

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 244.041 van 28 maart 2019

in de zaak A. 222.730/XII-8409

In zake: de NV SECURITY GUARDIAN'S INSTITUTE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Emmanuel van Nuffel en Kevin Munungu
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 81
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

Tussenkommende partij :

de NV TRIGION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Eliaerts
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Vlaamsekaai 54-57
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 juli 2017, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de [stad Gent] van 22 juni 2017 tot gunning van de opdracht van diensten ‘Uitvoeren van parkeercontroles’ (bijzonder bestek nr. MB 14/2017) aan nv Trigion en de beslissing van diezelfde datum tot niet-

gunning van diezelfde opdracht aan de [nv Security Guardian's Institute] omwille van substantiële onregelmatigheden waarmee haar offerte zou zijn behept”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 238.935 van 4 augustus 2017, verbeterd bij arrest nr. 238.943 van 10 augustus 2017, is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 januari 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kevin Munungu en advocaat Marie Verheye, *loco* advocaat Emmanuel van Nuffel, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef Stevens 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 een aanneming van diensten met als voorwerp het “uitvoeren van parkeercontroles” in de stad Gent.

De opdracht wordt geplaatst met een open aanbesteding. Het bestek MB 14/2017 Uitvoeren van parkeercontroles is van toepassing.

De opdracht heeft een geraamde waarde van 3.050.964 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 maart 2017.

3.2. Op 25 april 2017 dienen de volgende drie inschrijvers een offerte in: de nv Trigion, de nv G4S Secure Solutions en de verzoekende partij.

3.3. In het gunningsverslag van 14 juni 2017 wordt de offerte van de nv Trigion aangemerkt als de laagste regelmatige offerte.

Over de selectie van de inschrijvers wordt het volgende vastgesteld en toegelicht:

“G4S Secure Solutions

El – Bij het indienen van de offerte (25 april 2017), beschikte G4S Secure Solutions over een vergunning die geldig was tot 5 mei 2017. Als bijlage werd de vergunning en een bewijs van de aanvraag tot verlenging van die vergunning ingediend. Gezien de vergunning verlopen was bij het beoordelen van de offerte, heeft het Mobiliteitsbedrijf het bewijs van de

vergunning opnieuw opgevraagd. De vergunning werd verlengd en is geldig van 5 mei 2017 tot en met 5 mei 2022. G4S Secure Solutions voldoet dan ook aan dit kwalitatief selectiecriteria.

SIG Security sa

C2 – SIG Security sa bewijst onvoldoende dat aan dit selectiecriteria, op de wijze zoals gevraagd in het bestek, voldaan is. Het bijgeleverde verzekeringsattest dateert van 18 september 2015. Een recente verklaring van de verzekeringsonderneming ontbreekt. Hieruit kan niet afgeleid worden of de inschrijver (op het moment van inschrijven) beschikt over een geldige verzekering. We noteren dat het verzekeringsattest en een verklaring van de verzekeringsonderneming nog opgevraagd zal worden bij de inschrijver, indien blijkt dat het dossier verder gunstig geëvalueerd kan worden.

D2 – Er wordt bij de offerte een verklaring van Indigo Park Security Belgium nv gevoegd waaruit blijkt dat ze zich ertoe verbindt om haar financiële en economische draagkracht aan SIG Security sa ter beschikking te stellen in het kader van de kwalitatieve selectie.

We merken op dat daarnaast ook een aantal extra stukken op naam van Indigo Park Security Belgium nv toegevoegd worden aan de offerte, onder meer:

- verzekeringsattest
- attest van de vergunning
- ISO certificaat 9001:2008
- verklaring personeelsbezetting
- volmacht aan de heer Philippe Vranckx met als doel: Het tekenen van de offertedocumenten voor de openbare aanbesteding voor 'Uitvoeren van parkeercontroles' - Gent

Deze documenten hebben (voornamelijk) betrekking op de technische bekwaamheid en ondertekeningsbevoegdheid. Er wordt verder niet gespecificeerd of, en zo ja welke, relatie er zou zijn met betrekking tot de uitvoering van de opdracht. De verhouding tussen beide firma's blijkt niet duidelijk uit de offerte.

I2 – Het bestek vraagt om een verklaring toe te voegen die de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting (inclusief IT-tool) vermeldt. De verklaring in deze offerte (bijlagen F en G) beperkt zich tot een aantal afbeeldingen en een korte omschrijving van de 'technische middelen en uitrusting voor de uitvoering van het contract'. Vermits de beoordeling van de verklaring deel uitmaakt van het onderzoek naar de inhoudelijke regelmatigheid van de offerte (punt 5.1.1) wordt de offerte meegenomen onder voorbehoud.

Trigion nv

G3 — De lijst met referenties die Trigion nv indiende, toont aan dat de firma over de noodzakelijke ervaringen beschikt. Er werden echter slechts twee attesten van goede uitvoering toegevoegd. Vanuit het principe van goed bestuur heeft de opdrachtgever contact opgenomen met een opgegeven referentie, de firma APCOA Parking Belgium, waarmee Trigion nv samenwerkte voor de uitvoering van parkeercontroles. De firma bevestigt de goede uitvoering van de diensten.

3.3. Besluit over de selectie van de inschrijvers

G4S Secure Solutions en Trigion nv voldoen aan alle voorwaarden inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie zodat de offerte verder kan beoordeeld worden.

SGI Security sa voldoet aan de voorwaarden inzake toegangsrecht doch voldoet slechts onder voorbehoud aan de vereisten inzake de kwalitatieve selectie. De offerte wordt onder voorbehoud meegenomen voor verdere beoordeling van de regelmatigheid. Bij een gunstige evaluatie zullen bijkomende inlichtingen met betrekking tot de verzekeringen opgevraagd worden.”

De offerte van de verzoekende partij wordt echter ook als onregelmatig beoordeeld op grond van de volgende motivering:

“SGI Security sa

G2 – H2 de beschrijving van het werkmaterieel en van de aanpak van de opdracht voldoet op een aantal cruciale punten niet aan de bepalingen in het bestek. Zo zijn er elementen die vermeld worden in de offerte die afwijken van de werkwijze van het Mobiliteitsbedrijf, zoals omschreven in het bestek (zie 1. en 2.). Daarnaast maken de bijlagen onvoldoende duidelijk of en hoe de firma tegemoet zal komen aan de technische bepalingen uit het bestek (zie 2. t.e.m. 5):

1. Bestek, punt 4.3 Dagindeling en controlerondes, p. 24:

‘Het Mobiliteitsbedrijf stippelt de looproutes uit die gevolgd moeten worden door de controleurs.’

Offerte, reporting- en informaticatools (hardware en software):

‘De teamleider stelt verschillende routes op.’

De offerte wijkt op dit punt af van een essentiële besteksbeeping.

2. Bestek punt 4.4 Planning en aantal in te zetten parkeerwachters, p. 26:

‘Na de opstart bezorgt de opdrachtnemer wekelijks (ten laatste op donderdag) de planning voor de komende week. Het Mobiliteitsbedrijf kan op basis daarvan aanpassingen doorvoeren omtrent aantal ingezette personeelsleden, de te controleren zones en de looproutes en kan deze Info ook gebruiken voor het organiseren van steekproeven die de efficiëntie van de controles nagaat. (...) De inschrijver (...) stelt bovendien een systeem voor aan de hand waarvan de planning kan gebeuren en de effectieve controletijd kan worden gecontroleerd. Het ondersteunende systeem:

- ✓ voor de communicatie van het aantal in te zetten parkeerwachters, hun uurroosters, de eventuele te leveren extra prestaties;
- ✓ voor het aan/afmelden aan het begin en einde van de controleronde;

- ✓ voor de communicatie van basisinformatie, aandachtspunten, nieuwe informatie, klachten, ..., tussen de inschrijver, de parkeerwachters en de leidinggevende(n)/opvolgende administratief verwerkende diensten van het Mobiliteitsbedrijf;

maakt onderdeel uit van de door de inschrijver te omschrijven materialen voor de opdracht (toe te voegen als bijlage).’

Offerte, reporting- en informaticatools (hardware en software)

‘De bewakingsagenten beschikken over een gsm Toughshield en hebben zo op elk moment toegang tot e-mails met hun planning of de organisatie van hun ronde. Dankzij dit systeem kunnen we onze bewakingsagenten optimaal volgen en onze teams perfect organiseren. Wij zijn van mening dat op alle locaties waar onze bewakingsagenten aan de slag zijn een controlesysteem van de rondes en prestaties moet worden geïnstalleerd. Dankzij dit systeem van controles, dat ook het bewijs vormt van hun reële activiteiten op de verschillende locaties tijdens de nachten en de weekends, kunnen zowel wij als u de rondes van onze bewakingsagenten verifiëren.’

- Deze informatie legt niet concreet uit of een planningstool zal gebruikt worden, zoja, welke, en hoe deze software werkt. Hoe wordt het IVA Mobiliteitsbedrijf op de hoogte gesteld van de planning?, Hoe kan informatie tussen parkeerwachter, het IVA Mobiliteitsbedrijf en de leidinggevende uitgewisseld worden?, enz. Bovendien is er geen verdere uitleg omtrent de hardware (laptop? PC?) die voorzien zal worden voor de persoon die de planning opmaakt.

- De firma vermeldt een controlesysteem op locatie. Uit de beschrijving kan niet opgemaakt worden of de firma instaat voor de installatie hiervan. Er wordt enkel vermeld dat dergelijk systeem moet worden geïnstalleerd. Hoe zullen de rondes van de bewakingsagenten concreet geverifieerd worden?

Het ontbreken van deze informatie maakt het voor de aanbestedende overheid onmogelijk om na te gaan of de inschrijver beschikt over de vereiste materialen en werktuigen voor een goede uitvoering van de opdracht.

3. Bestek, punt 4.6.1 Mobiliteit, p. 27:

‘De opdrachtnemer moet daarom voldoende fietsen voorzien: minimum 75% van de parkeerwachters moet kunnen beschikken over een fiets (bij aanvang van de opdracht betekent dit dus dat er 75% van 22 = 16,5 afgerond 17 fietsen moeten worden voorzien). (...) De inschrijver vermeldt in zijn inschrijving de voor de opdracht gebruikte fietsen en staat ook in voor het onderhoud ervan (...). Dit maakt onderdeel uit van de door de inschrijver te omschrijven gebruikte werktuigen voor de opdracht.’

Offerte, verklaring van de werktuigen, het materieel en technische uitrusting:

Er wordt in de offerte geen verklaring toegevoegd, men beperkt zich tot een afbeelding van een fiets.

Gezien slechts summier info aangeleverd wordt, is de aanbestedende overheid niet in staat te beoordelen of de inschrijver voldoet aan deze technische vereiste.

4. Bestek, punt 4.6.3 Werkkledij. pp. 27-28:

De bewaker is voorzien van een door de FOD Binnenlandse Zaken goedgekeurd uniform, dat aan de goedkeuring van het Mobiliteitsbedrijf onderworpen is, en van de verplichte zichtbaar te dragen identificatiebadge. Het Mobiliteitsbedrijf benadrukt dat de parkeercontrole-opdracht een voor bewakingsmiddelen eerder atypisch gegeven is: de controlerende parkeerwachters controleren, ongeacht de weersomstandigheden, de te controleren zone. Zij leggen hierbij door weer en wind ettelijke kilometers te voet af. (...)

De aanbestedende overheid hecht bijzondere waarde aan:

- ✓ Voldoende broeken;
- ✓ kwaliteitsvolle wandelschoenen;
- ✓ Voldoende zomerkledij, zoals polo's;
- ✓ Voldoende tussenseizoenkledij, zoals dunne truien en zomerjassen;
- ✓ Voldoende winterkledij, zoals dikke truien, thermisch ondergoed en winterjassen;
- ✓ Voldoende regenkledij, zoals parka's en zomerregenjassen;
- ✓ Voldoende fluorescerende strips voor optimale zichtbaarheid in het donker.

De beschrijving van dit onderdeel maakt deel uit van de in bijlage te omschrijven gebruikte materialen.

Offerte. verklaring van de werktuigen, het materieel en technische uitrusting:

De bijlage bestaat enkel uit een aantal afbeeldingen van een parkeerwachter in uniform tijdens de uitvoering van zijn opdracht. Er is geen beschrijving noch oplijsting van de kledij die voorzien zal worden. Uit de afbeeldingen kan niet afgeleid worden of de firma voldoet aan de bepalingen uit het bestek. Zijn de schoenen inbegrepen in het uniform? Wat met zomerkledij, etc. Gezien slechts summier info aangeleverd wordt, is de aanbestedende overheid niet in staat te beoordelen of de inschrijver voldoet aan deze technische vereiste.

I2 - De opmaak van de prijsbestanddelen is niet transparant:

- In de voorgestelde prijsbestanddelen is het niet duidelijk of alle kosten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, inbegrepen zijn. Sommige kosten worden expliciet vermeld (bv. communicatie-dodemansknoop en uniform), andere niet (bijkomende hardware en software, zoals bv. planningstool, controlesysteem) of niet duidelijk (wordt met 'verplaatsingen' een vergoeding voor het woon-werkverkeer, de kosten voor de fiets

en/of de verplaatsingen naar verder gelegen zones – die men mag bereiken met de wagen – bedoeld?).

- In de oplijsting van de prijsbestanddelen is de standaard uurprijs voor een bewakingsagent €22,35. In het offerteformulier is dit €25,22. Er wordt geen verklaring gegeven voor dit verschil.

De aanbestedende overheid beschikt over onvoldoende informatie om de regelmatigheid van de prijzen na te gaan en zich ervan te vergewissen of de opdracht op een kwaliteitsvolle manier uitgevoerd kan worden tegen de ingediende prijzen.

Conclusie

Het aanbod dat door een inschrijver wordt gedaan moet in beginsel in elk opzicht beantwoorden aan de inhoudelijke voorwaarden van het bestek, zowel wat het eindresultaat als wat de werkwijze, de materialen, ed. betreft. Er moet tot onregelmatigheid van de offerte besloten worden indien afwijkingen vastgesteld worden die op enigerlei wijze een impact hebben op de uitvoering of op de vergelijkbaarheid van de offertes of de gelijkheid tussen de inschrijvers.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat de offerte van SGI Security sa (substantieel) onregelmatig is enerzijds omdat ze afwijkt van een essentiële bestanddeel van de opdracht, anderzijds omdat de offerte op een aantal punten onvolledig is zodat ze niet ernstig kan vergeleken worden met de andere offertes.

De aanbestedende overheid kan, maar is niet verplicht om bijkomende inlichtingen en documenten op te vragen. In de offerte van SGI Security sa ontbreken tal van stukken en informatie. De aanbestedende overheid besluit hieruit dat de inschrijver met onvoldoende ernst en zorg deelgenomen heeft aan de procedure. Om die reden heeft ze beslist geen bijkomende informatie op te vragen. De offerte van SGI Security sa wordt geweerd wegens onregelmatigheid.”

Wat het onderzoek naar de regelmatigheid van de offerte van de nv Trigion betreft, vermeldt het verslag het volgende:

“H3 — De offerte bevatte een aantal onduidelijkheden in de toegevoegde bijlagen. Uit de bijkomende inlichtingen die gevraagd werden aan de firma blijkt dat:

- kwaliteitsvolle wandelschoenen onderdeel uitmaken van het ter beschikking gestelde uniform (zie ook bestek, punt 4.6.3 Werkkledij).
- De werkplek van de branch manager in Antwerpen is, maar dat deze persoon minstens maandelijks aanwezig is in Gent en dat de consultant parkeercontrole dagelijks contact heeft met de field manager en de back office manager van de firma. Deze personen fungeren als lokale aanspreekpunten voor het IVA Mobiliteitsbedrijf. Ze zullen werken volgens de bepalingen in het bestek en zijn gestationeerd in Gent. De manier van samenwerken zal bovendien nog verder afgestemd kunnen worden tijdens de opstartperiode. Dit voldoet aan de bepalingen uit

het bestek (zie ook bestek, punt 4.7.2 Coördinatie en punt 4.8 Controle).

I3 – Na vraag tot bijkomende inlichtingen omtrent de prijsbestanddelen, blijkt dat de prijzen regelmatig zijn en dat alle kosten die de firma zal moeten maken voor de uitvoering van de opdracht, opgenomen werden.”

Op 22 juni 2017 beslist de verwerende partij het gunningsverslag, zoals gevoegd in bijlage en dat integraal deel uitmaakt van deze beslissing, goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Trigion.

3.4. Bij aangetekende brief van 22 juni 2017 deelt het college het volgende mee aan de verzoekende partij:

“Het college van burgemeester en schepenen heeft in zitting van 22 juni 2017 de gunningsbeslissing genomen met betrekking tot de hierboven vermelde opdracht.

Hiermee delen wij u mee dat de offerte van uw onderneming werd geweerd omwille van een substantiële onregelmatigheid. In de bijlage bezorgen wij u een kopie van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen houdende de gunning van de opdracht en van het gunningsverslag, waarin u de motieven kunt terugvinden, die hebben geleid tot deze beslissing.”

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 18, § 1, 51 en 75 van “de richtlijn 2014/24/eu”, artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006) en de artikelen 29, § 1, en 37, alinea 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011), doordat:

“de Verwerende partij de opdracht niet heeft aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie omdat het volgens haar zou gaan om diensten begrepen in bijlage II.B van de Wet Overheidsopdrachten en deze derhalve niet aan Europese bekendmaking zouden onderworpen zijn in toepassing van artikel 37, alinea 2 van het KB Plaatsing;

Terwijl de diensten beoogd in bijlage II.B van de Wet Overheidsopdrachten sinds 18 april 2016 – de datum waarop de richtlijn 2014/24/eu had moeten omgezet worden in nationaal recht – onderworpen zijn aan een Europese bekendmaking, met uitzondering van de diensten die ingevolge artikel 10 van de richtlijn 2014/24/eu uitgesloten blijven van het toepassingsgebied van het Europees overheidsopdrachtenrecht;

Dat de andere diensten beoogd in bijlage II.B van de Wet Overheidsopdrachten onderworpen zijn aan een Europese bekendmaking, zelfs deze die onderworpen zijn aan een vereenvoudigde procedure (zie artikel 75 van de richtlijn 2014/24/eu);

Dat de richtlijn de overheidsopdrachten onderwerpt aan de verplichting tot Europese bekendmaking en dat het nationaal recht deze verplichting niet dient om te zetten voor de toepassing ervan;

Dat het uitvoeren van parkeercontroles niet wordt uitgesloten van het toepassingsgebied van de richtlijn 2014/24/eu en derhalve onderworpen is aan een Europese bekendmaking in toepassing van artikel 51 van de richtlijn 2014/24/eu of artikel 75 indien we ervan uitgaan dat deze onder een van de categorieën van specifieke diensten valt die onderworpen zijn aan een vereenvoudigde procedure (zie bijlage XIV van de richtlijn 2014/24/eu);

Dat de opdracht in kwestie de Europese drempelbedragen bereikt (> 3.500.000,00 EUR voor de hele looptijd) (zie artikel 4 van de richtlijn 2014/24/eu: voor opdrachten van diensten: > 209.000,00 EUR; voor specifieke opdrachten van diensten beoogd in bijlage XIV van de richtlijn 2014/24/eu: > 750.000,00 EUR) en derhalve het voorwerp had moeten uitmaken van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie;

Zodat de verwerende partij [...] artikel 18, § 1 van de richtlijn 2014/24/eu en artikel 5 van de Wet Overheidsopdrachten heeft geschonden, in de mate dat deze een transparantieverplichting opleggen aan de aanbestedende overheid, en de artikelen 51 en 75 van de richtlijn 2014/24/eu en 37, alinea 1 van het KB Plaatsing, in de mate dat deze bepalen dat overheidsopdrachten die de Europese drempelbedragen bereiken, onderworpen moeten worden aan een Europese bekendmaking en het voorwerp moeten uitmaken van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie.”

