

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.196 van 10 december 2015
in de zaak A. 217.533/XII-7961**

In zake: de NV APCOA PARKING BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Clonen
kantoor houdend te 2600 Berchem (Antwerpen)
Fruihoflaan 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 12 november 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “Artikel 2 van de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Sint-Niklaas van 26 oktober 2015 waarbij deze als aanbestedende overheid beslist om de opdracht ‘Exploitatie parking Grote Markt’ te gunnen aan de bvba Optimal Parking Control (‘Besteknr. 2015-02/LOG/exploitatie parking Grote Markt/JG-DB-VW-CQ’).”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 november 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 1 december 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Kloonen, 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.

De gunningscriteria worden als volgt in het toepasselijke bestek bepaald:

1. vergoedingsmechanisme en voorgestelde tariefstructuur en inspraak van de stad (50%)
2. dienstverlening – kwaliteitsvolle exploitatie parking (40%)
3. visie op de samenwerking op lange termijn met de stad (10%).

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 2 maart 2015. Het proces-verbaal vermeldt zeven 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.

Tegen die beslissing dient de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State.

3.5. Op 15 oktober 2015 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van voormeld besluit van 15 september 2015 bij arrest nr. 232.569.

Op 26 oktober 2015 besluit het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om zijn beslissing van 15 september 2015 in te trekken en neemt het een nieuwe gunningsbeslissing.

Dit is het thans bestreden besluit.

In voormeld besluit maakt de verwerende partij zich opnieuw het gunningsverslag eigen doch enkel met betrekking tot de gunningscriteria 1 en 3. Wat het tweede gunningscriterium “Dienstverlening en kwaliteitsvolle exploitatie parking” betreft, geeft zij de volgende nieuwe motivering:

“Wat gunningscriterium 2 ‘Dienstverlening en kwaliteitsvolle exploitatie parking’ betreft, meent het college dat het aangewezen is een meer globale visie uit te werken op dit criterium dan door de jury is gebeurd. De jury heeft het criterium benaderd vanuit een aantal relevante invalshoeken, maar dit neemt niet weg dat het aanbeveling verdient meer rekening te houden met de onderlinge verhouding van de verschillende offertes en hun sterktes en zwaktes. Nu het gunningsverslag omschreven kan worden als een advies aan de aanbestedende overheid, namelijk het college, kan dit orgaan op gemotiveerde wijze afwijken van dit advies.

Ter zake overweegt het college wat volgt:

NV Kortenbergse Busonderneming wil aanzienlijk investeren in de parking en stelt belangrijke investeringen voor inzake controle, veiligheid en comfort. Operationeel garandeert deze onderneming ook een hoge graad van permanentie van personeel die bijdraagt tot een meer persoonlijke en klant nabije dienstverlening. De offerte van KBO getuigt van een positieve visie ten aanzien van dit criterium, wat aanleiding geeft tot het verlenen van het maximum van de punten namelijk 40 op 40.

BVBA Optimal Parking Control neemt zich voor een relevante investering te doen in de parking, en dit zowel qua recurrent onderhoud als qua bijkomende diensten, al blijft zij ter zake op een iets lager niveau dan KBO. Wel biedt deze firma belangrijke bijkomende diensten aan, die de aantrekkelijkheid van de parking verhogen ten aanzien van het publiek en de parking een plaats geven in de stad als toeristisch en handelscentrum. Hoewel deze kandidaat minder scoort met betrekking tot de permanentie van zijn personeel in de parking, wordt dit deels gecompenseerd door een interventietermijn die gemiddeld tot bovengemiddeld kan heten. Om die reden wordt deze kandidaat voor dit criterium ex aequo als tweede gerangschikt en krijgt hij 36 punten op 40.

Ook Interparking wil relevante investeringen doen ter verbetering van de dienstverlening en de kwaliteitsvolle exploitatie, al lijken deze investeringen meer te passen in het normale onderhoud van een parking van deze omvang. Ook de bijkomende diensten die Interparking aanbiedt lijken nauwer aan te sluiten bij het functioneren van een grote aanbieder dan afgestemd te zijn op de concrete noden van deze parking. Anderzijds scoort deze kandidaat zeer goed op het terrein van onthaal en nabijheid van personeel. Om die redenen wordt Interparking ex aequo als tweede gerangschikt met 36 punten op 40.

Vinci Park engageert zich tot beperktere investeringen, die ook nauwer lijken aan te sluiten bij de standaardinvesteringen van deze onderneming dan dat zij afgestemd zijn op de noden van deze parking. De extra diensten zijn ook vrij generiek omschreven. Inzake persoonlijke en kwaliteitsvolle dienstverlening scoort Vinci gemiddeld, wat aanleiding geeft tot een rangschikking op de derde plaats met 32 punten op 40.

Het investeringsprogramma van Apcoa getuigt van weinig ambitie en past veeleer in de aanpassing van de parking aan de actuele technologie, aangevuld met standaard onderhoud. Ook de bijkomende dienstverlening die Apcoa voorstelt, is weliswaar positief te waarderen, maar niet bijzonder ambitieus. Het zelfde geldt voor de voorstellen met betrekking tot

permanentie en interventie, die als gemiddeld kunnen worden beschouwd. Daarom krijgt deze kandidaat de vierde plaats met 28 punten op 40. Besix Park voorziet weliswaar een omvangrijk investeringsprogramma, maar slaagt er niet geheel in dit programma te vertalen in concrete voordelen voor de gebruiker. Inzake persoonlijke dienstverlening en aanwezigheid van personeel scoort deze kandidaat gemiddeld tot laag. Om die reden wordt hij op dit criterium als vijfde gerangschikt, met 24 punten op 40.”

Bij aangetekende brief gedateerd 27 oktober 2015 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. De bvba Optimal Parking Control blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost 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. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, “doordat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium aanvankelijk subcriteria hanteerde die niet vooraf aan alle inschrijvers, minstens niet aan de verzoekende partij, werden meegedeeld, terwijl andere inschrijvers, minstens OPC, wel op de hoogte was van deze subcriteria waardoor OPC de kans had om haar BAFO aan deze subcriteria aan te passen”.

Toegelicht wordt dat de verzoekende partij en de tussenkomende partij geenszins op dezelfde manier omtrent de invulling van het tweede criterium “dienstverlening - kwaliteitsvolle exploitatie parking” werden geïnformeerd. Zij verwijst daartoe naar de e-mailberichten die door de verwerende partij op 4 mei 2015 aan haar respectievelijk aan de tussenkomende partij werden gestuurd. Uit een vergelijking daarvan blijkt dat deze niet “gelijkaardig” zijn: aan de verzoekende partij werd bijvoorbeeld geen “voorstel tot SLA” gevraagd. Deze informatie werd door de tussenkomende partij uiteraard gebruikt om een aangepaste BAFO te formuleren, met onder meer een voorstel tot SLA, wat een rechtstreekse invloed heeft op de beoordeling van het criterium “Dienstverlening – kwaliteitsvolle exploitatie parking”. Bijgevolg staat buiten kijf dat de

tussenkomende partij in staat was om een BAFO in te dienen die beter aansloot bij de wensen van de aanbestedende overheid.

De verzoekende partij betwist voorts dat de opmaak van een SLA standaard is in het kader van een dergelijke dienstverlening. Immers indien dit het geval zou zijn, was er geen enkele nood geweest om dit criterium nogmaals uitdrukkelijk op te leggen in het kader van de BAFO's, hetgeen de stad Sint-Niklaas blijkbaar tegenover minstens 5 van de 7 inschrijvers heeft gedaan maar niet ten aanzien van de verzoekende partij.

Volgens de verzoekende partij kan een “dergelijke onregelmatigheid [...] onmogelijk worden rechtgezet door een aangepaste motivering van het tweede gunningscriterium in de bestreden beslissing”.

Beoordeling

7. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Sint-Niklaas heeft op het eerste gezicht met het tweede gunningscriterium alvast een beoordeling verricht zonder gebruik te maken van subgunningscriteria.

8. Uit het beschrijvend gedeelte van het bestek volgt dat er investeringen worden verwacht, dat de interventietermijn moet worden vermeld bij gebrek aan permanentie en dat de aantrekkelijkheid van de parking – bijvoorbeeld door het leveren van bijkomende dienstverlening – moet worden verhoogd.

De verzoekende partij neemt aanstoot aan het feit dat haar bij e-mailbericht van 4 mei 2015 niet werd verzocht een voorstel voor een service level agreement te doen, terwijl zulks bij e-mailbericht van dezelfde datum wel werd gevraagd aan de gekozen inschrijver.

In de bestreden beslissing wordt, wat het gunningscriterium ‘dienstverlening – kwaliteitsvolle exploitatie parking’ betreft, echter geen rekening gehouden met het al dan niet voorstellen van een *service level agreement*.

De verzoekende partij lijkt dan ook niet aan te tonen op welke wijze voornoemd voorstel invloed heeft kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, en aldus tot een nietigverklaring aanleiding zou kunnen geven.

