

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 232.569 van 15 oktober 2015

in de zaak A. 217.036/XII-7939

In zake: de NV APCOA PARKING BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Clonen
kantoor houdend te 2600 Berchem (Antwerpen)
Fruithoflaan 124 bus 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD SINT-NIKLAAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA OPTIMAL PARKING CONTROL
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 23 september 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Sint-Niklaas van 15 september 2015 waarbij deze als aanbestedende overheid besliste om de opdracht ‘Exploitatie parking Grote Markt’ te gunnen aan de

bvba Optimal Parking Control ('Bestek nr. 2015-02/LOG/exploitatie parking Grote Markt/JG-DB-VW-CQ')".

Tevens wordt door de verzoekende partij *in fine* van het verzoekschrift als voorlopige maatregel een verbod voor de verwerende partij gevorderd om een overeenkomst te sluiten met de bvba Optimal Parking Control ingevolge de gunningbeslissing "onder verbeurte van een dwangsom in geval van overtreding van 250.000,00 euro en 1.000,00 euro per dag dat de overeenkomst bestaat".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 1 oktober 2015 heeft de bvba Optimal Parking Control gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 oktober 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Clonen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Els Gypen, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 Sint-Niklaas maakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 februari 2015 een overheidsopdracht bekend, te gunnen volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, voor de exploitatie van haar parking Grote Markt, die tot dan toe door de verzoekende partij werd uitgebaat.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 2 maart 2015. Het proces-verbaal vermeldt acht offertes, waaronder deze van de verzoekende partij en de bvba Optimal Parking Control.

3.3. Op 26 augustus 2015 wordt een gunningsverslag opgesteld.

3.4. Op 15 september 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht, in overeenstemming met het gunningsverslag, te gunnen aan de bvba Optimal Parking Control.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Bij aangetekende brief gedateerd 15 september 2015 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van de bestreden beslissing en wordt een uittreksel van “het gunningsverslag” toegevoegd.

Met faxbericht van 21 september 2015 vraagt de verzoekende partij de verwerende partij, te bevestigen dat wel degelijk een standstill zou worden toegepast met verzoek kopie over te maken van de onderliggende stukken waarop de bestreden beslissing en het gunningsverslag is gesteund. Hierop kwam blijkbaar geen antwoord.

IV. Tussenkomen

4. De verzoekende partij tot tussenkomen blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomen worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij put een eerste middel uit de “ongeldigheid van de procedure omwille van de keuze voor de onderhandelingsprocedure –

schending van de formele en materiële motiveringsplicht” en schending van artikel 4 en volgende van de wet 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

6.1. In een eerste onderdeel klaagt zij aan dat de keuze voor de onderhandelingsprocedure niet werd gemotiveerd, zoals nochtans wordt vereist door artikel 4 en 29 van de voormelde wet van 17 juni 2013.

6.2. In een tweede onderdeel klaagt zij aan dat de procedure, die een “Europees dossier” blijkt te betreffen, derhalve onderworpen was aan een “Europese bekendmaking”, die niet heeft plaatsgevonden.

Beoordeling

7. De verzoekende partij blijkt een offerte te hebben ingediend in de in het geding zijnde onderhandelingsprocedure. In het verzoekschrift verduidelijkt zij echter niet hoe in die omstandigheid de aangeklaagde schendingen haar zouden hebben benadeeld.

8. De verzoekende partij lijkt bijgevolg haar belang bij het middel en des te meer het ernstig karakter ervan niet te hebben aangetoond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert in een tweede middel het “gebrek van motivering van de beslissing” aan, een schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van artikel 4 en volgende van de wet 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

De verzoekende partij betoogt in essentie dat de beslissing van de aanbestedende overheid “*in casu* onvoldoende gemotiveerd [is] en ook het gunningsverslag dat door een niet nader genoemde ‘jury’ [werd] opgesteld ter voorbereiding van de beslissing, laat niet toe de juiste gronden van de uiteindelijke beslissing na te gaan”. Het aan haar medegedeelde gunningsverslag biedt immers geen enkel inzicht hoe de jury tot de puntentoekenning is gekomen en hoe de jury de offerte van de andere inschrijvers heeft afgewogen ten aanzien van haar offerte. Zij kan aldus niet nagaan waarom de ene offerte, in het bijzonder die van de gekozen inschrijver, meer punten verkreeg dan de andere. Zij licht dit vervolgens over verscheidene bladzijden in concreto toe bij elk van de drie gunningscriteria. Zij besluit dat de bestreden beslissing – minstens in de versie zoals die aan haar werd meegedeeld – enkel melding maakt van de beoordeling met de gunningscriteria voor haar eigen offerte. De beoordeling van de gunningscriteria bij de andere inschrijvers is echter niet aanwezig.