In het eerste middel verdedigt de verzoekende partij aldus de stelling dat de opdracht in kwestie het voorwerp had moeten uitmaken van een aankondiging in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie. De verzoekende partij steunt zich hierbij op het karakter van openbare orde dat de

Europese publicatievoorschriften zou kenmerken. Zij herinnert eraan dat het overheidsopdrachtenrecht een instrument is voor de verwezenlijking van de interne markt, waarbij de naleving van fundamentele principes, zoals de openstelling van overheidsopdrachten aan de grootst mogelijke concurrentie, het beginsel van gelijke behandeling van economische operatoren en het transparantiebeginsel, van cruciaal belang zijn voor het verwezenlijken van deze doelstelling.

5. In de memorie van wederantwoord blijft de verzoekende partij erbij, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, dat zij niet moet aantonen een belang te hebben nu de Europese bekendmakingsverplichting wel degelijk van openbare orde is.

6. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nogmaals het karakter van openbare orde van de verplichting tot openbaarmaking van een overheidsopdracht op Europees niveau. Zij blijft erbij dat de vraag met betrekking tot haar belang hierbij niet moet worden beoordeeld en betwist dat artikel 14, § 1, tweede alinea, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, daar iets aan zou veranderen; “uit de voorbereidende werken van de Wet van 20 januari 2014” blijkt immers dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad dat deze bepaling een invloed zou hebben op de rechtspraak betreffende de bepalingen van openbare orde.

Beoordeling

7. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partij bij dit middel.

In essentie betoogt zij dat de miskennis van de bekendmakingsregels slechts tot de vernietiging van de gunningsbeslissing kan leiden, voor zover de betrokken geïnteresseerde onderneming hierdoor de kans werd ontnomen om een offerte in te dienen.

Te dezen heeft de verzoekende partij ondanks de beweerde gebrekkigheid van de aankondiging een offerte ingediend en dus deelgenomen aan de procedure.

Vanuit dit opzicht lijkt de voorliggende zaak dan ook fundamenteel te verschillen met de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Raad van State, nr. 114.052 van 20 december 2002 inzake de nv Calgon Carbon Corporation, dat door de verzoekende partij wordt ingeroepen. Door de opdracht enkel te publiceren in het Bulletin der Aanbestedingen en niet in het Publicatieblad van de Europese Unie – niettegenstaande de Europese drempels waren bereikt voor de betrokken opdracht van diensten – was in die zaak de mededinging geschonden doordat de verzoekende partij aldaar de kans was ontnomen om deel te nemen aan de gunningsprocedure, wat hier niet het geval is.

Daargelaten de vraag of, zoals de verzoekende partij beweert, het aangevoerde middel de openbare orde raakt, toont zij dan ook niet aan dat zij belang heeft bij het middel in zoverre het is gesteund op het gebrek aan Europese aankondiging. Uit de gegevens van de zaak blijkt immers dat de verzoekende partij tijdig haar offerte heeft kunnen indienen. Er valt dan ook niet in te zien – en de verzoekende partij verduidelijkt in haar verzoekschrift ook niet – in welke mate de niet naleving van de Europese bekendmakingsverplichting een invloed kan hebben op de draagwijdte van de bestreden beslissing, vereiste tot nietigverklaring overeenkomstig artikel 14, § 1, tweede lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

B. Tweede middel en derde middel

Uiteenzetting van de middelen

8.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, artikel 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2006, de artikelen 21, § 1, en 96, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 en het redelijkheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen geschonden:

“Doordat de Verwerende partij de door de Verzoekende partij voorgestelde prijzen in drie stappen onderzocht heeft: (i) eerst stelde de Verwerende partij vast dat de voorgestelde prijzen onnauwkeurig waren omschreven; (ii) vervolgens meende zij dat dit gebrek haar niet toeliet vast te stellen of de voorgestelde prijs alle elementen omvatte die voorzien waren voor de uitvoering van de opdracht en bijgevolg een substantiële onregelmatigheid uitmaakte in de zin van artikel 95, § 2 van het KB Plaatsing; (iii) bijgevolg besloot zij om de door de Verzoekende partij ingediende offerte te weren zonder eerst te vragen om verduidelijking omtrent de samenstelling van de prijs;

Terwijl, eerste onderdeel, wanneer de aanbestedende overheid beslist om aan de inschrijvers te vragen om de elementen te beschrijven die hun prijs samenstellen, dit met het doel is om na te gaan of de offerte realistisch is en betrekking heeft op de volledig uit te voeren prestatie;

Dat de aanpak identiek is aan degene met betrekking tot de vraag aan een inschrijver om een schijnbaar abnormale prijs te verantwoorden (aantonen van een realistische offerte);

Dat het niet voldoende is om aan de inschrijvers te vragen dat zij aan hun offerte een beschrijving zouden hechten van de elementen die samen de prijs vormen;

Dat wanneer de aanbestedende overheid een leemte of een tegenstrijdigheid in deze beschrijving vaststelt, zij vooreerst aan de inschrijver dient te vragen om deze te verduidelijken en vervolgens enkel dient na te gaan of de prijs realistisch is;

En terwijl, tweede onderdeel (in ondergeschikte orde), de aanbestedende overheid gehouden is om de inschrijvers gelijk te behandelen wanneer deze, ten opzichte van een van hen, haar facultatieve bevoegdheid uitoefent om verduidelijking of vervollediging te vragen van diens offerte in toepassing van artikel 96, § 4 van het KB Plaatsing;

Dat de Verwerende partij aan nv Trigion heeft gevraagd om haar offerte te verduidelijken met betrekking tot de middelen gebruikt voor de uitvoering van de opdracht.”

De verzoekende partij bekritiseert aldus het feit dat de verwerende partij, na vaststelling dat de prijzen van de verzoekende partij onvoldoende nauwkeurig waren omschreven, haar niet heeft verzocht om verduidelijking omtrent deze prijzen, in het kader van het prijsonderzoek op grond van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011, en ondergeschikt, in een tweede onderdeel, dat zij niet gelijk werd behandeld nu de gekozen inschrijver wel werd bevraagd, weliswaar over het “gebrek aan attest van goede uitvoering”. Zij meent dat dit gebrek identiek van aard is – een gebrek aan informatie – en identieke

gevolgen kent – wering van de offerte – dan het haar verweten gebrek inzake de beschrijving van de samenstelling van haar prijs in de offerte; “[b]ovendien, en in ieder geval, heeft het gebrek aan verduidelijking van de offerte van nv Trigion betrekking op de informatie inzake de aan de uitvoering van de opdracht te besteden middelen. Ze laat niet toe na te gaan of de opdracht zal worden uitgevoerd in overeenstemming met de technische voorschriften, in al haar onderdelen. Het is hetzelfde gebrek dat aan de Verzoekende partij wordt verweten inzake de beschrijving van de samenstelling van de prijs in haar offerte”.

8.2. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, artikel 41 van de wet overheidsopdrachten 2006, de artikelen 2, 12°, b), 7, en 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2011, het redelijkheidsbeginsel en de beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de Verwerende partij (i) meende dat de elementen beschreven in de technische voorschriften van het bijzonder bestek, waarop de beschrijving van de middelen die zullen gebruikt worden voor de uitvoering van de opdracht betrekking heeft, ‘technische specificaties’ zijn en (ii) bijgevolg oordeelde dat de gebrekkige beschrijving in de offerte van de Verzoekende partij een afwijking vormt van deze ‘technische specificaties’ waardoor haar offerte behept zou zijn met een substantiële onregelmatigheid en haar wering verantwoord zou zijn in toepassing van artikel 95, § 3 van het KB Plaatsing;

Terwijl, eerste onderdeel, de beschreven elementen in de technische voorschriften van het bijzonder bestek geen ‘technische specificaties’ zijn in de zin van artikel 95, § 3 van het KB Plaatsing, artikel 41 van de Wet Overheidsopdrachten en artikel 2, 12, b van het KB Plaatsing;

Dat bijgevolg de gebrekkige beschrijving van de middelen voor de uitvoering van de opdracht niet opgevat mag worden als zijnde een afwijking van de ‘technische specificaties’ en dus als substantiële onregelmatigheid die de wering van de offerte van de verzoekende partij zou kunnen verantwoorden;

En terwijl, tweede onderdeel (in ondergeschikte orde), de aanbestedende overheid gehouden is om alle inschrijvers gelijk te behandelen wanneer deze, ten opzichte van een van hen, haar facultatieve bevoegdheid uitoefent om een verduidelijking of vervollediging van diens offerte te vragen in toepassing van artikel 96, § 4 van het KB Plaatsing;

Dat de Verwerende partij aan nv Trigion heeft gevraagd om de beschrijving van de middelen die zij zou gebruiken voor de uitvoering van de opdracht te verduidelijken;

Dat de Verwerende partij de Verzoekende partij hiertoe eveneens had moeten uitnodigen;

Zodat, eerste onderdeel, de Verwerende partij een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan, en in het bijzonder artikel 95, § 3 van het KB Plaatsing heeft geschonden, door de offerte van de verzoekende partij te weren omdat deze zou afwijken van de technische specificaties;

En zodat, tweede onderdeel (in ondergeschikte orde), de Verwerende partij het gelijkheidsbeginsel en artikel 96, § 4 van het KB Plaatsing heeft geschonden door de Verzoekende partij er niet toe uit te nodigen om de beschrijving van haar technische middelen te verduidelijken.”

Hier bekritiseert de verzoekende partij het feit dat de verwerende partij haar offerte onregelmatig zou hebben verklaard omdat ze afweek van de technische specificaties van de opdracht, terwijl geen enkele van de betrokken elementen om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te beschouwen – de dagindeling en controlerondes, de planning en het aantal in te zetten parkeerwachters, de mobiliteit of de werkkledij – als dusdanig te beschouwen zijn: zonder verduidelijking omtrent het vereiste kwaliteitsniveau, de prestatie of het te bereiken resultaat, betreffen de voorschriften volgens de verzoekende partij louter een uitvoeringsmodaliteit of een beschrijving van de materiële middelen nodig voor de uitvoering.

Voorts meent de verzoekende partij dat waar de bestreden beslissing verwijst naar de onmogelijkheid om de offertes met elkaar te vergelijken, als reden om de betrokken afwijkingen als substantieel te beschouwen, dit niet relevant is, aangezien het hier gaat om een aanbestedingsprocedure waarin de prijs het enig criterium is; een offerte in een aanbestedingsprocedure die niet in overeenstemming is met de technische specificaties is weliswaar niet conform maar de non-conformiteit komt niet tussen bij de vergelijking van de offertes.

