

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.722 van 21 maart 2017
in de zaak A. 221.567/XII-8323**

In zake: de VZW MAX MOBIEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE
SPOORWEGEN (NMBS), nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV APCOA PARKING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Clonen en Flora Wauters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Fruithoflaan 124 bus 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- de beslissing van de NMBS, van ongekende datum, om perceel 20 (fietspunt Gent St Pieters) van de ‘opdracht van diensten voor prestaties inzake de uitbating van een fietspunt’ (Bestek B-PI.014

Nr. C9B/0000291880) te gunnen aan de n.v. Apcoa Parking voor een bedrag van 432.000 Euro;

- de minstens impliciete beslissing, begrepen in voormelde beslissing, om perceel 20 (fietspunt Gent St Pieters) van de ‘opdracht van diensten voor prestaties inzake de uitbating van een fietspunt’ (Bestek B-PI.014 Nr. C9B/0000291880) niet te gunnen aan [de vzw Max Mobiel].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 maart 2017 heeft de nv Apcoa Parking Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 maart 2017, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat John Devers, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Flora Wauters en Koen Clonen, die verschijnen 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor aanneming van “diensten van prestaties inzake de uitbating van een fietspunt”. De

gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Het bestek B-PI.014 nr. C9B/0000291880 is van toepassing. Wat het voorwerp van de opdracht betreft wordt vermeld:

“Opdracht van diensten betreffende de uitbating van een fietspunt. De opdracht omvat het uitvoeren van een aantal taken in opdracht van de NMBS, in overeenstemming met de bepalingen van dit bestek en de technische specificaties in Bij C.

Conform art. 35 van de Wet, kan de aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze. [...]

De opdracht bestaat uit het uitvoeren van een aantal taken. Deze taken zijn:

1. Het houden van een permanentie in de stationsomgeving en toezicht in de tweewielersparking;
2. Het schoonmaken van de tweewielersparking;
3. Het streven naar orde in de stationsomgeving met betrekking tot de tweewielers;
4. Het opruimen van weesfietsen in de stationsomgeving.

De opdracht is onderverdeeld in 36 percelen, conform het aantal fietspunten. Voor deze opdracht zullen de 36 percelen opgedeeld zijn in 2 types, namelijk type A en type B, afhankelijk van het aantal fietsplaatsen. Fietspunt type A is een fietspunt in een stationsomgeving met meer dan 1.000 fietsplaatsen. Type B is het geval wanneer er sprake is van minder dan 1.000 fietsplaatsen. [...]

De opdracht omvat 36 percelen; wat het perceel 20 – station Gent-Sint-Pieters – betreft, is de verzoekende partij de actuele opdrachtnemer.

In de aankondiging van de opdracht worden de volgende eisen inzake vakbekwaamheid vermeld:

“De kandidaat verschaft in zijn aanvraag tot deelneming de volgende inlichtingen:

- tenminste 1 relevante referentie betreffende publieke dienstverlening tijdens de laatste 3 jaar. Daartoe verstrekt de kandidaat de volgende gegevens:

- Beschrijving van het referentieproject
- Periode dienstverlening
- Contactpersoon, telefoonnummer en adres van de opdrachtgever

• tenminste 1 relevante referentie betreffende fietsgerelateerde activiteiten.
Onder fietsgerelateerde activiteiten wordt begrepen:

- Fietsherstel
- Fietsverhuur
- Dienstverlening naar fietstoeristen

Daartoe verstrekt de kandidaat de volgende gegevens:

- Beschrijving van het referentieproject
- Periode dienstverlening
- Contactpersoon, telefoonnummer en adres van de opdrachtgever indien deze activiteiten uitgevoerd werden in opdracht van een organisatie vreemd aan de eigen organisatie.”