Beoordeling

10. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 4, 8°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, stelt de aanbestedende instantie een “gemotiveerde beslissing” op wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure.

11. De gunningsbeslissing van 15 september 2015 verwijst naar “het gunningsverslag” van 26 augustus 2015, waarvan de verzoekende partij een exemplaar heeft ontvangen; Dit betreft echter enkel haar eigen inschrijving, met weglating van de gegevens van de andere inschrijvers.

12. De verwerende partij argumenteert in haar nota dat de verzoekende partij met betrekking tot het eerste gunningscriterium – “het vergoedingsmechanisme en voorgestelde tariefstructuur en inspraak van de stad” – op grond van de wiskundige formule kennis kon nemen van de aangeboden prijzen van de overige inschrijvers, die haar toelieten kennis te nemen van de scores van de overige aanbidders. Zij geeft een cijfermatig beeld van de gebruikte berekeningsmethode die ook vervat was in de aan de verzoekende partij medegedeelde gunningsbeslissing. Noch in haar gedinginleidend verzoekschrift noch ter terechtzitting in reactie op de nota gaat de verzoekende partij met cijfermatige argumenten in op deze berekeningen. Van dit onderdeel van het middel is bijgevolg het ernstig karakter niet aangetoond.

13. Wat de gunningscriteria “dienstverlening – kwaliteitsvolle exploitatie parking” en “visie op de samenwerking op lange termijn met de stad” betreft, betoogt de verwerende partij in haar nota: “Eenzelfde redenering gaat op voor het tweede en het derde gunningscriterium. Er wordt immers door verwerende partij niet zomaar een willekeurig punt toegekend, maar er wordt duidelijk aangegeven welke aspecten van de offerte/BAFO, in het licht van het te beoordelen gunningscriterium, voordelig en minder voordelig zijn”.

De evaluatie aan de hand van de voormelde twee gunningscriteria is echter te onderscheiden van de evaluatie met het eerste gunningscriterium, waarbij wordt gebruik gemaakt van een wiskundige formule om de scores te verkrijgen. De redenering van de verwerende partij inzake het eerste gunningscriterium kan bijgevolg niet zomaar worden doorgetrokken naar de twee andere gunningscriteria.

14. Wat het gunningscriterium “dienstverlening – kwaliteitsvolle exploitatie parking” betreft, wordt in het gunningsverslag – ook in het aan de verzoekende partij medegedeelde – vermeld dat wordt “nagegaan welke

investeringen de inschrijvers voorstellen (+ raming), welke interventietermijn bij problemen, hoe zij de permanentie voorzien, welke extra service zij aanbieden, en of een *Service Level Agreement* (SLA) wordt voorgesteld, en zo ja wat dit inhoudt”. Betreffende de investeringen wordt wel opgemerkt dat “per inschrijver [wordt] beschreven welke investeringen zijn voorzien, en wat de kostprijs hiervan is”, maar in het gunningsverslag dat de verzoekende partij heeft ontvangen, wordt enkel beschreven wat zijzelf heeft aangeboden. Zij heeft er aldus het raden naar waarom alle andere inschrijvers hoger werden gerangschikt dan zijzelf en of bijgevolg de verwerende partij op correcte wijze het voornoemde is nagegaan. Dit is tevens het geval voor onder meer de “extra service” en het “*service level agreement*”.

Wat het gunningscriterium “visie op de samenwerking op lange termijn met de stad” betreft, wordt nagegaan: “de afstemming op het mobiliteitsplan van de stad, [of] rekening [is] gehouden met een integraal parkeerbeleid, welke technologie wordt voorzien, hoe [...] het overleg met de stad [zal] verlopen”. Er wordt verduidelijkt dat de “diverse voorstellen [...] grondig met elkaar [werden] vergeleken en op grond hiervan [...] een rangschikking [is] gemaakt van wie de beste visie heeft op basis van voornoemde aspecten”. Opnieuw moet worden vastgesteld dat in het medegedeelde gunningsverslag enkel melding wordt gemaakt van een woordelijke beoordeling van de offerte van de verzoekende partij, waarna de punten van alle inschrijvers worden weergegeven en zij gerangschikt worden. Deze werkwijze laat de verzoekende partij niet toe zich te vergewissen van de redenen waarom de gekozen inschrijver op dit gunningscriterium beter scoort dan zijzelf, als tweede gerangschikt.