Ondergeschikt wordt een schending van het gelijkheidsbeginsel aangevoerd nu de offerte van de gekozen inschrijver zou zijn aangetast door gebreken van dezelfde aard en de gekozen inschrijver wél de mogelijkheid werd

geboden deze te verduidelijken terwijl deze mogelijkheid niet werd geboden aan de verzoekende partij.

9. In de memorie van wederantwoord verduidelijkt de verzoekende partij op de eerste plaats dat zij in het tweede middel het derde motief van de bestreden beslissing – de tegenstrijdigheid in de offerte omtrent het uur standaardtarief voor een bewakingsagent – betwist en in het derde middel het eerste – inzake de essentiële besteksbeplating betreffende de looproutes – en het tweede motief – de onvolledigheid van de offerte op tal van punten.

Wat het derde middel betreft, voegt zij nog toe dat zelfs indien ervan wordt uitgegaan dat het voorschrift inzake de dagindeling en controle-rondes een technische specificatie betreft, dan nog de verwerende partij niet aantoont, noch in de gunningsbeslissing, noch in de memorie van antwoord, in welke mate dat voorschrift een essentieel bestanddeel van de opdracht zou uitmaken. In haar memorie van antwoord beperkt de verwerende partij er zich toe te stellen, zonder zulks aan te tonen, dat het natuurlijk gaat om essentiële bestanddelen van de opdracht in de zin van artikel 95, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2011.

10. In de laatste memorie, na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag, stelt de verzoekende partij nog wat het derde middel betreft dat inzake de controlerondes het lastenboek zich beperkt tot het stellen dat deze door de Mobiliteitsdienst zullen worden bepaald. Dit is volgens haar evenwel geen bepaling die een kwalitatieve eis stelt voor de controles door parkeer-agenten, zodat die bepaling volgens haar niet als een technische specificatie kon worden aangemerkt.

Beoordeling

11. Artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 betreft de verplichting van de aanbestedende overheid om de regelmatigheid na te gaan van

de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Zij dient daartoe de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak, te onderzoeken. Krachtens paragraaf 3 van datzelfde artikel is een offerte op materieel vlak “substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99”. Krachtens artikel 95, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 is een substantieel onregelmatige offerte nietig. In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren.

Het is de verwerende partij die als aanbestedende overheid haar behoeften en dus het voorwerp van de opdracht bepaalt. Het komt daarbij in de eerste plaats aan haar toe om de technische specificaties in de opdrachtdocumenten vast te stellen en te interpreteren. De vraag of een dergelijke technische specificatie van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dient *in concreto*, in elk geval afzonderlijk, in het licht van het dossier te worden beantwoord.

12. Uit de bestreden beslissing blijkt dat naar het oordeel van de verwerende partij de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij op twee hoofdmotieven steunt: enerzijds wijkt de offerte van de verzoekende partij af van de werkwijze van het mobiliteitsbedrijf zoals beschreven in het bestek, in het bijzonder wat het voorschrift 4.3 inzake de looproutes betreft, een “essentiële besteksbeplanning” volgens de bestreden beslissing, anderzijds geeft de offerte van de verzoekende partij op diverse punten te weinig of onvolledige informatie, ten aanzien van wat in diverse besteksbepalingen wordt gevraagd met betrekking tot planningtools, materieel (fietsen, werkkledij) en prijsbestanddelen.

De kritiek in het tweede middel heeft enkel betrekking op het laatste punt in verband met de prijszetting. Dit punt vormt slechts een van de vijf punten om tot onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij te besluiten. Zelfs bij het onderuit halen van dit submotief moeten de overige motieven worden onderzocht, waaronder de afwijking van een essentiële besteksbepalings. Uit de motivering blijkt bovendien dat dit prijsmotief een van de elementen is waaromtrent de verwerende partij meent dat de offerte te weinig of onvolledige informatie geeft ten aanzien van wat het bestek voorschrijft en die elementen vormen samen het tweede hoofdmotief. De in het derde middel aangevoerde ondergeschikte kritiek dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden, nu de verzoekende partij niet en de gekozen inschrijver wél om verduidelijking of toelichting werd gevraagd, overlapt trouwens met haar kritiek in haar tweede middel, weliswaar aldaar toegespitst op dat ene punt in verband met prijszetting en gekaderd binnen het prijsonderzoek van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2011, dat de verwerende partij volgens de verzoekende partij had moeten voeren en waarbinnen zij volgens haar bijkomende inlichtingen had moeten vragen over haar prijszetting.

Deze kritiek in het tweede middel is dan ook enkel relevant in de mate dat de verwerende partij enkel het betrokken gegeven op zich beschouwd zou hebben als een reden om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren, wat niet het geval blijkt. Gelet op de formele motivering van de bestreden beslissing, is het veeleer het geheel van de vastgestelde tekortkomingen dat het besluit ondersteunt. De verzoekende partij stelt alleszins niet dat wanneer zij zou aantonen dat het motief in verband met de onduidelijke en tegenstrijdige prijszetting onwettig is, de bestreden beslissing zou moeten vallen.

Bijgevolg is het passend eerst het derde middel te beoordelen.

13. De kritiek in dit middel spitst zich in eerste instantie toe op het karakter van een technische specificatie van de besteksbepalingen, waarvan in de motivering wordt gesteld dat de offerte van de verzoekende partij ervan afwijkt of

er onvoldoende informatie over geeft om te kunnen vaststellen of de offerte er wel aan voldoet. De verzoekende partij meent dat deze bepalingen geen technische specificaties kunnen zijn, omdat die voorschriften geen resultaat, kwaliteitsniveau of prestatie zouden voorschrijven maar louter een uitvoeringsmodaliteit van de opdracht zouden behelzen of een beschrijving van de materiële middelen nodig voor de uitvoering.

Deze argumentatie kan niet worden bijgevalen. Het begrip technische specificaties is bijzonder ruim en het legt het voorwerp van de opdracht nauwkeurig vast. Ze verschaffen de overheid de technische parameters om de ingediende offertes met het oog op haar behoeften te beoordelen. De opdracht betreft hier het verlenen van diensten, namelijk het uitvoeren van parkeercontroles door bewakingsagenten in dienst van de stad Gent en die in de eerste plaats bestaat uit de controle van het gemeentelijk retributiereglement met betrekking tot het straatparkeren, waarbij de verschillende parkeerzones, door de stad bepaald, regelmatig moeten worden gecontroleerd. In dat licht kunnen de bepalingen van het bestek – opgenomen onder titel “IV. Technische bepalingen” en niet onder titel “III. Uitvoeringsregels van toepassing op deze opdracht” – waarbij wordt bepaald dat het Mobiliteitsbedrijf van de stad Gent zelf die controlerondes/looproutes vaststelt en dat de inschrijvers moeten zorgen voor een planningtool aan de hand waarvan het Mobiliteitsbedrijf de activiteiten van de bewakingsagenten kan controleren en aanpassen, de voorschriften in verband met hun kledij aangepast aan de diverse weersomstandigheden en de beschikbaarheid van fietsen, te dezen wel degelijk worden beschouwd als inhoudelijke vereisten die verband houden met hoe de dienst, in de ogen van de overheid, gelet op haar behoeften, op een kwaliteitsvolle en duurzame manier moet worden verstrekt. Zelfs indien met de verzoekende partij wordt aangenomen dat het eigenlijk gaat om uitvoeringsvoorwaarden, dan nog, moeten deze door de inschrijver worden aanvaard. Bijgevolg, wanneer blijkt dat de inschrijver deze niet aanvaardt of wanneer de inschrijver niet aangeeft dat hij of hoe hij aan die verplichtingen zal voldoen of wanneer de inschrijver hierover onduidelijkheid laat bestaan, dient hij

een offerte in, die niet in overeenstemming is met het bestek en kan ze om die reden worden geweerd.

Voorts ligt het voor de hand, gelet op het voorwerp van de opdracht, dat de verwerende partij het vereiste dat zij de controlerondes op haar grondgebied bepaalt – net zozeer als zij ook de parkeerzones vastlegt en het toepasselijke retributiereglement opstelt – als verplicht en essentieel aanmerkt.

De verzoekende partij gaat er voorts aan voorbij dat in eerste instantie niet de aard van de gebreken hier bepalend is geweest om geen nadere informatie te vragen, maar wel het aantal. De verwerende partij besloot, “gelet de hoeveelheid ervan” geen gebruik te maken van de mogelijkheid om de verzoekende partij om verduidelijking of aanvulling te verzoeken en, in plaats daarvan, ook om deze reden tot onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij te besluiten.

Hoewel bepaalde gebreken mogelijks van dezelfde aard kunnen worden beschouwd, kan hier bijgevolg niet worden aangenomen dat de gekozen inschrijver en de verzoekende partij zich in eenzelfde situatie bevonden. Zo bevat de offerte van de gekozen inschrijver, naast onduidelijke prijsbestanddelen, slechts twee onduidelijkheden aangaande de gevoegde bijlagen bij de offerte. De offerte van de verzoekende partij bevat, naast een afwijking van een essentiële besteksbepaling, meerdere onvolledigheden en onduidelijkheden en ten slotte nog onduidelijke prijsbestanddelen en tegenstrijdige prijsvermeldingen.

Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij niet aantoont dat de in de bestreden beslissing opgegeven motieven, die de verzoekende partij trouwens nergens betwist in haar middelen, en waarvan minstens één een afwijking van een essentiële besteksbepaling betreft, de beslissing tot onregelmatigheid niet kunnen dragen.

De verzoekende partij heeft geen belang meer bij de grief in het tweede middel dat de verwerende partij met betrekking tot de onduidelijkheid over de prijszetting haar daarover bijkomende toelichting had moeten vragen. Zoals hiervoor opgemerkt, mocht de verwerende partij besluiten, gelet op het “ontbreken [van] tal van stukken en informatie”, geen aanvulling of verduidelijking te vragen.

14. De middelen zijn niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Het door de verzoekende partij te veel betaalde recht van 200 euro dient te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 maart 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest