

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.455 van 28 april 2020
in de zaak A. 230.436/XII-8884**

In zake:

de CVBA ROBRECHTS & THIENPONT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Luc Vanderputte en Kristof Hermans
kantoor houdend te 3600 Genk
Europalaan 50
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minster
van Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jürgen Vanpraet en Bram Van den Berghe
kantoor houdend te 8820 Torhout
Oostendestraat 306
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 maart 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Federale Overheidsdienst Justitie, Directoraat Generaal EPI, Penitentiare inrichtingen, van 12 maart 2020 waarbij wordt beslist de opdracht voor diensten betreffende de ‘versterking voor veiligheidsstudies en -opdrachten (safety & security) binnen het directoraat-generaal Penitentiare Inrichtingen, Directie Ondersteuning, Gebouwen en Veiligheid voor rekening van de Federale Overheidsdienst Justitie, Directoraat-Generaal Penitentiare Inrichtingen (perceel 1)’ te gunnen aan “de firma SWECO-G4S”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

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

De verzoekende partij heeft een zittingsnota ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven, dat de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 21 april 2020 om 12.00 u.

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 diensten betreffende de versterking voor veiligheidsstudies en -opdrachten (safety & security) binnen het directoraat-generaal Penitentiare Inrichtingen (DG EPI), Directie Ondersteuning, Gebouwen en Veiligheid voor rekening van de Federale Overheidsdienst Justitie.

De opdracht bestaat uit twee percelen. Perceel 1 heeft betrekking op de veiligheidsstudies in de penitentiare inrichtingen – Vlaamse en Brusselse Inrichtingen (Sint-Gillis) (DG EPI – regio Noord). Perceel 2 heeft betrekking op de

veiligheidsstudies in de penitentiaire inrichtingen – Waalse inrichtingen en Brusselse inrichtingen (Vorst en Berkendael) (DG EPI – regio Zuid). Het voorliggende geschil heeft enkel betrekking op de gunning van perceel 1.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure. Het betreft een opdracht tegen prijslijst.

3.2. De opdracht wordt op 2 juli 2020 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 4 juli 2019 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek “JUSTITIE/DGEPI n° 2019-2022 – Studiebureau - Openbare procedure voor de uitvoering van veiligheidsstudies (safety & security) in de penitentiaire inrichtingen voor rekening van de FOD Justitie - DG EPI-gevangenen”.

Wat de technische bekwaamheid van de inschrijver betreft worden in artikel 13.1.2.2. van het bestek de volgende vereisten opgelegd:

“Eerste criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver.
De inschrijver moet over voldoende bekwaam personeel beschikken om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren.

De inschrijver voegt bij zijn offerte een verklaring met vermelding van het jaarlijks gemiddeld aantal personeelsleden van de dienstverlener en de omvang van zijn personeelsbestand gedurende de laatste drie jaar. De inschrijver volgt het schema van de gevraagde profielen (zie ook deel B – technische voorschriften), te weten:
[...]

Tweede criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver.
De inschrijver moet over de volgende referenties aan uitgevoerde diensten beschikken die werden uitgevoerd tijdens de drie laatste jaren:

- De lijst van de voornaamste studies (veiligheidsstudies die allemaal finaal resulteerden in een effectieve investering in beveiligingsmateriaal ten belope van ten minste 50.000 euro), uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar, met vermelding van het bedrag, de datum en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren (met de gegevens van een

contactpersoon bij elke instantie). De aanbestedende overheid eist minimaal vijf referenties.

Derde criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver.

De inschrijver moet houder zijn van het volgende certificaat: Nationale veiligheidsmachtiging – **niveau geheim** (Nationale Veiligheidsraad – wet van 11 december 1998) zowel op het niveau van het bedrijf (inschrijver) als op individueel niveau van de voorgestelde personeelsleden van zijn eigen personeelsbestand (zie ook hoofdstuk 12 en deel B).

Hij voegt bij zijn offerte een fotokopie van het certificaat/van de certificaten.

De afwezigheid van een geldig certificaat in een offerte resulteert in de onregelmatigheid van de offerte van de betrokken inschrijver. In dit verband is een verklaring van een lopende aanvraag van het certificaat niet geldig en wordt dit beschouwd als een afwezigheid van het certificaat.

Indien de inschrijver beroep doet op onderaanneming, moet het personeel van de betrokken derde over een Nationale veiligheidsmachtiging – niveau geheim beschikken.

Vierde criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver.

De aanbestedende overheid is onderworpen aan de regels inzake overheidsopdrachten. Zij verwacht van het studiebureau de grootste onpartijdigheid op het stuk van advies. De inschrijver voegt bij zijn offerte een verklaring dat de inschrijver geen band heeft met fabrikanten, verdelers of installateurs van producten of met uitvoerders van werkzaamheden of leveringen waarvoor hij de aanbestedende overheid advies verstrekt.

Indien de inschrijver een mogelijke band heeft zoals hierboven gestipuleerd, dient hij de juridische aard van de band (commerciële, contractuele, financiële of andere...) in zijn verklaring te bepalen.”

3.4. Op 15 oktober 2019 vindt de opening van de offertes plaats.

Voor perceel 1 worden twee offertes ingediend namelijk door de cvba Robrechts & Thienpont, dit is de verzoekende partij en door de maatschap SWECO-G4S, dit is de gekozen inschrijver.

3.5. Wat het eerste perceel betreft, worden de twee voormelde offertes getoetst aan de selectiecriteria van het bestek. Bij dit onderzoek wordt de verzoekende partij niet geselecteerd omdat zij onvoldoende solvabel wordt

bevonden in het licht van de selectievereiste inzake financiële draagkracht van het bestek. Enkel de maatschap SWECO - G4S wordt geselecteerd en haar offerte wordt vervolgens formeel en materieel regelmatig bevonden. De offerte wordt als enige regelmatige offerte als eerste gerangschikt.

3.6. Op 20 januari 2019 beslist de verwerende partij om de overheidsopdracht te gunnen aan de “firma” SWECO - G4S.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt in haar nota op dat de vordering onontvankelijk is bij gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij. Zij wijst erop dat een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard in principe geen belang heeft om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

5. De verzoekende partij werd niet geselecteerd en zij blijkt haar niet-selectie in haar enig middel niet te bestrijden. Zij heeft als niet-geselecteerde inschrijver dus enkel belang bij grieven die ertoe strekken aan te tonen dat de opdracht niet aan de gekozen inschrijver, enige andere inschrijver, rechtsgeldig kon worden gegund. Het aangevoerde middel lijkt daartoe te strekken. De beoordeling van de exceptie hangt dan ook samen met de beoordeling van het middel.

V. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

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

Uiteenzetting van het middel - Voorafgaand

7. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van het beginsel van de gelijke mededinging, het transparantiebeginsel, artikel 4 en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 4, eerste lid, 8°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de materiële motiveringsplicht, het

beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en de artikelen 16, 17, 58 en 59 van de wet van 2 oktober 2017 ‘tot regeling van de private en bijzondere veiligheid’ (hierna: de wet van 2 oktober 2017).

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden doordat de verwerende partij de gekozen inschrijver in aanmerking neemt als enige regelmatige inschrijver terwijl deze had dienen te worden geweerd omwille van drie verschillende onregelmatigheden, die in drie middelonderdelen worden uiteengezet.

8. De Raad van State stelt vast dat de verzoekende partij een veelheid aan geschonden geachte bepalingen en beginselen opsomt zonder steeds duidelijk per middelonderdeel aan te geven welke van die rechtsnormen zij precies door elk van de geformuleerde feitelijke grieven geschonden acht. De beoordeling is bijgevolg beperkt tot die grieven die op het eerste gezicht meteen duidelijk zijn, in feite en in rechte.

Voorts formuleert de verzoekende partij ook bij de uiteenzetting van de feiten een uitvoerige kritiek op de bestreden beslissing in de mate dat hierbij de offerte van de inschrijver “SWEEO-G4S” wordt geselecteerd terwijl deze maatschap op het moment van het indienen van de offerte niet blijkt te zijn geregistreerd in de Kruispuntbank der Ondernemingen. Bijgevolg had zijn, volgens de verzoekende partij, niet mogen worden geselecteerd gelet op de specifieke inhoud van de opdracht en de daaruit voortvloeiende wettelijke vereiste om te beschikken over een voorafgaande vergunning als onderneming voor veiligheidsadvies –waarover een niet-geregistreerde maatschap niet kan beschikken–. In de mate dat deze kritiek niet wordt hernomen bij de uiteenzetting van het middel, wordt ze op een niet-ontvankelijke wijze aangevoerd en bijgevolg niet beoordeeld.

A. Eerste onderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel

9. De verzoekende partij voert aan dat de offerte van de gekozen

inschrijver als substantieel onregelmatig had moeten worden geweerd omdat de opdracht valt onder het toepassingsgebied van de wet van 2 oktober 2017 en noodzakelijkerwijze aldus veronderstelt dat de betrokken onderneming beschikt over een voorafgaande vergunning als onderneming voor veiligheidsadvies, zoals vereist in artikel 16 van de voormelde wet, terwijl de gekozen inschrijver niet over deze vergunning beschikt. Hoewel het bestek dit niet expliciet als een selectie criterium vermeldt, vereist het voorwerp van de opdracht absoluut dat de inschrijver over deze voorafgaande vergunning beschikt, bij gebreke waaraan er een inbreuk zou zijn op “een wet van openbare orde”. De gekozen inschrijver “SWECO-G4S”, zijnde een combinatie van ondernemers of maatschap, beschikt niet over een vergunning als onderneming voor veiligheidsadvies, en evenmin de nv Sweco Belgium, terwijl deze laatste volgens punt 5.1. van het bestek wordt beschouwd als een inschrijver en zij te dezen de combinatie van ondernemers zelfs vertegenwoordigt ten aanzien van de verwerende partij, zoals blijkt uit het proces-verbaal van opening. Het gegeven dat de nv G4S Training & Consultancy Services als één van de ondernemingen van de combinatie van ondernemers wel vergund is en vermeld wordt op de lijst van vergunde ondernemingen voor veiligheidsadvies zoals bekendgemaakt op 9 maart 2020, doet hieraan geen afbreuk.

In antwoord op het verweer betoogt de verzoekende partij dat de betrokken vergunning weliswaar niet als selectie criterium werd opgenomen in het bestek, doch de omschrijving van de opdracht op zich impliceert dat aan de vergunningsplicht moet zijn voldaan om deel te kunnen nemen aan de selectie. Zij benadrukt dat de wet van 2 oktober 2017 van openbare orde is en zij ervan mocht uitgaan dat de verwerende partij bij het aanbesteden van haar diensten niet afwijkt van haar eigen dwingende wetgeving van openbare orde. De verzoekende partij benadrukt voorts ook nog dat het op grond van artikel 16, tweede lid, van de wet van 2 oktober 2017 verboden is om zich bekend te maken als onderneming voor veiligheidsadvies zonder dat men over de vereiste vergunning beschikt. Bijgevolg zou het argument van de verwerende partij in haar nota dat de vergunning slechts vereist is bij de uitvoering van de opdracht, niet opgaan. Wat de verwijzing naar artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 betreft, op grond waarvan een combinatie van ondernemers zich mag beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie met betrekking tot de criteria inzake technische

bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, antwoordt de verzoekende partij dat deze bepaling geen afbreuk kan doen aan de dwingende bepalingen van de wet van 2 oktober 2017 die van openbare orde is, en die een voorafgaande vergunning vereist zowel voor het aanbieden van de betrokken diensten als voor het zichzelf bekendmaken als een dergelijke onderneming. Ook al is deze vergunning niet opgenomen als een selectie criterium, is deze essentieel vereist voor elke inschrijver en dus elke deelnemer aan een combinatie van ondernemers voor de opdracht *in casu*. Bovendien is, zo vervolgt de verzoekende partij, de loutere intentieverklaring tot overeenkomst die de deelnemende ondernemers hebben gesloten en op grond waarvan zij zich mogen beroepen op elkaars draagkracht, niet gelijkwaardig aan een dwingende verbintenis of overeenkomst daartoe die wordt vereist bij voormeld artikel 73, § 1.

Beoordeling

10. Zoals de verzoekende partij zelf aangeeft, is het beschikken over een vergunning als onderneming voor veiligheidsadvies in de zin van de wet van 2 oktober 2017 niet als een selectie criterium opgenomen in het bestek, noch wordt het bijvoegen ervan bij de offerte voorgeschreven, laat staan op straffe van onregelmatigheid van de offerte.

Op het eerste gezicht mocht de verwerende partij de offerte van de combinatie van ondernemers bestaande uit de nv Sweco en nv G4S Training & Consultancy bijgevolg niet weigeren voor selectie op grond van het niet beschikken over de betrokken vergunning door de combinatie van ondernemers of door de nv Sweco – de verzoekende partij betwist niet dat de nv G4S Training en Consultancy Services wel over de vergunning beschikt, althans niet op grond van de in het bestek vastgestelde selectiecriteria.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt de omschrijving van het voorwerp van de opdracht en de omstandigheid dat een onderneming die veiligheidsadvies aanbiedt of zich als een dergelijke onderneming bekendmaakt overeenkomstig artikel 16 van de wet van 2 oktober 2017 over een vergunning van de minister van Binnenlandse Zaken dient te beschikken, niet tot een ander besluit te leiden.

Immers, zo lijkt, pas op het ogenblik van de uitvoering van de opdracht zal de gekozen inschrijver moeten aantonen dat aan deze wettelijke vereiste is voldaan. Dat deze wettelijke vereiste waaraan tijdens de uitvoering van een opdracht dient te worden voldaan, niet in het bestek als selectievoorwaarde wordt opgenomen, lijkt het bestek op het eerste gezicht niet onwettig te maken, wat de verzoekende partij overigens ook niet aanvoert. Voorts blijkt nergens uit de offerte van de maatschap Sweco-G4S, dat als een vertrouwelijk stuk is neergelegd en waarop de Raad van State acht vermag slaan, dat de nv Sweco zich bekendmaakt als een onderneming voor veiligheidsadvies. Uit de taakverdeling blijkt op het eerste gezicht integendeel dat de taken met betrekking tot het veiligheidsadvies – zoals risicoanalyses op vlak van safety en security, opstellen actieplannen en opleidingen op vlak van gebruik beveiligingsinstallaties – enkel zullen worden uitgevoerd door de nv G4S Training & Consultancy Services.

11. In de mate dat de verzoekende partij in dit verband ook de schending lijkt in te roepen van het *patere legem quam ipse fecisti*- beginsel omdat volgens punt 5.1. van het bestek de nv Sweco zou moeten worden beschouwd als een inschrijver, lijkt zij op het eerste gezicht uit te gaan van een verkeerde lezing van deze besteksbepaling. Deze bepaling herneemt artikel 54, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en bevat louter de regel dat elke inschrijver slechts één offerte mag indienen per opdracht, waarbij in die context elke deelnemer aan een combinatie van ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid wordt beschouwd als een inschrijver. Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt uit die besteksbepaling niet te volgen dat elke deelnemer aan een combinatie van ondernemers afzonderlijk zou moeten voldoen aan de selectievoorwaarden en geen beroep zou mogen doen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie wat de criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid betreft, zoals nochtans is bepaald in artikel 73, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Ten slotte lijkt uit de offerte van de gekozen inschrijver te mogen worden afgeleid, niettegenstaande de vermelding van enkel de nv Sweco op het proces-verbaal van opening, dat de offerte wel degelijk door beide deelnemers aan de combinatie van ondernemers rechtsgeldig is ingediend, en nog, dat de bijgevoegde “intentieverklaring tot overeenkomst” volstaat om ten behoeve van de aanbestedende overheid aan te tonen dat beide

deelnemers aan de combinatie van ondernemers zullen kunnen beschikken over de nodige middelen, in de zin van het voormelde artikel 73, § 1, eerste lid.

12. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede onderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel

13. De verzoekende partij voert aan dat op grond van het derde selectie criterium in het bestek, de inschrijver houder dient te zijn van het certificaat ‘Nationale veiligheidsmachtiging - niveau geheim (Nationale Veiligheidsraad - wet van 11 december 1998)’ en dit zowel op het niveau van het bedrijf (inschrijver) als op het niveau van het personeel. Zij wijst erop dat “Sweco-G4S” geen geregistreerde onderneming is en in het proces-verbaal van opening enkel de nv Sweco Belgium wordt vernoemd als inschrijver. Aangezien punt 5.1. van het bestek bepaalt dat elke onderneming die deelneemt aan een combinatie van ondernemingen zonder rechtspersoonlijkheid, beschouwd wordt als een inschrijver, dient volgens de verzoekende partij nagegaan te worden of elk van deze ondernemingen beschikt over het vereiste certificaat. De nv Sweco dient bijgevolg als inschrijver ook te beschikken over een dergelijk certificaat. Aangezien de nv Sweco niet over een dergelijk certificaat beschikt, kan ook haar personeel niet over een dergelijk certificaat beschikken aangezien een veiligheidsmachtiging altijd eerst wordt toegekend op het niveau van de rechtspersoon, en pas nadien de medewerkers of natuurlijke personen een machtigingsaanvraag kunnen indienen. Daarnaast is de verzoekende partij van mening dat ook de maatschap “Sweco-G4S” op zichzelf als inschrijver over een dergelijk certificaat zou moeten beschikken. De offerte van “Sweco-G4S” werd bijgevolg ten onrechte als regelmatig beschouwd.

Beoordeling

14. In het bestek wordt onder punt ‘10.3. Bij de offerte te voegen stalen, documenten en bescheiden’ onder B) gevraagd dat de inschrijvers het certificaat “Nationale veiligheidsmachtiging - niveau geheim (Nationale

Veiligheidsoverheid-NVO-, wet van 11 december 1998) zowel op het niveau van de onderneming (inschrijver) als op individuele niveau van de voorgedragen personeelsleden uit zijn eigen personeelsbezetting” bij hun offerte voegen, en ook inzake de selectiecriteria met betrekking tot de technische bekwaamheid van de inschrijver wordt onder punt 13.1.2.2. als derde selectie criterium opgenomen dat de inschrijver houder moet zijn van vornoemd certificaat.

Op het eerste gezicht mag worden volstaan met de vaststelling dat voor de beide leden van de maatschap een veiligheidsmachtiging zoals bedoeld in artikel 13.1.2.2. van het bestek bij de offerte werd gevoegd. Tevens werden voor de voorgestelde personeelsleden onder gesloten omslag de individuele veiligheidsmachtigingen bezorgd. Het middelonderdeel lijkt dan ook uit te gaan van een verkeerde feitelijke premisse.

Om dezelfde redenen aangehaald *sub* randnummer 11 in verband met het beschikken over een vergunning als onderneming voor veiligheidsadvies, maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat volgens punt 5.1. van het bestek ook de maatschap “Sweco-G4S” op zich over het betrokken certificaat zou moeten beschikken.

15. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

C. Derde onderdeel

Uiteenzetting van het onderdeel

16. De verzoekende partij verwijst naar punt 13.1.2.2. van het bestek waarin als vierde criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver wordt gestipuleerd dat de inschrijver bij zijn offerte een verklaring voegt dat hij geen band heeft met fabrikanten, verdelers of installateurs van producten of met uitvoerders van werkzaamheden of leveringen waarvoor hij de aanbestedende overheid advies verstrekt. Ook de artikelen 58 en 59 van de wet van 2 oktober 2017 vereisen dat ondernemingen voor veiligheidsadvies “neutraliteit” in acht nemen ten opzichte van de aanbeveling van diensten en producten waarop de opdrachtgever ingevolge hun advies een beroep kan doen, en het is hun

verboden om producten of diensten aan te bieden die behoren tot de domeinen waarover zij veiligheidsadvies verstrekken. Ondernemingen voor veiligheidsadvies kunnen niet tegelijkertijd activiteiten uitoefenen van een onderneming zoals bedoeld in artikel 4, 6, 7 en 12 van de wet van 2 oktober 2017. De verzoekende partij stelt vast dat de nv G4S Training & Consultancy behoort tot de grotere G4S-groep waartoe ook verscheidene bewakings- en beveiligingsondernemingen behoren, die bijgevolg alle “verbonden of geassocieerde vennootschappen” zijn in de zin van de artikelen 1:20 en 1:21 van het Wetboek van Vennootschappen. Derhalve is er volgens de verzoekende partij zeker sprake van een niet toegelaten “band” van nv G4S Training & Consultancy met enkele verbonden ondernemingen, wat bijvoorbeeld blijkt uit het gegeven dat hun bestuurder en zetel dezelfde is. Deze ondernemingen bieden activiteiten, diensten of producten met betrekking tot het veiligheidsadvies dat door de gekozen inschrijver moet verleend worden aan de verwerende partij.

In haar zittingsnota betoogt de verzoekende partij nog dat de betrokken besteksbepaling wel degelijk vereist dat de inschrijver “geen band” heeft met ondernemingen die diensten of producten aanbieden waarover hij de aanbestedende overheid dient te informeren, en de “grootste onpartijdigheid” op het stuk van advies wordt verwacht. De verklaring in de offerte van de gekozen inschrijver dat de nv G4S Training & Consultancy Services een dochter is van de nv G4S Secure Solutions, is op zich reeds voldoende om te stellen dat er niet is voldaan aan het selectie criterium. Er valt niet te betwisten dat de moedervennootschap de nv G4S Secure Solutions een bewakingsonderneming is, met dezelfde bestuurder en een zetel op dezelfde locatie als de nv G4S Training & Consultancy Services. Stellen dat zij desondanks toch onafhankelijk van elkaar en onpartijdig functioneren is volgens de verzoekende partij weinig geloofwaardig en niet afdoende gemotiveerd in de bestreden beslissing.

Beoordeling

17. Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat de betrokken besteksbepaling op het eerste gezicht aan de inschrijver geen absoluut verbod lijkt op te leggen tot het hebben van een band met “fabrikanten, verdelers of installateurs of met uitvoerders van werkzaamheden of leveringen waarvoor hij de

aanbestedende overheid advies verstrekt”. De aanbestedende overheid verwacht wel “de grootste onpartijdigheid op het stuk van advies”. Wanneer een inschrijver een mogelijke band heeft, dient hij de juridische aard van de band (commerciële, contractuele, financiële of andere) in zijn verklaring te bepalen. Het komt dan op het eerste gezicht aan de aanbestedende overheid toe om te controleren aan de hand van de gegevens opgenomen in de verklaring en mede aan de hand van de door de inschrijver in zijn offerte vermelde referenties, zoals aangegeven in het bestek, of deze band “de grootste onpartijdigheid op het stuk van advies” van de inschrijver al dan niet in het gedrang brengt. In de mate dat het middelonderdeel uitgaat van een absolute verbodsbepaling in het bestek, faalt het dan ook in rechte.

Blijkens de offerte van de gekozen inschrijver heeft deze, wat de nv G4S Training & Consultancy Services betreft, een verklaring op eer gevoegd waarin wordt vermeld dat zij een dochteronderneming is van de bewakingsonderneming nv G4S Secure Solutions maar dat de werking van de dochteronderneming inzake veiligheidsstudies geheel zelfstandig verloopt en los van enige band met de moederverenootschap. Voorts wordt verklaard dat de nv G4S Training & Consultancy Services als onderneming voor veiligheidsadvies integraal gebonden is aan (artikel 58 van) de wet van 2 oktober 2017, op straffe van onder meer administratieve geldboetes. De kritiek van de verzoekende partij, dat de gekozen inschrijver bij zijn offerte geen verklaring op eer hieromtrent kan hebben gevoegd die met de waarheid overeenstemt, lijkt dan ook op het eerste gezicht niet ernstig.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt voorts uit de omstandigheid dat een deelnemer aan de combinatie van ondernemers, namelijk de nv G4S Training & Consultancy, een dochter is van de bewakingsonderneming nv G4S Secure Solutions op het eerste gezicht niet te kunnen worden afgeleid dat deze band tussen beide ondernemingen noodzakelijkerwijs de onpartijdigheid van de nv G4S Training & Consultancy bij de uitvoering van de voorliggende opdracht onmiskenbaar en onvermijdelijk aantast. Gelet op de formulering van de betrokken besteksbepaling wordt integendeel de mogelijkheid geboden aan een inschrijver om, ondanks het bestaan van een mogelijke band met een bewakingsonderneming, aan te tonen dat dit de onpartijdigheid van de inschrijver niet in het gedrang brengt.

18. Ook de neutraliteit die in het kader van de artikelen 58 en 59 van de wet van 2 oktober 2017 wordt gevraagd van een onderneming voor veiligheidsadvies heeft de vergunningverlenende overheid blijkbaar niet belet om aan de nv G4S Training & Consultancy Services een vergunning als onderneming voor veiligheidsadvies af te leveren, niettegenstaande deze onderneming een dochtervennootschap is van een bewakingsonderneming. Overigens zal de nv G4S Training & Consultancy ook op grond van deze bepalingen aldus haar neutraliteit moeten bewaken omtrent het te leveren veiligheidsadvies wat evenzeer een waarborg lijkt te bieden voor de aanbestedende overheid voor de onpartijdigheid van deze onderneming.

19. Ten slotte, in de mate dat de verzoekende partij in haar zittingsnota aanvoert dat de bestreden beslissing op dit punt niet afdoende zou zijn gemotiveerd, lijkt zij aan het derde middelonderdeel een nieuwe wending te geven die zij eerder in het debat had kunnen en moeten brengen. De verzoekende partij maakt in ieder geval niet aannemelijk dat de bondige motivering omtrent het voldoen van de gekozen inschrijver aan de selectievoorwaarden het haar onmogelijk zou hebben gemaakt met kennis van zaken te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de beslissing tot selectie van de gekozen inschrijver aangezien zij te dezen haar grief daaromtrent heeft kunnen ontwikkelen.

20. Het derde onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

21. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

3. De kennisgeving van dit arrest aan de partijen gebeurt met een e-mailbericht.

Dit arrest is uitgesproken op achtentwintig april tweeduizend twintig door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Patricia De Somere