In het bestek worden de volgende gunningscriteria vermeld: prijs op 50 punten, basistaak 1 “openingstijden/permanentietijd” op 20 punten, “werkorganisatie + bijkomende diensten aan de reizigers” op 20 punten en “sociaal-ethische aspecten van de dienstverlening” op 10 punten. Ze worden in het bestek als volgt omschreven:

“Prijs: De kandidaat geeft de prijs excl. btw voor alle posten in de inventaris (zie Bij. A) per perceel.

Basistaak 1: openingsuren/permanentietijd: De kandidaat geeft zijn aantal uren per dag op.

Werkorganisatie + bijkomende diensten aan de reizigers: De kandidaat geeft een gedetailleerde beschrijving van zijn producten en diensten die hij of zij in het fietspunt wenst aan te bieden, hoe de prestaties zullen gemeten en gerapporteerd worden en welke publicitaire –en andere inspanningen de kandidaat zal doen met betrekking tot het bekendmaken en stimuleren van de samenwerkingsprojecten (zoals Blue - Bike) en het gebruik van de fiets als vervoersmiddel naar het station. De kandidaat bundelt al deze informatie in een werkplan. Daarnaast kan de dienstverlener bijkomende diensten verlenen aan de reizigers. De kandidaat maakt desgewenst een overzicht van deze bijkomende diensten.

Sociaal - ethische aspecten van de dienstverlening: De kandidaat dient aan te geven in welke mate de uitvoering van de opdracht sociaal - ethische aspecten vertoont. Met sociaal-ethische aspecten wordt onder meer bedoeld aspecten inzake legale tewerkstelling, werkomstandigheden, bescherming mensenrechten, non-discriminatie, aspecten inzake werkloosheidsbestrijding of de strijd inzake sociale uitsluiting. Ook de tewerkstelling van minstens één van volgende doelgroepen wordt gevalideerd: personen met een arbeidshandicap, personen uit het deeltijds onderwijs, personen met geen hoger diploma dan het middelbaar onderwijs en personen die een stage lopen in het kader van werkplekleren. Tenslotte

wordt ook het vallen onder of samenwerken met een onderneming onder de categorie ‘sociale economie onderneming’ gevalideerd.”

Inzake de methodiek die bij de gunningscriteria wordt gehanteerd, wordt in het bestek vermeld:

“• Cijfer toegekend aan het criterium ‘prijs’ volgens de hieronder vermelde weging:

De gemiddelde prijs is alleen berekend op basis van de regelmatige ‘geselecteerde’ offertes per perceel. Het indienen van gunstige prijsvoorwaarden kan aldus bonuspunten opleveren. Enkel inschrijvingen die voor criterium 2, 3 en 4 samen minimum 30/50 behalen worden meegenomen voor verdere prijsevaluatie.

Elke offerte krijgt een waarde die gelijk is aan het resultaat van de volgende formule:

$$\text{Prijs} = 50\% - 100\% \times \frac{(\text{Prijs-gemiddelde prijs})}{\text{gemiddelde prijs}}$$

- Cijfer toegekend aan criterium ‘basistaak 1: openingsuren/permanentietijd per dag volgens de hieronder vermelde vorken: [...]
- Cijfer toegekend aan criterium ‘werkorganisatie + bijkomende diensten aan de reizigers’.

De 20 punten voor dit criterium worden als volgt verdeeld:

- a) De wijze van meten en rapporteren van de prestaties (5 punten).
 - b) De publicitaire en andere inspanningen met betrekking tot het bekendmaken en stimuleren van de samenwerkingsprojecten (zoals Blue-bike) en het gebruik van de fiets als middel van voortransport naar het station (5 punten)
 - c) Producten en diensten die door de dienstverlener aangeboden worden, bovenop de basistaken en die een meerwaarde betekenen t.o.v. de treinreizigers en/of het station als mobiliteitsknooppunt. Deze producten en diensten dienen aangeboden te worden binnen een tijdspanne van 6 maanden na aanvangsdatum van de overeenkomst. (10 punten).
- Cijfer toegekend aan criterium ‘sociaal-ethische aspecten van de dienstverlening’

Alle offertes krijgen een individuele appreciatie die de som bevat van de juryscores, herleid tot het gewicht van het criterium (10%). Er wordt op dossier nagegaan in hoeverre alle sociaal-ethische aspecten nageleefd worden (referentiekader: nationale wetgeving).”

3.3. Er dienen 19 kandidaten een aanvraag tot deelneming in. Voor de percelen 19 en 20 stellen de verzoekende partij en de tussenkomende partij, die overigens voor alle 36 percelen kandideert, zich kandidaat.

3.4. De verwerende partij stelt een “rapport selectie firma’s” en een “evaluatietafel aanvraag tot deelnames opdracht C9B/0000291880” op. Alle 19 kandidaten worden geselecteerd en op 25 april 2016 wordt hun het bestek toegestuurd.

3.5. De uiterste datum voor het indienen van een offerte is 27 mei 2016.

3.6. Op 13 juli 2016 vindt een vergadering voor de inschrijvers plaats waarop de aanwezigen worden geïnformeerd dat de offerteprijzen boven de raming van de verwerende partij zitten en waarop zij worden uitgenodigd om een BAFO in te dienen waarin met de beperkte budgettaire mogelijkheden van de verwerende partij rekening wordt gehouden. Deze informatie werd met een e-mailbericht van 4 augustus 2016 aan alle inschrijvers bevestigd, waarna ze formeel worden uitgenodigd een BAFO-offerte tegen 10 augustus 2016 in te dienen, later verlengd naar 18 augustus 2016.

3.7. De verwerende partij ontvangt 17 BAFO’s; de verzoekende partij en de tussenkomen partij dienen een offerte in voor perceel 20.

3.8. Alle offertes lijken door de verwerende partij in overeenstemming te worden geacht met de eisen inzake selectie en regelmatigheid. In de gunningsbeslissing wordt vermeld:

“2.1 Conformiteit

Alle offertes zijn administratief conform bevonden.”

Inzake de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria wordt in de gunningsbeslissing vermeld:

“a) Prijs:

Max Mobiel vzw jaarlijks 177.900 euro excl btw

Apcoa jaarlijks 110.650 euro excl btw

Gemiddelde prijs 144.275 euro.

Punten:

26,69 voor Max Mobiel vzw

73,31 voor Apcoa

b) Openingsuren:

Max Mobiel vzw: meer dan 12 uren per dag (20 punten)

Apcoa: 15 uren per dag (20 punten)

c) Werkorganisatie + bijkomende diensten aan de reizigers:

- Wijze van meten en rapportage van prestaties

Max Mobiel vzw:

Meten en rapporteren volgens de beschrijving van het bestek en bijkomende opvolging verschillend van het bestek (5 punten)

Apcoa:

permanent telefonische bereikbaarheid, dagelijks toezichtrondes (gemiddeld 2 per dag voor type A en 1 voor type B), gebruik dagboek der prestaties, gestandaardiseerde rapporten, (5 punten)

- (publicitaire) Inspanningen:

Max Mobiel vzw:

Momenteel al actief in samenwerkingsprojecten en engagement om dit te blijven doen (5 punten)

Apcoa:

engagement tot ondersteuning van Blue Bike project, fietsopleidingen, fietsgraveersessies, samenwerking lokale afdeling fietsersbond (4 punten)

- Extra producten en diensten:

Max Mobiel vzw:

Momenteel al actief te Gent met de diensten ruimer dan in bestek bijlage E. Deze diensten worden binnen de nieuwe opdracht opnieuw uitgevoerd (10 punten)

Apcoa:

Oplijsting van mogelijk aanbod aan extra fietsgerelateerde activiteiten. Nog niet concreet toegelicht per locatie welke activiteiten ze effectief zullen uitbouwen waardoor nog geen engagement aanwezig is met betrekking tot de diensten die effectief zullen aangeboden worden (5 punten)

d) Sociaal ethische aspecten:

Max Mobiel vzw:

Erkend lokale diensten economie project

Erkenning SINE onderneming

Begeleiden en opleiden doelgroepmedewerkers (10 punten)