Er dient dan ook te worden geoordeeld dat de motieven in het medegedeelde gunningsverslag die aan de puntentoekenning aan de andere inschrijvers en in het bijzonder de gekozen inschrijver ten grondslag liggen, niet zichtbaar zijn onder de vorm van een beschrijvende evaluatie. Bijgevolg is het voor de verzoekende partij niet duidelijk waarom aan de offertes een bepaald aantal punten wordt toegekend, zodat niet kan worden nagegaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd, meer bepaald in overeenstemming met de beschrijvende evaluatie.

Op grond van het gunningsverslag dat bij de bestreden beslissing werd gevoegd, is het aldus de verzoekende partij niet duidelijk waarom voor het gunningscriterium “dienstverlening – kwaliteitsvolle exploitatie parking” zij voor “investeringen” en “extra service” lager werd gerangschikt dan de gekozen inschrijver en voor “interventietermijn bij afwezigheid van personeel” even hoog scoorde als de gekozen inschrijver. Ook is het voor de verzoekende partij onduidelijk waarom voor het gunningscriterium “visie op de samenwerking op lange termijn met de stad” de verzoekende partij lager werd gerangschikt dan de gekozen inschrijver. De opmerking in de nota dat zich in het administratief dossier als vertrouwelijk stuk “de volledige versie van het gunningsverslag” bevindt, is niet relevant omdat deze versie niet aan de verzoekende partij werd meegedeeld en zij dus in strijd met het oogmerk van de formelemotiveringsverplichting zich over het instellen van de initiële vordering heeft moeten beraden en haar grieven heeft moeten formuleren zonder kennis te hebben van alle – al dan niet rechtmatige – motieven van de bestreden beslissing zoals weliswaar opgenomen in de niet-meegedeelde “volledige versie”.

Aldus lijkt de bestreden beslissing niet te voldoen aan de vereiste motiveringsverplichting die de verzoekende partij onder meer afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’. In tegenstelling tot wat de verwerende partij in haar nota als exceptie opwerpt, is hier geen louter probleem van kennisgeving aan de orde, maar betreft het geschetste euvel een gebrek in de motivering van de bestreden gunningsbeslissing zelf, die is vereist door voornoemde bepalingen.

Hieromtrent is door de tussenkomende partij geen afzonderlijk verweer gevoerd, aangezien deze het aan de verwerende partij overliet om op het middel te antwoorden.

15. Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

16. De overige middelen lijken niet tot een ruimere schorsing te kunnen leiden en blijven bijgevolg onbesproken.

VII. Voorlopige maatregelen en dwangsom

17. De verzoekende partij vraagt dat bij “voorlopige maatregel” reeds wordt opgelegd “dat alleszins geen overeenkomst mag worden gesloten met de bvba Optimal Parking Control ingevolge de gunning van de opdracht voor de exploitatie van de parking Grote Markt, onder verbeurte van een dwangsom in geval van overtreding van 250.000,00 euro en 1.000,00 euro per dag dat de overeenkomst bestaat”.

18. Hierna wordt de gevorderde schorsing bevolen. In die omstandigheid verduidelijkt de verzoekende partij niet hoe de gevorderde maatregel en dwangsom haar een bijkomend nut zouden kunnen verschaffen.

VIII. Verzoek tot depersonalisatie

19. Met toepassing van artikel 2 van het koninklijk besluit van 7 juli 1997 ‘betreffende de publicatie van de arresten en de beschikkingen van niet-toelaatbaarheid van de Raad van State’ vraagt de verzoekende partij dat bij de publicatie van het arrest haar identiteit wordt weggelaten.

20. Luidens artikel 2, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit van 7 juli 1997 kan bij de publicatie van het arrest de identiteit van natuurlijke personen, op uitdrukkelijk verzoek van een natuurlijke persoon die partij is bij een geschil dat bij de Raad van State aanhangig is, worden weggelaten. Deze mogelijkheid staat te dezen aldus niet open voor de verzoekende partij die een rechtspersoon is, en die omtrent deze bepaling niet nader argumenteert.

IX. Besluit

21. Het tweede middel is deels ernstig gebleken. De schorsing dient dan ook te worden bevolen.

22. Gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijke procesverloop worden de kosten, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoedingen, in beraad gehouden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Optimal Parking Control tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 15 september 2015 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas waarbij deze als aanbestedende overheid beslist om de opdracht “het exploiteren van de parking Grote Markt met ingang van 1 oktober 2015, gedurende een periode van 10 jaar”, te gunnen aan de bvba Optimal Parking Control.

3. De Raad van State verwerpt de vordering tot het bevelen van een voorlopige maatregel bij uiterst dringende noodzakelijkheid en tot het opleggen van een dwangsom.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 oktober 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest