderzoeken of de aangeboden toestellen voldoen aan de vereisten van het bestek. Het betreft aldus, zoals ook blijkt uit het bestek, het regelmatigheidsonderzoek van de offertes, welk onderzoek volgt op de selectiefase. De bepaling in het bestek dat de POC zal worden ingesteld bij elke inschrijving die wordt ingediend, dient dan ook in die zin te worden gelezen.

11. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. Het middel wordt geput uit de schending van het redelijkheidsbeginsel.

De verzoekende partij voert in essentie aan dat de selectievereiste om ervaring voor te leggen met het leveren van parkeermeters met de functionaliteit nummerplaat ingave onredelijk is. Het betreft immers een nieuwe functionaliteit die nergens in België operationeel is, zodat een Belgische speler zonder buitenlandse referenties door dit vereiste buiten spel wordt gezet.

Beoordeling

13. Artikel 58, § 1, 2°, van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt dat de aanbestedende overheid de selectiecriteria en het vereiste niveau preciseert op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Zoals bij de beoordeling van het eerste middel reeds opgemerkt, komt het toe aan de aanbestedende overheid datgene te bepalen waarvan blijkt moet worden gegeven om de technische bekwaamheid van de inschrijvers aan te tonen. De aanbestedende overheid beschikt hierbij over een zekere discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag niet in de plaats van de aanbestedende overheid treden. De Raad mag de criteria en het niveau dat door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld wel aan een toetsing onderwerpen in die zin dat de Raad desgevraagd mag onderzoeken of de door de aanbestedende overheid bepaalde vereisten niet het kader van artikel 58 te buiten gaan, op ontoelaatbare wijze de mededinging beperken of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengen.

14. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht geenszins aan dat de vereiste ervaring inzake het aanbieden van parkeermeters met de

functionaliteit nummerplaat ingave geen verband zou houden met het voorwerp van de opdracht, noch daarmee niet in verhouding zou staan.

Daarbij moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij op geen enkele wijze de wettigheid van het bestek betwist en de betrokken besteksbepaling niet tot voorwerp van haar vordering tot schorsing heeft gemaakt. Alleen al om deze reden lijkt het middel niet ernstig te kunnen worden genomen.

De gevraagde ervaring inzake het leveren van parkeermeters met de functionaliteit nummerplaat ingave houdt bovendien rechtstreeks verband met het voorwerp uit van de voorliggende opdracht. Voorts lijkt het loutere feit dat het een nieuwe functionaliteit betreft die nergens in België operationeel zou zijn, op zich niet aan te tonen dat de vereiste om ervaring met betrekking tot nummerplaat ingave aan te tonen door het voorleggen van minstens één referentie *ipso facto* de perken van de redelijkheid te buiten zou gaan. Op grond van het bestek lijkt de voorlegging van slechts één referentie immers voldoende te zijn. Bovendien sluit het bestek op geen enkele wijze uit dat buitenlandse referenties zouden worden voorgelegd. Daarnaast maakt de verwerende partij met de voorlegging van enkele krantenartikels uit 2014 op het eerste gezicht niet onaannemelijk dat de stelling van de verzoekende partij dat de functionaliteit nummerplaat ingave nog nergens in België in gebruik zou zijn gebracht, ook in feite faalt. Dit lijkt trouwens op het eerste gezicht ook te worden bevestigd door het feit dat bijvoorbeeld de inschrijver Rauwers in staat is een referentie voor te leggen met betrekking tot parkeerautomaten met nummerplaat ingave uitgevoerd te Nijvel.

15. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

16. In het middel voert de verzoekende partij de schending aan van het transparantiebeginsel en de gelijke behandeling van de inschrijvers.

De verzoekende partij licht toe dat volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en de Raad van State alle gunningscriteria, subgunningscriteria en hun respectievelijke belang vooraf moeten worden bekend gemaakt. Zij verwijst daartoe onder meer naar het arrest van het Hof inzake Lianakis van 24 januari 2008 (C-532/06). Het achteraf bekendmaken, wijzigen of interpreteren is dan ook in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieplichting. Dit klemmt des te meer nu aan minstens één kandidaat wel specifieke vragen werden gesteld omtrent de referenties en hierbij minstens impliciet het belang van een en ander werd benadrukt. Meer bepaald werd met een ter post aangetekende brief van 29 april 2015 aan de inschrijver Parkeon gevraagd om nog andere attesten aan te leveren dan dat van Moskou alleen. Deze kans werd aan de verzoekende partij niet geboden. Indien zij zou zijn gewezen op het grote belang van referenties met nummerplatingave, had zij dit stellig kunnen doen.

Beoordeling

17. Voor zover de verzoekende partij onder verwijzing naar het arrest Lianakis van het Europees Hof van Justitie van 24 januari 2008 (C-532/06) aanvoert dat het achteraf bekendmaken, wijzigen of interpreteren in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, duidt zij op geen enkele wijze hoe dit op huidige zaak dient te worden betrokken en welke elementen de aanbestedende overheid in de bestreden beslissing slechts achteraf zou hebben bekend gemaakt, gewijzigd of anders geïnterpreteerd.

Daarbij dient er ook op te worden gewezen dat het voormelde arrest Lianakis en het door de verzoekende partij aangehaalde citaat betrekking lijken te hebben op het achteraf vaststellen van wegingscoëfficiënten en subcriteria, wat betrekking heeft op de beoordeling van de offertes terwijl de bestreden beslissing te dezen de selectie van de inschrijvers betreft.

18. Voor zover de verzoekende partij ten slotte stelt dat haar niet de kans zou zijn geboden om haar referenties aan te vullen terwijl de inschrijver

Parkeon deze kans wel zou hebben gekregen, kan worden gewezen op artikel 59 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Artikel 59 van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt dat de aanbestedende overheid de inschrijvers of kandidaten kan uitnodigen hun offertes te vervolledigen of de verstrekte inlichtingen of documenten te verduidelijken. Het betreft echter slechts een mogelijkheid maar geen verplichting die de aanbestedende overheid bovendien moet uitoefenen met strikte naleving van de gelijke behandeling van de inschrijvers en van de selectiecriteria vermeld in de opdrachtdocumenten die zij niet mag versoepelen.

In dat verband is vast te stellen dat de verzoekende partij in haar offerte melding maakt van vijf referenties, waarvan slechts bij één referentie sprake is van parkeermeters die meerdere plaatsen bedienen (niet-individuele parkeermeter), namelijk de referentie Seattle en dat bij geen van de referenties certificaten zijn gevoegd waaruit de uitvoering van de referentie-opdrachten blijkt.

Bij brief van 1 april 2015 (verstuurd op 2 april 2015) heeft de aanbestedende overheid bijkomende informatie omtrent deze referentie-opdracht te Seattle opgevraagd bij de verzoekende partij met de uitdrukkelijke vraag: “Geef op voor de referentie Seattle of het parkeren met ingave van de nummerplaat, anders dan voor dan enkel voor gratis tickets, toe[ge]past wordt. Geef ook op of er daar een centraal beheersysteem in werking is. Staaf dit telkens met de gevraagde attesten.” De aanbestedende overheid lijkt aldus voldoende duidelijk te hebben aangegeven dat zij wenste te vernemen of de referentie Seattle ook betrekking had op ingave nummerplaat en dat zij hiervan een attest wenste te verkrijgen.

Een gelijkaardige vraag voor het toevoegen van attesten voor reeds voorgelegde referenties werd gericht aan de inschrijver Parkeon bij brief van 30 april 2015.

Aan geen van de inschrijvers lijkt de mogelijkheid te zijn geboden om bijkomende nieuwe referenties voor te leggen die niet reeds werden vermeld in de offerte.

De verzoekende partij toont dan ook geenszins een schending aan van het transparantiebeginsel, noch van het gelijkheidsbeginsel.

19. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

20. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VII. Kosten

21.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 1320 euro.

Ter ondersteuning van dit bedrag, dat afwijkt van het basisbedrag van 700 euro, verwijst de verwerende partij uitsluitend naar het gegeven dat de verzoekende partij eveneens een rechtsplegingsvergoeding vordert van 1320 euro. De verzoekende partij had haar verzoek tot verhoging van de rechtsplegingsvergoeding evenmin op enige wijze gestaafd. Er worden aan de Raad dan ook geen objectieve redenen voorgelegd die een verhoging van het basisbedrag verantwoorden.

21.2. Bijgevolg is er 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 een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen ten bedrage van het basisbedrag van 700 euro, 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 dertig juli tweeduizend vijftien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Bovin