Apcoa:

Aanbieden van functionele functies aan mensen uit kansengroepen

Gebonden aan diversiteitsverklaring

Werken met een jobkanaal

Voornemen om werknemers huidig fietspunt over te nemen (7 punten)

Samengevat perceel 20

inschrijver	prijs	uren	werkorga	soc-eth	totaal
Max Mobiel	26,69	20	20	10	76,69
Apcoa	73,31	20	14	7	114,31

”

Na het indienen van de BAFO's is het finale resultaat gunningscriterium prijs voor perceel 20:

“

Inschrijver	Max Mobiel	Apcoa	gemiddelde prijs
prijs vóór BAFO	177.900 euro	110.650 euro	144.275 euro
punten vóór BAFO	26,69	73,31	
prijs na BAFO	152.722 euro	108.000 euro	130.361 euro
punten na BAFO	32,85	67,15	

Samengevat voor Perceel 20 na BAFO:

inschrijver	prijs	uren	werkorga	soc-eth	totaal
Max Mobiel	32,85	20	20	10	82,85
Apcoa	67,15	20	14	7	108,15

”

Er wordt voorgesteld perceel 20 te gunnen aan Apcoa voor een bedrag van 108.000 euro x 4 jaar = 432.000 euro.

3.9. Op 7 februari 2017 wordt de opdracht voor perceel 20 gegund aan de nv Apcoa.

IV. Tussenkomst

4. De nv Apcoa Parking Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst 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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 26, § 3, van de wet 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 4, 5°, en 5, 6°, 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’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de artikelen 72, 70 en 107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, van de materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheids-

en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van de opdrachtdocumenten.

In haar toelichting laat de verzoekende partij gelden dat de opdrachtdocumenten wat de voorwaarden voor deelneming, vakbekwaamheid, betreft, vereisen dat geïnteresseerden bij hun aanvraag tot deelneming twee referenties voegen “waaronder tenminste één (1) relevante referentie betreffende fietsgerelateerde activiteiten” waarbij wordt verduidelijkt dat dit gaat om fietsherstel, fietsverhuur en dienstverlening naar fietstoeristen.

De verzoekende partij stelt dergelijke referentie te hebben gevoegd bij haar kandidatuur. Uit de gunningsbeslissing – de zinsnede dat alle offertes administratief conform zijn – lijkt volgens de verzoekende partij voort te vloeien dat Apcoa ook dergelijke referentie heeft voorgelegd. De verzoekende partij betwijfelt echter of Apcoa, volgens haar in essentie een parkeerbedrijf, dit wel heeft gedaan. Apcoa heeft volgens de verzoekende partij slechts ervaring met de uitbating van één enkele fietsparking, namelijk deze onder het Rector De Somerplein te Leuven en “voor zover verzoekende partij kan oordelen beperkt deze uitbating zich tot een strikte uitbating van een parking voor fietsen, zonder dat daarbij fietsgerelateerde activiteiten zoals fietsherstel, fietsverhuur en dienstverlening aan fietstoeristen worden aangeboden”. Dit is dan ook geen aanvaardbare referentie.

“In ieder geval kan verzoekende partij”, zo vervolgt zij, “uit de bewoordingen van de ‘gemotiveerde gunningsbeslissing’ de juridische en feitelijke overwegingen die ten grondslag liggen aan de selectie van Apcoa niet afleiden.” De motivering is niet afdoende.

Beoordeling

7. Uit het “rapport selectie van de firma’s”, stuk bijgebracht in het administratief dossier, blijkt dat de verwerende partij de offerte van de tussenkomenende partij heeft onderzocht wat de bedoelde referentie betreft, en hierbij de aantekening “OK” heeft gemaakt. Op het eerste gezicht lijkt dit een

voldoende formele motivering. Daar lijkt de verzoekende partij ter terechtzitting ook mee in te stemmen.