9. Het middel kan bijgevolg niet tot de gevraagde schorsing leiden.

B. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet ‘betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen’, artikel 4 en volgende 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’ en “de materiële motiveringsplicht, het vertrouwens-, het rechtzekerheids- en gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij meent dat “de beslissing van de aanbestedende overheid [...] in casu onvoldoende gemotiveerd [is] en evenmin het gunningsverslag dat door een niet nader genoemde ‘jury’ opgesteld werd ter voorbereiding van de beslissing, waarvan de aanbestedende overheid vervolgens uitdrukkelijk afwijkt, doch enkel wat betreft het tweede gunningscriterium” en deze “niet toe[laten] de juiste gronden van de uiteindelijke beslissing na te gaan”.

Zij licht dit vervolgens *in concreto* toe wat elk van de drie gunningscriteria betreft. Haar grieven ter zake zullen hierna per gunningscriterium worden uiteengezet en beoordeeld.

Betreffende het tweede gunningscriterium

Standpunt van de verzoekende partij

11. De verzoekende partij identificeert in het gunningsverslag bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium “Dienstverlening en kwaliteitsvolle exploitatie parking” vijf subcriteria die volgens haar voorafgaandelijk niet aan de inschrijvers werden meegedeeld: 1) investeringen, 2) interventietermijn, 3) permanentie, 4) extra service en 5) *service level agreement* en zij stelt vast dat ‘voor elk van de onderdelen de inschrijvers een plaats in een rangschikking [kregen] waarna de afzonderlijke rangschikkingen samengevoegd werden tot één definitieve rangschikking’. Na schorsing van de eerste gunningsbeslissing, stelt de verwerende partij in de thans bestreden beslissing op gemotiveerde wijze te willen afwijken van het advies van de jury, daar zij ‘het aangewezen acht een “meer globale visie” te hanteren wat dit criterium betreft’. Wat deze ‘globale visie’ dan wel moet inhouden, is voor de verzoekende partij echter onduidelijk. De verzoekende partij ziet niet in, minstens blijkt het niet uit de kwestieuze beslissingen, hoe de verwerende partij – op grond van hetzelfde dossier en dezelfde onderhandelingen – nu andere criteria, die eerder niet beoordeeld werden, in aanmerking kan nemen en zo ja, welke dat dan wel zijn. Dit knelt des te meer nu de verwerende partij aanvankelijk het oordeel van de jury is bijgevallen. Slechts na het schorsingsarrest besliste zij om af te wijken van het standpunt van de jury, wat getuigt van onbehoorlijk bestuur.

De verzoekende partij meent uit de motivering van de bestreden beslissing voor het betrokken gunningscriterium de volgende beoordelings-elementen te kunnen afleiden die thans werden meegenomen in de overweging van de aanbestedende overheid: investeringen inzake controle, veiligheid en comfort; hoge graad van permanentie en persoonlijke en klant nabije dienstverlening.

Zij merkt vervolgens hierover op dat, hoewel de tussenkomen de partij ‘bijzonder slecht’ scoort voor permanentie, zij erin slaagt om op grond van een ‘boven gemiddelde interventietermijn’ toch een tweede plaats te verkrijgen voor dit gunningscriterium, terwijl deze interventietermijn volgens het gunningsverslag niet hoger scoort dan deze van de verzoekende partij, KBO en

Besix Park en langer is dan deze van Interparking. Het is ‘bijzonder vreemd’ dat de verzoekende partij thans moet vernemen dat haar voorstellen met betrekking tot permanentie en interventie slechts als ‘gemiddeld’ kunnen worden beschouwd, terwijl de interventietijd van de tussenkomende partij, door de jury in het gunningsverslag destijds hetzelfde geëvalueerd als die van haar, ‘dan toch als ‘bovengemiddeld’ wordt beschouwd en in aanmerking wordt genomen om (deels) te compenseren voor de beperkte permanentiediensten (destijds door de jury gekwalificeerd als het minst kwalitatieve voorstel)’, terwijl de verzoekende partij een ‘ijzersterk voorstel’ deed wat de permanentie betreft.

Ook het beweerdelijk “weinig ambitieuze investeringsprogramma” en het “standaard onderhoud” lijken de verzoekende partij zwaar te worden aangerekend. Op grond van de summiere motivering blijkt evenwel niet waarom haar voorstellen zo weinig worden gewaardeerd. Tevens wordt op geen enkele wijze positief gedefinieerd welke extra services en investeringen de verwerende partij positief waardeert bij de andere inschrijvers. De verzoekende partij kan slechts vaststellen dat het ontbreken van een SLA haar zwaar wordt aangerekend op het vlak van investeringen, extra services en onderhoud. Zij herhaalt dat zij echter niet over de bijkomende informatie beschikte die andere inschrijvers wel mochten ontvangen met het oog op het indienen van hun BAFO. Deze bijkomende informatie was bovendien niet beperkt tot het aspect van de SLA.

