

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.190 van 11 december 2023
in de zaak A. 240.483/XII-9427**

In zake: de BV T&D SECURITY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans en Stef Feyen
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpssteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT, vertegenwoordigd door haar college van
burgemeester en schepenen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 november 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de verwerende partij van 26 oktober 2023, waarmee de overheidsopdracht van diensten (‘Bewaking van parkings te Gent – MB 03/2023’) wordt gegund aan de naamloze vennootschap Securitas [...] doch niet aan [de bv T&D Security]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 november 2023.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stef Feyen en advocaat Thomas Dirven, die *loco* advocaat Jens Mosselmans, verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Manik Peferoen, die *loco* advocaat Wim Rasschaert, verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 de aanneming van diensten, met als voorwerp “Bewaking van parkings te Gent”.

In het bestek dat op deze opdracht van toepassing is, wordt het voorwerp van de opdracht nader omschreven als volgt:

“De uit te voeren diensten betreffen het uitvoeren van bewakingsprestaties in de parkings van het Mobiliteitsbedrijf te Gent.
Het Mobiliteitsbedrijf is exploitant van negen parkeergebouwen: de ondergrondse parkings Vrijdagmarkt, Reep, Savaanstraat, Sint-Michiels, Ramen, Sint-Pietersplein, Tolhuis en de bovengrondse parkeergebouwen Ledeberg en Het Getouw. Voor het uitvoeren van de bewakingsprestaties van deze parkeergebouwen wenst de aanbestedende overheid een beroep te doen op een privéfirma. Voor alle duidelijkheid wordt gesteld dat het een dienstenopdracht betreft en dat het geenszins de bedoeling is dat de inschrijver zou optreden als zelfstandig exploitant (concessie van diensten). De beveiliging gebeurt via een combinatie van statische en mobiele bewaking: in een aantal zgn. ‘kernparkings’ is steeds een bewakingsagent ter plaatse, in de overige ‘remote’ parkings is geen vaste agent aanwezig maar wordt de bewaking verzorgd door mobiele agenten die zich continu verplaatsen tussen deze locaties.”

Er wordt gekozen voor een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. Het bestek vermeldt onder punt II.5.2 als één van de selectiecriteria inzake de technische of beroepsbekwaamheid: “het bewijs dat [de inschrijver] in het bezit is van een vergunning zoals bepaald in de Wet tot regeling van de private en bijzonder veiligheid van 2 oktober 2017 en zijn wijzigingen, en dat hij voldoet aan de overige bepalingen van deze wetten. Deze vergunning dient een geldigheidsduur te hebben tot minimum 1 jaar na het aanvatten van de bewakingsopdracht”.

Onder punt II.5.4 van het bestek wordt als volgt gewezen op de mogelijkheid om een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten:

“-De inschrijver mag zich beroepen op de financiële en economische draagkracht en technische of beroepsbekwaamheid van andere entiteiten om aan te tonen dat hij beantwoordt aan de selectiecriteria vermeld onder punt II.5.2 en dit ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten (onderaannemers, verbonden ondernemingen, ...).

-In dat geval voegt de inschrijver bij zijn offerte een schriftelijke verklaring van deze entiteiten, waarin zij zich ertoe verbinden om de inschrijver voor de uitvoering van de opdracht de noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen.

-Deze entiteiten mogen zich evenmin in een uitsluitingstoestand bevinden vermeld onder punt II.5.1.

In voorkomend geval, dient de inschrijver de entiteit te vervangen op straffe van niet-selectie.

De aanbestedende overheid verifieert in elk geval online via de Telemarc-toepassing de uitsluitingsgronden sociale en fiscale schulden.

In geval van effectief beroep op andere entiteiten, vermeldt de inschrijver dat op het UEA en zijn ook alle entiteiten op wiens capaciteiten de inschrijver zich beroept verplicht een UEA in te vullen [...].”

Het bestek vermeldt voorts onder punt II.8.5 als bij de offerte te voegen bescheiden wat de selectie betreft, onder meer, in voorkomend geval “een schriftelijke verklaring vanwege de entiteiten, op wiens capaciteiten de inschrijver zich beroept om aan te tonen dat hij beantwoordt aan de selectiecriteria van punt II.5.2, waarin zij zich ertoe verbinden om de inschrijver voor de uitvoering van de

opdracht de noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen” en “het bewijs dat hij in het bezit is van een vergunning zoals bepaald in de Wet tot regeling van de private en bijzonder veiligheid van 2 oktober 2017 en zijn wijzigingen, en dat hij voldoet aan de overige bepalingen van deze wetten [...]”.