8. Wat de kritiek ten gronde betreft, wordt vastgesteld dat in de aanvraag tot deelneming van de tussenkomenende partij een referentie wordt voorgelegd van fietsgerelateerde activiteiten, te weten het beheer, onderhoud en verlenen van diensten in het kader van de uitbating van de fietsparking op het Rector De Somerplein te Leuven. In de offerte wordt verduidelijkt dat de fietsgerelateerde activiteiten zijn: laadpunten voor elektrische fietsen, lockers en een fietshersteldienst.

Het middel dat uitgaat van de veronderstelling dat de uitbating van de fietsparking op het Rector de Somerplein is beperkt “tot een strikte uitbating van een parking voor fietsen” zonder fietsgerelateerde activiteiten, lijkt bijgevolg feitelijke grondslag te missen.

9. Ter terechtzitting laat de verzoekende partij gelden dat de in de aankondiging opgenomen referentie alle, minstens meer dan één, van de erbij vermelde fietsgerelateerde activiteiten – fietsherstel, fietsverhuur en dienstverlening naar fietstoeristen – moet omvatten terwijl de tussenkomenende partij er slechts één aanbiedt, namelijk een fietshersteldienst.

Dit lijkt echter een nieuwe, fundamentele wending van het oorspronkelijk aangevoerde middel en is dus niet ontvankelijk; de verzoekende partij lijkt immers in staat te zijn geweest de door de tussenkomenende partij aangeboden fietsgerelateerde activiteiten te hebben kunnen kennen, onder meer door raadpleging van de website van de lokale politie van Leuven zoals uit stuk 12 van het administratief dossier blijkt.

Overigens mag hier ook worden opgemerkt dat op het eerste gezicht uit de offerte van de verzoekende partij niet blijkt dat haar hier voorgelegde referentie alle voormelde drie fietsgerelateerde activiteiten omvat.

Het voorgaande lijkt te volstaan om het middel niet ernstig te bevinden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 26, § 3, van de voornoemde wet van 15 juni 2006, van artikel 5, 8°, van de voornoemde wet van 17 juni 2013, van de artikelen 2 en 3 van de voornoemde wet van 29 juli 1991, van de artikelen 21, § 1, en 107 van het voornoemde koninklijk besluit, van de materiële motiveringsplicht en van het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij doet gelden dat de BAFO-prijs van de tussenkomende partij 30% lager ligt dan die van haar en dat zij als huidige uitbater van het fietspunt Gent-Sint-Pieters vergoed wordt volgens haar overeenkomst van 2013, die voortvloeit uit de gevoerde onderhandelingsprocedure van de overheidsopdracht van eertijds, namelijk met 110.000 euro per jaar, dit is het forfaitaire bedrag dat de verwerende partij bood voor fietspunten tussen de 6.000 en 7.000 fietsplaatsen. Zij merkt op dat deze vergoeding “nauwelijks en niet kostendekkend is”. “Alleen al de loonkost om te voorzien in de permanentie en de kuisploegen put de toegekende forfaitaire vergoeding zo goed als uit.” Thans heeft de verzoekende partij een bod gedaan “in overeenstemming [...] met de realiteit”.

Hierbij moet ook worden bedacht, zo vervolgt de verzoekende partij, dat het takenpakket binnen de nieuwe opdracht werd uitgebreid ten opzichte van de vorige. Zij geeft hierbij een aantal voorbeelden van bijkomende opdrachten. Een raming die zou steunen op de actuele prijs, die door de verwerende partij forfaitair was opgelegd en niet het gevolg was van een vrije marktbevraging, kan aldus geen nuttig aanknopingspunt zijn om de prijs van de tussenkomende partij regelmatig te achten.

Vanuit die vaststellingen is het niet onderzoeken van de prijs van de tussenkomende partij niet zorgvuldig en in strijd met artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 dat een prijsonderzoek oplegt aan de

aanbestedende overheid en met het gelijkheidsbeginsel. Minstens is de formelemotiveringsplicht geschonden.