De nieuwe ‘eigen al te vage globale motivering’ van het college van burgemeester en schepenen kan volgens de verzoekende partij een dergelijke onregelmatigheid niet rechtzetten en komt geenszins tegemoet aan de verzwaarde motiveringsplicht die rust op een overheid wanneer deze beslist af te wijken van een niet-bindend advies.

De bestreden beslissing geeft ten slotte ook geen enkele concrete verduidelijking waarom de voorstellen inzake investeringen en dienstverlening van – exemplarisch – Da Vinci Park beter zouden zijn dan deze aangeboden door de verzoekende partij en waarom die (hoger dan de verzoekende partij) moet worden gequoteerd met 32 punten.

Beoordeling

12. De loutere omstandigheid dat de verwerende partij, nadat zij werd geconfronteerd met een schorsing van de tenuitvoerlegging van haar beslissing van 15 september 2015 wegens het niet voldoen aan de vereiste motiveringsverplichting, die de verzoekende partij onder meer afleidde uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de bestreden beslissing heeft gesteund op een nieuwe beoordeling met het tweede gunningscriterium, lijkt niet te mogen worden gelijkgesteld met ‘onbehoorlijk bestuur’. Overigens was het de verzoekende partij zelf die in de eerste schorsingsprocedure, die aanleiding heeft gegeven tot het arrest nr. 232.569 van 15 oktober 2015, de beoordelingsmethode bij het tweede gunningscriterium bekritiseerde, waardoor het de verwerende partij niet ten kwade kan worden geduid dat zij een nieuwe beoordeling aan de hand van dat gunningscriterium verrichte. De vergelijkingen die de verzoekende partij in dat verband maakt met gegevens uit het gunningsverslag, zijn bijgevolg niet dienstig.

13. 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, 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.

14. De verzoekende partij bekritiseert de tweede plaats van de gekozen inschrijver op het gunningscriterium omdat hij ‘bijzonder slecht’ zou scoren voor permanentie. In de bestreden beslissing is echter te lezen dat hij hierop

een ‘minder’ resultaat behaalde, waardoor de inschatting van de verzoekende partij niet steunt op een correcte lezing en inschatting van de betrokken motivering.

Tevens vindt de verzoekende partij het ‘bijzonder vreemd’ dat haar voorstellen inzake permanentie en interventie slechts als ‘gemiddeld’ worden beschouwd. De enkele omstandigheid dat de verzoekende partij zich niet kan vinden in de gegeven formele motivering van de huidige bestreden beslissing, maakt die daarom echter niet onwettig. De verzoekende partij geeft ook aan niet te begrijpen waarom de tussenkomen partij een betere (sub)score (meer dan gemiddeld) krijgt dan die van haar (gemiddeld) wat “permanentie en interventie” betreft, terwijl zij nochtans een betere permanentie aanbiedt en de aangeboden interventietijd hetzelfde bedraagt. Zelfs indien dit element echter hetzelfde zou zijn beoordeeld, scoort haar offerte wat investeringen en bijkomende dienstverlening betreft zeer slecht, zodat dit element (permanentie en interventie), ook al wordt het bij beide inschrijvers even positief beoordeeld, geen invloed kan hebben op de draagwijdte van de bestreden beslissing.

Wat haar investeringsprogramma betreft, blijkt de verzoekende partij het gebrek aan formele motivering in te roepen, terwijl de bestreden beslissing echter op dat punt een afdoende verduidelijking lijkt te geven, namelijk betreffende het feit dat het investeringsprogramma van de verzoekende partij “veeleer [past] in de aanpassing van de parking aan de actuele technologie”. Tevens mag niet uit het oog worden verloren dat de beoordeling van het tweede gunningscriterium, wat de verzoekende partij betreft, nog is gesteund op andere elementen die worden veruitwendigd in de motivering, meer bepaald niet enkel het weinig ambitieuze karakter van het voorgestelde investeringsprogramma maar ook van de bijkomende dienstverlening, die mede aanleiding hebben gegeven tot een totaal van 28/40 voor de verzoekende partij op het tweede gunningscriterium.

Wat de kritiek in het verzoekschrift inzake de *service level agreement* betreft, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middel.