Voorts is punt IV.0.1 ‘inleiding’ van de technische bepalingen van het bestek relevant, dat inzake de zogenaamde “remote” parkings nog het volgende bepaalt:

“De parkeergarages Reep, Savaanstraat, Ramen, Tolhuis, Ledeberg en Het Getouw zijn de zgn. ‘remote parkings’: in deze parkings is er dus niet continu een bewakingsagent ter plaatse. Deze zes parkings worden 24u/24u en 7dagen/7 bewaakt door 2 mobiele agenten. Deze agenten verplaatsen zich gedurende hun bewakingsshift over de zes verschillende locaties om bewaking en interventies uit te voeren. In hun bewakingstaken worden ze bijgestaan door de agenten in de kernparkings die de camerabeelden monitoren. De mobiele agenten voeren de bewakingstaken uit volgens een schema dat samen met de opdrachtgever wordt bepaald. Dit schema kan echter op ieder ogenblik worden aangepast door een centrale dispatching van de bewakingsfirma. Indien een (dringende) interventie in een remote parking moet gebeuren, dan zal deze dispatching contact opnemen met de mobiele agent en hem/haar aansturen. Alle alarmen uit de parkings moeten in deze centrale dispatching worden ontvangen, waarop de mobiele agenten op interventie moeten gestuurd worden door deze dispatching. Alle kosten voor het doorsturen van deze alarmen (voorbereiding, uitvoering, ...) moeten inbegrepen zijn in de opgegeven eenheidsprijzen voor de mobiele bewaking van de remote parkings.”

De technische bepalingen van het bestek vermelden hierover eveneens het volgende:

“Om de veiligheid van de bewakingsagent te verzekeren is contact met een centraal dispatchingcentrum verplicht. In geval van noodsituatie moet de (geïsoleerde) bewakingsagent in staat zijn om een alarmsignaal uit te zenden naar dit centraal dispatchingcentrum. De communicatiemiddelen om dit alarmsignaal te versturen, moeten door de inschrijver worden voorzien en zijn inbegrepen in hun offerte. In dit dispatchingcentrum moeten alle alarmen van de parkings toekomen. Alle kosten om dit te bewerkstelligen en te onderhouden zijn uiteraard te laste van de dienstverlener en moeten dus in de opgegeven prijzen voor bewaking inbegrepen zijn. Dit dispatchingcentrum stuurt de mobiele agenten uit op interventie in geval van alarm.”

3.4 Twee inschrijvers dienen een offerte in, de verzoekende partij en de nv Securitas.

De verzoekende partij geeft in het offerteformulier aan dat zij zich beroept op de draagkracht van een andere entiteit, met name de nv Q.B., en voegt hiervoor bij haar offerte een schriftelijke verklaring, evenals een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA). Een bewijs van vergunning van de verzoekende partij als bewakingsonderneming, zowel voor statische als voor mobiele bewaking, is eveneens toegevoegd aan de offerte.

In het plan van aanpak, zoals opgenomen in de offerte van de verzoekende partij en weergegeven in haar verzoekschrift, wordt onder meer het volgende vermeld:

“Dispatching en meldkamer

T&D Security beschikt over een eigen dispatching. Dit centrale nummer is 24/7 bereikbaar voor al onze medewerkers en klanten. Hierop kunnen zowel klanten als agenten terecht met vragen en opmerkingen maar deze kunnen ook verschillende alarmen ontvangen en dispatchen naar de nodige belanghebbenden.

T&D Group werkt bovendien ook samen met de onafhankelijke erkende meldkamer/alarmcentrale [nv P.G.] als vaste partner. Deze vergunde meldkamer heeft 17.000 aangesloten klanten en beschikt over al de wettelijke vereisten en is ISO9001 en Incert gecertificeerd. De meldkamer kent een permanente bemanning van minimaal 2 operatoren dewelke allen minimaal tweetalig zijn.

Door zowel de interne dispatching als de meldkamer te combineren is T&D Security uitermate goed bereikbaar in geval van problemen.”

3.5. Op 13 oktober 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld. Onder een titel 3. ‘Onderzoek van de uitsluitingsgronden’ wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan het vereiste indienen van een verbintenis en “de verplichte UEA’s [...] in hoofde van de entiteiten op wiens capaciteiten de inschrijver zich beroept in het kader van de kwalitatieve selectie”, hetgeen wordt toegelicht als volgt:

“Securitas nv beroept zich niet op de capaciteiten van andere entiteiten.

T&D Security bv beroept zich wel op de capaciteiten van andere entiteiten. Ze doen beroep op de financiële draagkracht van [nv Q.B.] en dit bedrijf diende een correct UEA in.

In de rubriek Technische middelen van de offerte vermeldt T&D Security bv nog een tweede entiteit, m.n. ‘T&D Group werkt bovendien ook samen met de onafhankelijke erkende meldkamer/alarmcentrale [nv P.G.] als vaste partner. (...) Door zowel de interne dispatching als de meldkamer te combineren is T&D Security uitermate goed bereikbaar in geval van problemen’ (offerte p. 138/193).

De meldkamer/alarmcentrale is noodzakelijk voor de behandeling en verwerking van bepaalde alarmen waarmee de parkings van Stad Gent zijn uitgerust. Een erkende meldkamer wordt vereist door de Wet tot regeling van de private en bijzonder veiligheid en moet voldoen aan de bepalingen van deze wet.

T&D Security bv beroept zich hiervoor op de capaciteiten van [nv P.G.]. Bij controle op de website van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken afdeling Algemene Directie Veiligheid & Preventie (<https://www.besafe.be/nl/vergunningen-en-activiteiten>) blijkt dat [nv P.G.] een door de FOD Binnenlandse Zaken erkende en vergunde meldkamer is.

Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, dient hij overeenkomstig artikel 73, § 1, eerste lid KB Plaatsing 2017, aan te tonen dat hij ten behoeve van de aanbestedende overheid zal kunnen beschikken over de nodige middelen, met name door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten. Een dergelijke verbintenis dient te worden voorgelegd, ongeacht de juridische band met de derde op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan.

Bovendien dient de inschrijver die een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten op grond van paragraaf 2 van het voormelde artikel 73 daar melding van te maken in het UEA. Tot slot dient voor een derde op wiens draagkracht beroep wordt gedaan, afzonderlijk een UEA te worden ingediend (RvS nr. 242.092, 10 juli 2018 NV BSV).

In de offerte van T&D Security bv is geen ingevuld UEA van [nv P.G.] aanwezig en evenmin een schriftelijke verklaring vanwege deze partner dat zij zich ertoe verbinden om T&D Security bv voor de uitvoering van de opdracht de noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen.

Miskennen van UEA-voorschriften maakt een offerte substantieel onregelmatig (art. 76, § 1, vierde lid, 2° KB Plaatsing 2017). Bij een openbare procedure leidt deze substantiële onregelmatigheid automatisch tot de nietigheid van de offerte. In dit geval beschikt de aanbestedende overheid over geen enkele beoordelingsruimte. Bijgevolg ziet de aanbestedende overheid zich verplicht de offerte van T&D Security te weren.

Vermits de offerte van T&D Security bv nietig wordt verklaard, wordt ook geen verder onderzoek meer uitgevoerd.”

In het gunningsverslag wordt aldus besloten dat de offerte van T & D Security substantieel onregelmatig is en moet worden geweerd.

3.6. Op 26 oktober 2023 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het gunningsverslag van 13 oktober 2023 goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Securitas.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 30 oktober 2023 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte werd geweerd als substantieel onregelmatig. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4. Hierover ondervraagd ter terechtzitting, bevestigt de raadsman van de verzoekende partij dat enkel de beslissing wordt bestreden waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv Securitas.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

6. Het is passend het tweede middel eerst te beoordelen.

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het tweede middel

7. In een tweede middel, dat in twee onderdelen wordt opgesplitst, wordt de schending aangevoerd van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en van artikel 65 van het koninklijk besluit van 8 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017).

7.1. In een eerste onderdeel, gesteund op het transparantiebeginsel, betoogt de verzoekende partij dat nergens transparant uit de opdrachtdocumenten blijkt dat het beschikken over een vergunning als alarmcentrale een selectie criterium zou uitmaken. Zij stelt dat het voorwerp van de opdracht werd omschreven als een “combinatie van statische en mobiele bewaking”. Weliswaar werd als selectie criterium opgelegd dat een inschrijver diende te beschikken over “een vergunning” zoals bepaald in de wet van 2 oktober 2017 ‘tot regeling van de private en bijzondere veiligheid’ (hierna: de wet van 2 oktober 2017), maar nergens werd geduid wat de draagwijdte van de vergunning diende te zijn.

Op grond van het bestek diende elke redelijke en oplettende inschrijver ervan uit te gaan dat de vergunning hoogstens betrekking had op statische en mobiele bewakingsactiviteiten in de zin van de wet van 2 oktober 2017. Uit niets kon worden afgeleid dat het vergund zijn als alarmcentrale een voorwaarde zou vormen om regelmatig in te schrijven, laat staan dat het te dezen een selectie criterium zou betreffen.