Beoordeling

11. Krachtens artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ dat te dezen toepassing vindt, onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. De verwerende partij beschikt als aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten. Dit moet gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting. De Raad van State mag zijn oordeel hieromtrent niet in de plaats stellen van de overheid.

12. Te dezen zijn er slechts twee inschrijvers voor perceel 20; dit lijkt in beginsel geen evident uitgangspunt om de ene of de andere offerte als behept met een abnormale prijs te bestempelen. Voorts lijkt de schaalgrootte van de beide inschrijvers dermate verschillend dat de schaalvoordelen ten aanzien van bepaalde aspecten zoals permanentie, zoals die blijken uit de offerte van de tussenkomende partij, vrij apert lijken.

Bovendien blijkt uit de door de verwerende partij vertrouwelijk neergelegde stukken dat zij wel degelijk een vergelijking met de raming van de aangeboden prijzen heeft gemaakt. Bij de beoordeling van het abnormaal karakter van de prijzen lijkt de raming in beginsel een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven te vormen, te meer nu blijkt dat de raming niet enkel is gesteund op de prijs van de vorige opdracht maar is aangepast aan de nieuwe opdracht; het bedrag van de raming situeert zich tussen de beide offertebedragen in. Het gegeven dat de verzoekende partij de huidige uitbater is van het fietspunt, laat ook niet toe te oordelen dat enig prijsverschil zomaar zou aantonen dat de verwerende partij ervan moest uitgaan dat de prijs aangeboden door de gekozen inschrijver abnormaal is.

13. Slotsom is dan ook dat niet lijkt te zijn aangetoond dat de verwerende partij geen aandacht voor een prijsonderzoek zou hebben gehad noch

dat een doorgedreven prijsonderzoek zich hoe dan ook opdringt. Enige bijkomende motivering dan wat opgenomen is in het gunningsverslag, waaruit volgt dat de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig wordt beschouwd, lijkt ook niet vereist.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 5 en 26, § 3, van de voormelde wet van 15 juni 2006, van artikel 5, 9°, van de voormelde wet van 17 juni 2013, van de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, van artikel 107 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011, van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en van de opdrachtdocumenten.

In dit middel bekritiseert de verzoekende partij de puntentoekenning wat bepaalde gunningscriteria betreft.

In een eerste onderdeel laat de verzoekende partij gelden dat wat het gunningscriterium prijs betreft dat volgens het bestek maximaal 50 punten oplevert, de offerte van de tussenkomende partij 67,15 punten krijgt wat onmogelijk is. Voorts betoogt zij dat zij niet begrijpt hoe de verwerende partij haar eindscores heeft berekend. Ook uit zij kritiek op de berekeningswijze zoals opgenomen in het bestek en dan vooral wat het gebruik van “de gemiddelde prijs” betreft; iedere mathematische verhouding zou zoek zijn in tegenstelling tot de objectieve “regel van drie”.

In een tweede onderdeel gaat de verzoekende partij dieper in op het subcriterium “extra producten en diensten” op 10 punten van het gunningscriterium “werkorganisatie + bijkomende diensten aan reizigers” op 20

punten. De tussenkomende partij krijgt voor dit subcriterium 5 punten met de volgende motivering:

“Oplijsting van mogelijk aanbod aan extra fietsgerelateerde activiteiten. Nog niet concreet toegelicht per locatie welke activiteiten ze effectief zullen uitbouwen waardoor nog geen engagement aanwezig is met betrekking tot de diensten die effectief zullen aangeboden worden (5 punten)”

Volgens de verzoekende partij steunt deze puntentoekenning “niet op motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn”. De tussenkomende partij heeft blijkens die motivering geen enkele concrete dienst bovenop de basistaken voorgesteld. De tussenkomende partij heeft zich niet concreet naar het station Gent-Sint-Pieters toe geëngageerd. Zulke benadering mag volgens de verzoekende partij niet worden gehonoreerd met de helft van de punten maar enkel met een nul-score.