Betreffende het derde gunningscriterium

Standpunt van de verzoekende partij

15. De verzoekende partij bekritiseert ook de motivering van de beoordeling met betrekking tot het derde gunningscriterium, waarbij de verwe-rende partij opnieuw integraal naar het gunningsverslag van de jury verwijst. In het kader van dit gunningscriterium zouden volgens het gunningsverslag volgende aspecten beoordeeld zijn: de afstemming op het mobiliteitsplan van de stad, of rekening wordt gehouden met het integraal parkeerbeleid, in welke technologie wordt voorzien en hoe het overleg met de stad zal verlopen.

De verzoekende partij betoogt dat hoewel de bewoordingen enigszins verschillen tussen haar offerte en die van de tussenkomende partij, in concreto dient te worden vastgesteld dat inhoudelijk hetzelfde wordt aangeboden zodat een verschil in beoordeling niet te rechtvaardigen valt. Bovendien zijn de punten van haar BAFO die in de beoordeling van haar offerte met betrekking tot het derde gunningscriterium worden aangehaald, slechts een fragmentarische weergave van een meer globale visie die wordt uiteengezet in haar BAFO. De loutere, in het geval van de verzoekende partij zelfs onvolledige opsomming van de elementen die in de offertes van inschrijvers worden ontwikkeld, kan niet volstaan om te komen tot een voldoende gemotiveerde beslissing. De aanbestedende overheid creëert geen duidelijkheid omtrent de specifieke meerwaarde van de visie van de tussenkomende partij.

Beoordeling

16. In het gunningsverslag is inzake de BAFO van de verzoekende partij te lezen:

- “- Verhoogde samenwerking met de handelaars door uitbreiding systeem parkeercheques
- Overleg 4 maal per jaar indien enkel als exploitant Parking Grote Markt
- Voorstel tot partnership in het kader van straatparkeren (monitoring parkeerautomaten, opvolging uitgeschreven bonnen, uitbaten parkeershop in parking, inningen, interventie en herstellen van parkeerautomaten

(indien dit wordt toegepast verhoogt vergaderfrequentie naar 1 maal per maand)

- Voorstel tot samenwerking mobiliteitsAPP
- In het kader van partnership organiseren van evenementen en acties ter bevordering van lokale middenstand”.

Inzake de BAFO van de gekozen inschrijver is te lezen:

“- Voorziet qua rapportering en overleg operationele en financiële verslaggeving per kwartaal en per jaar

- Voorziet rentabiliseringsplan op lange termijn gekoppeld aan doelgroepen, diverse kanalen en acties met focus op middenstand en abonnees

- Geeft een duidelijke visie, opgesplitst in beginjaren (aantrekkelijkheid-bekendheid-uitstraling), middellange (moderne technologie en afstemmen on- en off-street parkeren) en lange termijn (technologie - openbaar vervoer - semi openbaar vervoer) hoe de parking specifiek kan worden afgestemd op het mobiliteitsplan van de stad en ingekaderd kan worden in een integraal parkeerbeleid

- Voorstel ter beschikking stellen van on-street expertise door het parkeerwachterslokaal om te bouwen tot een uitgeruste parkingshop voor het verstrekken van informatie en het behandelen van klachten

- Uitbouwen van synergiën tussen parking Stationsstraat en parking Grote Markt door unieke tarieven en uniek abonnement, voeren van gemeenschappelijke campagnes, voeren van promotionele acties in beide parkings en omzetting voor de stad”.

17. De verzoekende partij beweert dat zij “inhoudelijk hetzelfde” heeft aangeboden als de gekozen inschrijver. Nochtans beweert zij in het verzoekschrift niet dat bijvoorbeeld ook zij werkt met een onderscheid tussen beginjaren, middellange termijn en lange termijn in haar voorstel tot samenwerking in het kader van het mobiliteitsplan. Op het eerste gezicht wordt niet ingezien hoe ‘een voorstel tot mobiliteitsapp’ gelijk te stellen valt met een visie hoe de parking op korte, middellange en lange termijn specifiek kan worden afgestemd op het mobiliteitsplan van de stad en kan worden ingekaderd in een integraal parkeerbeleid. Ook is er in de BAFO van de verzoekende partij geen sprake van een rentabiliseringsplan. De bewering dat wat wordt aangeboden door de verzoekende partij inhoudelijk strookt met hetgeen wordt aangeboden door de gekozen inschrijver, lijkt bijgevolg feitelijke grondslag te missen.

18. De loutere omstandigheid ten slotte dat in het gunningsverslag geen melding wordt gemaakt van elementen die volgens de verwerende partij blijkbaar niet noemenswaardig zijn voor de betrokken opdracht, zoals het feit dat de verzoekende partij reeds contact heeft opgenomen met een softwareleverancier voor de mobiliteitsapplicatie en dat in geval van sneeuwval in Sint-Niklaas buurtbewoners van de parking hun voertuig 's nachts vrij van sneeuw kunnen stallen via een speciaal winterabonnement, neemt niet weg dat uit het gunningsverslag lijkt te mogen worden afgeleid wat de verwerende partij waardeert in de BAFO's van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver, alsook welke de redenen zijn waarom de verwerende partij de visie van de gekozen inschrijver hoger waardeert dan die van de verzoekende partij. Deze motivering, waaruit blijkt waarom de verwerende partij de ene boven de andere verkiest, lijkt afdoende.

Betreffende het eerste gunningscriterium

Standpunt van de verzoekende partij

19. Wat het eerste gunningscriterium "Vergoedingsmechanisme en voorgestelde tariefstructuur" betreft, betoogt de verzoekende partij dat het voor haar op grond van de bestreden beslissing niet mogelijk is om na te gaan of de toekenning van de punten correct verlopen is. Zij trekt ernstig in twijfel of de tussenkomende partij werkelijk op de tweede plaats zou zijn gerangschikt voor dit criterium. Een en ander lijkt in elk geval niet correct. Zo blijkt dat wanneer abstractie wordt gemaakt van de variabele vergoeding en wanneer ook geen rekening wordt gehouden met de "korting" die de tussenkomende partij zou verlenen op de uitbating van de parking Stationsplein, waarmee in de bestreden beslissing 'kennelijk' wel is rekening gehouden, zou de verzoekende partij de hoogste score moeten zijn toegekend voor dit criterium.

De verzoekende partij meent tevens dat het essentieel is dat de verwerende partij hieromtrent meer informatie diende te verschaffen. Zij kan immers onmogelijk zelf de nodige berekeningen uitvoeren om het verschil in de vergoedingen en hun waardering tussen de verschillende inschrijvers te kunnen verklaren.

Beoordeling

20. In het bestek wordt melding gemaakt van de berekeningswijze voor het eerste gunningscriterium:

“gunningscriterium 1 zal worden geëvalueerd op basis van de regel van 3 met vergelijkbare tarieven, waarbij de gunstigste bieding de maximum score krijgt en de overige inschrijvers een score in verhouding”.

Het gunningsverslag verduidelijkt:

“Door de inschrijvers werden een vaste vergoeding en/of variabele vergoeding (een percentage als de omzet boven een bepaald bedrag komt) voorgesteld.

Voor de vaststelling van de rangschikking werden volgende principes toegepast:

- Op basis van de omzet van alle inschrijvingen werd een gemiddelde omzet per jaar bepaald.

- Voor het bepalen van de variabele vergoeding per jaar werd het voorstel van vergoeding van elk van de inschrijvers gebaseerd op deze gemiddelde omzet per jaar.

Bv. indien de gemiddelde omzet 500 bedraagt, de omzet van de inschrijver bedraagt 480 en het voorstel is 80 % op de omzet hoger dan 400, dan bedraagt de variabele vergoeding $(500 - 400) \times 80\% = 80$, en niet $(480 - 400) \times 80\% = 64$.

Door de gemiddelde omzet te gebruiken kon een evenwaardige vergelijking gemaakt worden.

- De variabele vergoeding over 10 jaar, berekend op de wijze zoals hiervoor bepaald, en de vaste vergoeding over 10 jaar, op basis van de inschrijving, werden samengeteld.

Dat gaf volgende resultaten: (cijfers in duizendtallen)

Naam	Vaste vergoeding	Variabele vergoeding	Totale vergoeding
O.P.C.	3.502,75	0,00	3.502,75
APCOA	3.394,41	0,72	3.395,13
[...]			

De rangschikking is gebeurd op basis van de hoogte van de vergoeding en de puntenverdeling op basis van de regel van drie, conform artikel 12.3.2 van het lastenboek:

Naam	Vergoeding	Punten
O.P.C.	3.502,75	50,00
APCOA	3.395,13	48,46
[...].		

In de bestreden beslissing worden de voorwaarden waartegen wordt gegund opgenomen:

- “- de vaste vergoeding stijgt jaarlijks, van 315.000 EUR in jaar 1 tot 400.000 EUR in jaar 10;
- de variabele vergoeding wijzigt van 60 % tot 61.50 %. Dit percentage wordt toegepast op de volledige omzet tot 575.000 EUR; indien hoger dan de vaste vergoeding, wordt het surplus toegekend aan de stad; indien lager, heeft het geen negatieve impact op de vaste vergoeding;
- het percentage voor de variabele vergoeding boven een omzet van 575.000 EUR is 80 %;
- het realiseren van de voorgestelde investeringen;
- het aandeel in de omzet parking Stationsplein wijzigt van 20 % op omzet boven 150.000 EUR tot 10 % op de volledige omzet”.

21. De verzoekende partij betoogt inzake voormelde berekening dat “[e]en en ander [...] hic et nunc in elk geval niet correct” lijkt en zij stelt ter zake:

“Abstractie makend van de variabele vergoeding, zou dit dus betekenen dat aan verzoekster 50 punten moet worden toegekend (en dit werd door de overheid in het verleden niet betwist) terwijl aan OPC hoogstens 44,50 kunnen worden toegekend”.

22. De verzoekende partij heeft in haar inleidend verzoekschrift voorts cijfermatige hypothesen betreffende de betrokken vergoedingen uitgewerkt die in de nota van de verwerende partij slechts op zeer algemene wijze worden tegengesproken, onder verwijzing naar vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens eigen aan de offertes van de inschrijvers. Het zou dus van de Raad van State worden verwacht dat hij zelf berekeningen verricht vanuit stukken. Daartoe heeft hij echter niet de tijd of zelfs de expertise, gelet op de wens van de wetgever om zaken zoals de onderhavige enkel met een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te doen behandelen, waarbij de Raad van State snel tot een uitspraak moet komen. Vandaar dat deze zich hierna moet beperken tot enkele summiere vaststellingen.

Op het eerste gunningscriterium hebben de verzoekende partij en de gekozen inschrijver respectievelijk 48,46/50 en 50/50 behaald. Als eindscore verkregen zij respectievelijk 80,46/100 en 96/100.

Indien de berekening opgenomen in het verzoekschrift wordt gevolgd en abstractie wordt gemaakt van de variabele vergoeding, dan zou de eindscore worden aangepast naar 82/100 voor de verzoekende partij en 90,5/100 voor de gekozen inschrijver. De kritiek op het vergoedingsmechanisme en de vooropgestelde tariefstructuur kan bijgevolg *prima facie*, gelet op de voorgaande beoordeling inzake de overige gunningscriteria en het eerste middel, niet leiden tot een wijziging van de eindrangschikking, waardoor de verzoekende partij het vereiste belang bij de grief lijkt te ontberen.

23. De verzoekende partij stelt ten slotte dat zij geen inzage heeft gekregen in de BAFO van de gekozen inschrijver en nog steeds in de onmogelijkheid verkeert om zelf een vergelijking van de offertes te maken.

In het kader van de onderhavige procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, lijkt niet te zijn aangetoond dat het vergoedingsmechanisme en de tariefstructuur in de offerte van de gekozen inschrijver dermate als niet vertrouwelijk is aan te merken dat deze door de verwerende partij mocht worden meegedeeld aan de verzoekende partij.

Conclusie nopens het derde middel

24. Uit het voorgaande blijkt dat de verwerende partij de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen niet lijkt te hebben geschonden.

Het middel is niet ernstig.

C. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

25. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan “van het transparantiebeginsel en gelijkheidsbeginsel – ‘patere legem quam ipse fecisti’ – niet conforme offerte OPC”.

Zij licht toe dat aan de tussenkomende partij bij e-mailbericht van 4 mei 2015 werd verzocht “om een voorstel in te dienen waarbij de huidige bezettingsgraad (lees: permanentie personeel) werd gehandhaafd”, doch dat uit het gunningsverslag kan worden afgeleid dat zij hieraan geen gevolg verleende nu zij door de jury slechts als vijfde werd gerangschikt, dit is na de verzoekende partij “die wel conform aanbod (lees: hetzelfde niveau van de bestaande permanentie aanbod)” en als derde werd gerangschikt. Hieruit volgt dat de tussenkomende partij een lagere permanentie aanbod en dus niet conform aanbod. Voor zover bekend, kan de tussenkomende partij bovendien onmogelijk voldoen aan het criterium van het “permanent toezicht 24/24 uur gedurende 7/7 dagen” nu zij niet over een permanent bemande controlekamer beschikt – zulks in tegenstelling tot de verzoekende partij – noch een permanent ter beschikking staand interventieteam. Bijgevolg kon de tussenkomende partij goedkoper aanbieden door niet conform aan te bieden zodat haar offerte diende te worden geweerd.

Voorts verwijt de verzoekende partij de verwerende partij dat deze na het indienen van de BAFO door de tussenkomende partij nog onderhandelingen met laatstgenoemde heeft gevoerd die hebben geleid tot de “wijziging” van het aandeel in de parking Stationsplein. Bijkomende onderhandelingen na de indiening van de BAFO’s is echter op grond van het bestek uitgesloten.

Beoordeling

26. In het bestek in het beschrijvend gedeelte is onder “artikel 3: bestemming en inrichting” te lezen:

“De exploitant zal het nodige doen om een goede werking, permanent toezicht 24/24 uur gedurende 7/7 dagen, en onderhoud te verzekeren. Inzake toezicht gaat de voorkeur uit naar de permanente aanwezigheid van personeel.”

De verzoekende partij gaat er in het verzoekschrift vanuit dat de gekozen inschrijver niet heeft voldaan aan het criterium “permanent toezicht 24/24 uur gedurende 7/7 dagen”, waardoor zijn BAFO, waarin niet is voorzien in

een permanent bemande controlekamer, niet conform is en dus moet worden geweerd.

De bewering van de verzoekende partij is gesteund op de gelijkstelling van “permanent toezicht 24/24 uur gedurende 7/7 dagen” met permanente aanwezigheid van personeel. Uit het bestek blijkt echter dat “permanent toezicht 24/24 uur gedurende 7/7 dagen” wordt gevraagd, met een “voorkeur” voor permanente aanwezigheid van personeel. De veronderstelling van de verzoekende partij kan bijgevolg niet worden bijgevalen.

27. In het verzoekschrift wordt voorts betoogd:

“De handelswijze van de overheid is problematisch te noemen daar het bestek voorziet in een eenmalige mogelijkheid voor alle regelmatige inschrijvers om de offertes aan te passen naar aanleiding van de opmerkingen op hun presentatie en na een eerste onderhandelingsronde. Enige verdere onderhandelingen na indiening van de BAFO's lijken op basis van het bestek uitgesloten.”

Hierbij bekritiseert de verzoekende partij de mogelijkheid die werd geboden om een tweede BAFO in te dienen.

Nochtans is in haar brief van 21 augustus 2015 te lezen:

“Volgend op uw e-mail van 13 augustus, hebben wij het genoegen om onze BAFO van 26 mei ll. bij te sturen [...]”

De verzoekende partij heeft zelf gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een tweede BAFO in te dienen, waardoor zij geenszins haar belang bij de grief dat dergelijke mogelijkheid aan de tussenkomen de partij werd geboden, aannemelijk maakt.

28. De schending van de in het middel ingeroepen beginselen is niet aangetoond.

Het middel is niet ernstig.

D. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

29. De verzoekende partij doet in essentie dezelfde kritiek gelden op de beoordeling met het eerste gunningscriterium “Vergoedingsmechanisme en de voorgestelde tariefstructuur” – met betrekking tot de wijziging door de tussenkomende partij van de vergoedingsregeling van de parking Stationsplein – als deze in het hiervoor reeds besproken derde middel. In het verzoekschrift argumenteert zij:

“De Stad Sint-Niklaas kan evenwel niet gevolgd worden in haar redenering dat zelfs indien geen rekening zou worden gehouden met het criterium ‘parking Stationsplein’ de eindvolgorde niet zou gewijzigd worden. Immers zou [...] verzoekster ook op vlak van dienstverlening en visie op de samenwerking op lange termijn met de stad op niet correcte wijze beoordeeld zijn. [...] Uit de bestreden beslissing blijkt hoegenaamd niet hoe het cijfer tot stand kwam, gelet op de variabele en wijzigende vergoeding in de loop van de concessie, verschillende variabele vergoedingen, enz... (zie infra).”

Beoordeling

30. Uit de reeds gemaakte beoordeling van de overige middelen is gebleken dat de grieven betreffende de gunningscriteria “dienstverlening en de visie op de samenwerking op lange termijn” niet worden bijgevallen. Tevens verwijst de verzoekende partij in de toelichting bij het middel, wat de variabele en wijzigende vergoeding betreft, naar het derde middel dat hiervoor evenmin werd aanvaard.

In die omstandigheden lijkt de aangevoerde onregelmatigheid geen invloed te kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing. Zelfs indien geen rekening wordt gehouden met de in het middel besproken “nieuwe criterium stationsplein”, lijkt er immers geen wijziging van de eindrangschikking uit te kunnen voortvloeien.

31. Het middel wordt niet aanvaard.

VII. Besluit

32. Er blijkt geen ontvankelijk middel voorhanden waarvan het ernstig karakter is aangetoond. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

33. 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 gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro 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. Het verzoek van de bvba Optimal Parking Control tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 december 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