Dit wordt volgens de verzoekende partij ook niet opgelegd door de wet van 2 oktober 2017 zelf. Meer zelfs, in artikel 27 van de voornoemde wet wordt volgens haar uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorzien voor een bewakingsonderneming zoals de verzoekende partij om, zonder zelf te beschikken over een specifieke vergunning als alarmcentrale, de diensten die een (vergunde) alarmcentrale aanbiedt op te nemen in een aanbod.

In een dergelijke constellatie kon geen enkele redelijke inschrijver verwachten dat het vergund zijn als alarmcentrale dwingend werd opgelegd. Uit het bestek kan immers bezwaarlijk worden afgeleid dat de uitvoering van de opdracht vereist dat een (vergund) beheerder van een alarmcentrale wordt ingeschakeld, laat staan dat zulks zou worden opgelegd als selectiecriteria, wat een vergunning als alarmcentrale zou impliceren en de markt zonder verantwoording zou beperken tot een elftal ondernemers.

7.2. In een tweede onderdeel doet de verzoekende partij gelden dat geen enkel gepast niveau blijkt te zijn gekoppeld aan dit selectiecriteria. Zij betoogt dat, wanneer een vergunning zou kwalificeren als een selectie-eis, minstens moest worden aangegeven welke precieze activiteiten vergund dienen te zijn. De verzoekende partij maakt daarbij de vergelijking met de regeling voor de erkenning van aannemers in de context van opdrachten van werken en het in artikel 70, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 vervatte vereiste om in de aankondiging of, bij gebrek daaraan, de opdrachtdocumenten, te vermelden welke erkenning vereist is.

Beoordeling

Eerste onderdeel

8. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze. De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel impliceren dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren.

Artikel 65 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“Onverminderd artikel 42, § 3, eerste lid, 2°, van de wet, worden de selectiecriteria alsook de aanvaardbare bewijsmiddelen door de aanbestedende overheid vermeld in de aankondiging van de opdracht of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdrachtdocumenten.

De aanbestedende overheid is verplicht om elk kwalitatief selectiecriterium van economische, financiële en/of technische aard, te verbinden aan een gepast niveau, behalve wanneer één van de gebruikte criteria zich daar niet toe leent.

Indien de aanbestedende overheid een economisch, financieel of technisch criterium gebruikt dat zich niet leent tot de vaststelling van een niveau, moet dit criterium gepaard gaan met een tweede criterium van dezelfde aard dat zich wel daartoe leent.

Elk criterium moet geformuleerd worden op een voldoende duidelijke wijze teneinde de selectie van de kandidaten of van de inschrijvers toe te laten.”

9. De wet van 2 oktober 2017, die luidens artikel 13 ervan van openbare orde is, bepaalt in artikel 3 welke activiteiten voor de toepassing van deze wet worden beschouwd als bewakingsactiviteiten. Te dezen zijn relevant artikel 3, 1°, “statische bewaking van roerende of onroerende goederen”, artikel 3, 2°, “mobiele bewaking van roerende of onroerende goederen en interventie na alarm”, en artikel 3, 4°, “beheer van een alarmcentrale”.

Een “alarmcentrale” wordt in artikel 2, 23°, van de wet van 2 oktober 2017 gedefinieerd als:

“met uitsluiting van de 112-centra, de onderneming die:

- a) signalen afkomstig van alarmsystemen ontvangt en verwerkt,
- b) goederen, uitgerust met volgsystemen, lokaliseert teneinde vermissing, beschadiging of vernieling ervan te voorkomen of vast te stellen,
- c) oproepen van personen in nood ontvangt en verwerkt of
- d) afstandscontrole van toegangen en uitgangen verzekert.”

Artikel 42 van de wet van 2 oktober 2017 bepaalt dat “(o)ndernemingen [...] slechts de in deze wet voorziene activiteiten [kunnen] organiseren, of aanbieden of uitoefenen, waarvoor ze een vergunning hebben verkregen”. In de lijn daarvan bepaalt artikel 21 van dezelfde wet dat “(d)e vergunning [...] de vergunde activiteiten [vermeldt].

Artikel 27 van de wet van 2 oktober 2017 bepaalt:

“In afwijking van artikel 42 moeten de ondernemingen voor alarmsystemen die zich beperken tot het aanbieden van diensten inzake interventie na alarm, zoals bedoeld in artikel 3, 2°, of inzake beheer van een alarmcentrale, zoals bedoeld in artikel 3, 4°, zonder deze activiteiten zelf uit te oefenen, niet beschikken over een vergunning als bewakingsonderneming.

In afwijking van artikel 42 en artikel 53 moeten de bewakingsondernemingen vergund voor de uitoefening van activiteiten inzake interventie na alarm, zoal[s] bedoeld in artikel 3, 2°, of inzake beheer van een alarmcentrale, zoals bedoeld in artikel 3, 4°, die zich beperken tot het aanbieden van diensten zoals bedoeld in artikel 6, zonder deze activiteiten zelf uit te oefenen, niet beschikken over een vergunning als onderneming voor alarmsystemen.

De in dit artikel vermelde diensten maken het voorwerp uit van een schriftelijke overeenkomst tussen de aanbiedende onderneming en de opdrachtgever. [...]”

10. Het eerste selectie criterium inzake de technische of beroepsbekwaamheid van de inschrijver wordt in het bestek omschreven als “het bewijs dat hij in het bezit is van een vergunning zoals bepaald in de [wet van 2 oktober 2017] en zijn wijzigingen, en dat hij voldoet aan de overige bepalingen van deze wetten. Deze vergunning dient een geldigheidsduur te hebben tot minimum 1 jaar na het aanvatten van de bewakingsopdracht”.

Volgens de verzoekende partij kan hieronder geen vergunning voor de uitoefening van de bewakingsactiviteit “beheer van alarmcentrales” worden begrepen.

11. Bij het beoordelen van de duidelijkheid van een bestek, dient rekening te worden gehouden met het geheel van de besteksbepalingen. De in voormeld selectie criterium gehanteerde terminologie moet worden begrepen in het licht van de omschrijving van het voorwerp van de opdracht en de technische bepalingen van het bestek, die een nadere invulling geven aan wat van de inschrijvers wordt verwacht.

Uit de omschrijving van het voorwerp in het bestek blijkt dat de uit te voeren diensten het uitvoeren van bewakingsprestaties betreffen in de parkings van het Mobiliteitsbedrijf te Gent. Daarbij wordt uitdrukkelijk gesteld dat

“[d]e beveiliging gebeurt via een combinatie van statische en mobiele bewaking: in een aantal zgn. ‘kernparkings’ is steeds een bewakingsagent ter plaatse, in de overige ‘remote’ parkings is geen vaste agent aanwezig maar wordt de bewaking verzorgd door mobiele agenten die zich continu verplaatsen tussen deze locaties.”

In de onder het feitenrelaas reeds aangehaalde technische bepalingen van het bestek worden de uit te voeren diensten met betrekking tot de zogenaamde “remote” parkings nader omschreven.

De “centrale dispatching” moet blijkens deze bepalingen “alle alarmen uit de (remote) parkings [...] ontvangen waarna de mobiele agenten op interventie moeten gestuurd worden door deze dispatching”. Het ontvangen van een alarm en de daaropvolgende interventie ter plaatse, ter verificatie van de alarmsituatie, lijkt aldus door de verwerende partij niet ten onrechte te worden beschouwd als een wezenlijk onderdeel van de opdracht. Deze omschrijving van activiteiten lijkt bovendien te beantwoorden aan de hoger geciteerde definitie van “alarmcentrale” in artikel 2, 23° van de wet van 18 april 2017, namelijk een “onderneming die signalen afkomstig van alarmsystemen ontvangt en verwerkt”.

12. Bij het beoordelen van de duidelijkheid van een bestek, dient voorts ook rekening te worden gehouden met degenen waarvoor het bestek bedoeld is. Er mag worden verondersteld dat voor professionelen in de betrokken sector voldoende duidelijk is dat hetgeen omschreven wordt in het voorwerp van de opdracht en de technische bepalingen van het bestek kwalificeert als vergunningsplichtige bewakingsactiviteiten en hoe die bepalingen zich verhouden tot de eigen vergunning. Uit het geheel van de besteksbepalingen lijkt op het eerste gezicht door een normaal zorgvuldig inschrijver, gespecialiseerd in de betrokken materie, begrepen te kunnen worden dat de uitvoering van de opdracht ook effectief vereist dat een vergund beheerder van een alarmcentrale wordt ingeschakeld.

De verzoekende partij lijkt dit ook zelf zo begrepen te hebben waar zij in haar offerte de combinatie van een interne dispatching en een vergunde meldkamer aanbiedt.

Het feit dat het bestek in het betrokken selectie criterium niet exhaustief oplijst voor welke activiteiten een vergunning moet worden gevoegd bij de offerte, om aan te tonen dat is voldaan aan voormeld selectie criterium, laat op het eerste gezicht niet toe aan te nemen dat het betrokken selectie criterium onduidelijk is. Het lijkt immers dat een aanbestedende overheid er mag van uitgaan dat de inschrijvers op een overheidsopdracht goed op de hoogte zijn van de op hen rustende wettelijke en reglementaire verplichtingen en deze ook zullen naleven bij het formuleren van hun aanbod en de uitvoering van de opdracht. Het lijkt daarbij op het eerste gezicht niet vereist dat de aanbestedende overheid in de omschrijving van het selectie criterium zelf uitdrukkelijk alle toepasselijke bewakingsactiviteiten en vereisten van de wet van 2 oktober 2017 herneemt.

13. In zoverre de verzoekende partij zich nog beroept op artikel 27 van de wet van 2 oktober 2017 past het de memorie van toelichting bij deze bepaling in herinnering te brengen, waarin het volgende wordt gesteld:

“De activiteiten van installatie van alarmsystemen, de opvolging van alarmsignalen en interventie na alarm zijn juridisch drie gescheiden activiteiten die respectievelijk worden uitgeoefend door ondernemingen voor alarmsystemen (installatie), alarmcentrales (opvolging alarmsignalen) en bewakingsondernemingen (interventie na alarm). Op commercieel vlak worden ze vaak op een gebundelde wijze aangeboden aan de klant. Strikt genomen moet de aanbieder van deze gebundelde diensten beschikken over een vergunning voor de drie onderdelen ervan. Deze bepaling laat toe dat de onderneming die over een vergunning beschikt voor de uitoefening van één van deze drie onderdelen, ze weliswaar alle drie kan aanbieden, maar voor de daadwerkelijke uitoefening ervan beperkt is tot het onderdeel waarvoor ze ook over een vergunning beschikt. Zo zal een onderneming voor alarmsystemen ook diensten kunnen aanbieden voor alarmopvolging en interventie van alarm, maar effectief slechts het alarm kunnen installeren; de twee andere componenten zullen slechts kunnen worden uitgevoerd door daarvoor vergunde ondernemingen, met wie het installatiebedrijf daaromtrent ook afspraken gemaakt heeft” (*Parl.St. Kamer, 2016-2017, nr. 2388/001, p. 27*).

Zoals ook bevestigd wordt in de memorie van toelichting laat deze bepaling de houder van een vergunning toe om gebundelde activiteiten aan te bieden, zelfs al dekt die vergunning slechts een deel van die activiteiten. De verzoekende partij gaat er evenwel aan voorbij dat die mogelijkheid beperkt blijft tot het enkele aanbieden van die gebundelde activiteiten en dat de activiteit

waarvoor zij niet over een vergunning beschikt slechts zal kunnen worden uitgevoerd door een daarvoor vergunde onderneming. Blijkens de memorie van toelichting vergt het aanbieden van gebundelde activiteiten dan ook afspraken tussen de vergunde bewakingsondernemingen. Ook artikel 27 van de wet van 2 oktober 2017 lijkt zich aldus niet te verzetten tegen de door de verwerende partij voorgestane interpretatie van het voormelde selectie criterium in de zin dat hieronder ook een vergunning voor de uitoefening van de bewakingsactiviteit “beheer van alarmcentrales” dient te worden begrepen.

14. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

15. De verzoekende partij kan op het eerste gezicht evenmin worden bijgevalen in haar kritiek aangaande het ontbreken van een gepast niveau wat dit selectie criterium betreft.

Wat het vereiste van een vergunning zoals bepaald in de wet van 2 oktober 2017 betreft, moet erop worden gewezen dat een kwalitatief selectie criterium voorligt dat uit zichzelf een niveau lijkt te bevatten. Luidens artikel 32 van de wet van 2 oktober 2017 wordt de vergunning als bewakingsonderneming immers pas verleend indien de aanvrager voldoet aan alle in of krachtens de bepalingen van deze wet bepaalde voorwaarden en aan de door de Koning vastgestelde minimumvereisten inzake personeel en organisatorische, technische en infrastructurele middelen waarover de onderneming of de interne dienst moet beschikken en de gedragsregels die ze dienen te respecteren. In het koninklijk besluit van 25 april 2021 ‘betreffende de minimumvereisten inzake personeel en organisatorische, technische en infrastructurele middelen van bewakingsondernemingen, interne bewakingsdiensten en veiligheidsdiensten’, dat uitvoering geeft aan de voormelde bepaling, worden onder meer minimumvereisten vastgesteld voor de uitoefening van bewakingsactiviteiten en voor de uitoefening van de bewakingsactiviteit “beheer van alarmcentrales”.

In het licht van het voorgaande kan de verzoekende partij evenmin worden bijgevalen in haar kritiek ter terechtzitting wat het ontbreken

betreft van een tweede criterium van dezelfde aard dat zich wel leent tot het vaststellen van een gepast niveau.

16. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het eerste middel

17. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 38, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ alsook het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht. Zij vat dit middel als volgt samen:

“Zonder in deze optiek zorgvuldig onderzoek te hebben gevoerd en zonder dat hiervoor in feite of in rechte aanvaardbare motieven voorliggen, besluit de aanbestedende overheid dat verzoekende partij beroep zou doen op de draagkracht van een entiteit [de nv P. G.] om te voldoen aan de selectiecriteria.

Nochtans volgt ten eerste niet uit de offerte dat verzoekende partij op de draagkracht van [de nv P.G.] heeft beroep gedaan. Verder blijkt beroep doen op de draagkracht van deze entiteit bovendien helemaal niet nodig aangezien de verzoekende partij zelf volledig voldoet aan de door de Stad Gent opgelegde selectiecriteria.

In die omstandigheden kan een wering van de offerte van de verzoekende partij allerminst worden verantwoord en kan in geen geval artikel 76, § 1, vierde lid, 2° van het KB Plaatsing worden aangevoerd om de wering van de offerte van verzoekende partij te verantwoorden, waardoor de bestreden beslissing *prima facie* onwettig is.”

In haar toelichting stelt de verzoekende partij dat uit geen enkel element in haar offerte blijkt dat werd beoogd beroep te doen op de draagkracht van de nv P.G. Het citaat uit haar offerte waarnaar het gunningsverslag verwijst, maakt deel uit van een plan van aanpak waarin de verzoekende partij toelicht hoe zij beoogt tegemoet te komen aan de technische specificaties die in het bestek zijn opgelegd met betrekking tot de “remote” parkings. Door in haar offerte aan te stippen dat zij beschikt over een eigen dispatching (die alarmen kan ontvangen)

komt de verzoekende partij tegemoet aan de technische eisen gesteld in het bestek. Ten overvloede wordt in de offerte verduidelijkt dat de verzoekende partij ook kan samenwerken met een meldkamer [P.G.], die – naast tien andere ondernemingen in België – als alarmcentrale in de zin van artikel 2, 23°, van de wet van 2 oktober 2017 is vergund.

In zoverre een alarmcentrale “noodzakelijk [is] voor de behandeling en verwerking van bepaalde alarmen waarmee de parkings van Stad Gent zijn uitgerust”, gaat het volgens haar om een technische specificatie die betrekking heeft op de daadwerkelijke uitvoering van de opdracht, en niet om een selectie criterium. Bij de uiteenzetting van de selectiecriteria wordt louter verzocht dat de inschrijver bewijst “dat hij in het bezit is van een vergunning zoals bepaald in de [wet van 2 oktober 2017] en zijn wijzigingen, en dat hij voldoet aan de overige bepalingen van deze wetten”. De verzoekende partij stelt dat zij over een dergelijke vergunning beschikt en als activiteit onder andere de statische en mobiele bewaking van roerende of onroerende goederen mag uitvoeren, welke activiteiten het voorwerp van de opdracht uitmaken.

De verzoekende partij besluit dat aangezien zijzelf tegemoetkomt aan de gestelde eisen op het vlak van technische en beroepsbekwaamheid en geen indicaties uit de offerte voorliggen waaruit zou kunnen worden afgeleid dat zij beoogt beroep te doen op de draagkracht van de nv P.G., het allerm minst nodig was om een UEA voor deze onderneming toe te voegen, dan wel een verbintenis om over de nodige middelen te beschikken.

Beoordeling

18. Artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn. De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn. Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° [...]

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° [...]

§ 2. [...]

§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig.

[...]"

Overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wordt de niet-naleving van het vereiste bedoeld in artikel 38, § 1, van dit besluit, namelijk het voorleggen van het UEA, overeenkomstig artikel 73 van de wet overheidsopdrachten 2016, “op het ogenblik van de indiening van de offerte”, beschouwd als een substantiële onregelmatigheid.

19. Als eerste selectie criterium inzake de technische of beroepsbekwaamheid van de inschrijver vereist het bestek dat de inschrijver in het bezit is van een vergunning zoals bepaald in de wet van 2 oktober 2017 en dat hij voldoet aan de overige bepalingen van deze wetten.

Indien een inschrijver zich beroept op de technische of beroepsbekwaamheid van een andere entiteit om aan te tonen dat hij beantwoordt aan voormeld selectie criterium dient de inschrijver overeenkomstig artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en het bestek bij zijn offerte een schriftelijke verklaring te voegen van deze entiteit, waarin deze zich ertoe verbindt om de inschrijver voor de uitvoering van de opdracht de noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen. Het bestek bepaalt voorts dat “[in geval van effectief beroep op andere entiteiten, [...] de inschrijver dat [vermeldt] op het UEA en [...] ook alle entiteiten op wiens capaciteiten de inschrijver zich beroept verplicht [zijn] een UEA in te vullen [...]”.

20. Uit het gunningsverslag, dat inhoudelijk wordt bijgevalen door de gunningsbeslissing, blijkt dat de verwerende partij besluit tot de substantiële

onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij, omdat zij, naast het beroep op de financiële draagkracht van een andere onderneming, nog een tweede entiteit vermeldt in de rubriek ‘Technische middelen’ van de offerte, met name de “erkende meldkamer/alarmcentrale [nv P.G.]”. De verwerende partij stelt dat een meldkamer/alarmcentrale “noodzakelijk [is] voor de behandeling en verwerking van bepaalde alarmen waarmee de parkings van Stad Gent zijn uitgerust” en “wordt vereist door de [wet van 2 oktober 2017] en moet voldoen aan de bepalingen van deze wet”. Volgens de verwerende partij beroept de verzoekende partij zich hiervoor op de technische bekwaamheid van de nv P.G., doch wordt daarvan, met miskenning van artikel 73 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, geen melding gemaakt in het UEA en geen verbintenis voorgelegd vanwege de nv P.G. waaruit blijkt dat de verzoekende partij zal kunnen beschikken over de nodige middelen. Zij stelt voorts vast dat voor de nv P.G., op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan, evenmin een afzonderlijk UEA wordt gevoegd bij de offerte. Daarom verklaart de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij krachtens artikel 76, § 1, vierde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 substantieel onregelmatig en dienvolgens nietig.

21. Zoals reeds werd vastgesteld bij de beoordeling van het tweede middel, lijkt uit voormeld selectiecriterium, in samenlezing met het geheel van de besteksbepalingen en de voormelde wet van 2 oktober 2017 begrepen te kunnen worden dat ook een vergunning als meldkamer onontbeerlijk is om de opdracht te kunnen uitvoeren. Een dergelijke vergunning lijkt te dezen dan ook niet anders te kunnen worden opgevat dan als een selectievereiste.

22. Uit de offerte van de verzoekende partij en de lijst van de vergunde bewakingsondernemingen blijkt dat zij vergund is voor het exploiteren van een bewakingsonderneming en dat deze vergunning onder meer betrekking heeft op het uitoefenen van de statische en mobiele bewaking van roerende of onroerende goederen. De verzoekende partij is niet vergund voor het beheer van een alarmcentrale.

23. De verzoekende partij voert aan dat zij niet verplicht was om een verbintenis en afzonderlijk UEA bij haar offerte te voegen voor de nv P.G.

aangezien zij geen beroep doet op de draagkracht van deze entiteit om aan de selectiecriteria te voldoen.

In zoverre de verzoekende partij in haar offerte in haar plan van aanpak onder de titel ‘Dispatching en meldkamer’ toelicht dat zij beschikt over een eigen dispatching, blijkt op het eerste gezicht niet duidelijk dat deze dispatching zoals vereist door het bestek “alle” alarmen kan ontvangen en verwerken. Bovendien wordt de samenwerking met de vergunde alarmcentrale nv P.G., anders dan de verzoekende partij lijkt te betogen in haar verzoekschrift, in haar offerte niet voorgesteld als “ten overvloede” maar als een effectieve combinatie van de eigen dispatching van de verzoekende partij en de meldkamer/alarmcentrale van de nv P.G.

Gelet op de vermeldingen die de verzoekende partij in haar offerte zelf heeft opgenomen, lijkt de verwerende partij terecht te hebben mogen concluderen dat de verzoekende partij voor de uitvoering van de opdracht, wat de meldkamer betreft, een beroep doet op de nv P.G. en aldus geacht wordt een beroep te doen op de draagkracht van deze entiteit. Het gegeven dat dit door de verzoekende partij niet werd aangegeven in het inschrijvingsformulier op de daartoe bestemde plaats, doet niet anders besluiten. De verwerende partij mocht zich steunen op de vermeldingen in de offerte zelf van de verzoekende partij.

In de gegeven omstandigheden lijkt de verwerende partij dan ook niet te kunnen worden verweten dat zij, ondanks de niet-vermelding van de nv P.G. in het offerteformulier van de verzoekende partij als entiteit op wiens draagkracht beroep wordt gedaan, heeft vastgesteld dat de verzoekende partij in de feiten wel degelijk een beroep doet op de draagkracht van deze entiteit, doch zonder de vereiste verbintenis en het vereiste UEA vanwege deze entiteit voor te leggen.

24. Het eerste middel is niet ernstig.

VII. Besluit

25. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook 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 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op elf december tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door
Silja Doms,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Inge Vos