In een derde onderdeel betoogt de verzoekende partij dat er een onzorgvuldige beoordeling is gebeurd bij het gunningscriterium “sociaal-ethische aspecten” op 10 punten. Ook hier meent de verzoekende partij dat de puntentoekenning aan de offerte van de tussenkomende partij van 7 punten niet op motieven steunt die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn.

De motivering voor die punten is:

“Aanbieden van functionele functies aan mensen uit kansengroepen
Gebonden aan diversiteitsverklaring
Werken met een jobkanaal
Voornemen om werknemers huidig fietspunt over te nemen (7 punten)”

De tussenkomende partij heeft dus blijkbaar punten gekregen voor het feit dat zij werknemers van het huidige fietspunt, uitgebaat door de verzoekende partij, zou overnemen. Volgens de verzoekende partij mogen geen punten voor een intentie worden gegeven. Overigens, zo vervolgt zij, is het “afwerpen” van personeel van een rechtstreeks concurrent allesbehalve ethisch, het is zelfs strafbaar.

Beoordeling

15. Wat het eerste onderdeel betreft, erkent de verwerende partij dat in de berekening een materiële vergissing is begaan. Deze vergissing is erin gelegen dat het resultaat van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver niet respectievelijk 32,85 en 67,15 mocht zijn, maar wel 16,42 en 33,5. De verzoekende partij geeft ter terechtzitting geen kritiek op dit resultaat als toepassing van de in het bestek opgenomen prijsformule. Deze aanpassing op zich wijzigt de rangschikking niet en er blijft een totaal puntenverschil in het voordeel van de tussenkomende partij van 8,08.

In de mate dat de verzoekende partij kritiek uit op de prijsformule waarbij de gemiddelde prijs wordt betrokken, en stelt dat “de regel van drie” meer aangewezen is, toont zij niet aan dat de in het bestek voorgestelde en toegepaste formule inadequaat is om een passende beoordeling van de prijzen te maken. Overigens heeft zij op geen ander ogenblik dan pas in huidige procedure reserves ten aanzien van deze besteksbepaling laten gelden, hetgeen de ernst van haar kritiek ondermijnt.

Het onderdeel is niet ernstig.

16. Wat het tweede onderdeel betreft, heeft de tussenkomende partij, zoals in het gunningsverslag is vermeld, een mogelijk aanbod van extra fietsgerelateerde activiteiten opgesteld, waaronder het gratis opladen van batterijen van elektrische fietsen, het ter beschikking stellen van paraplu's, buggy's en rollators, broodautomaten, een samenwerking met ecokoeriers en een vervangfiets bij diefstal.

Hoewel een concrete toelichting en engagement ontbreken, wat door de verwerende partij lijkt te zijn meegenomen in haar beoordeling – 5/10 voor de offerte van de tussenkomende partij terwijl die van de verzoekende partij 10/10 krijgt – lijkt niet te kunnen worden geadviseerd dat géén producten en diensten werden aangeboden door de gekozen inschrijver, die bovenop de basistaken een meerwaarde kunnen betekenen voor de treinreizigers of het station als mobiliteitsknooppunt. Het betoog van de verzoekende partij dat de gekozen

inschrijver “een nul-score” had moeten krijgen voor de extra producten en diensten lijkt bijgevolg niet te kunnen worden bijgevalen.

Het onderdeel is niet ernstig.

17. Wat het derde onderdeel betreft, mag worden volstaan met erop te wijzen dat de verzoekende partij de impact van haar kritiek zelf inschat op een vierde van de aan de tussenkomende partij toegekende punten voor dit gunningscriterium, namelijk 1,75 punten. Het ernstig bevinden van deze kritiek lijkt echter de rangschikking onberoerd te laten zodat het de verzoekende partij aan belang bij haar middelonderdeel mangelt.

18. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

19. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen. De kosten van de vordering, met inbegrip van de niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding, vallen ten laste van de verzoekende partij.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Apcoa Parking Belgium 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 21 maart 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra