

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 236.113 van 13 oktober 2016

in de zaak A. 220.295/XII-8232

In zake: 1. René LAEREMANS
2. Xavier KISSER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de POLITIEZONE ZUIDERKEMPEN 5365
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tessa Van Herck
kantoor houdend te 3128 Tremelo
Baalsebaan 183

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 september 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- “- De beslissing van de politieraad d.d. 26 augustus 2016, door verzoekende partijen per gewone post ontvangen op 1 september 2016, waarbij de overheidsopdracht voor takelopdrachten op grondgebied van de politiezone wordt gegund aan Takeldienst Van De Zande, Oude Mechelsebaan 252, te 3201 Langdorp.
- De (impliciete) beslissing van de politieraad d.d. 26 augustus 2016 om de opdracht niet aan eerste verzoekende partij te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 oktober 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Sarah Van Haegendoren en Stéphanie Taelemans, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaat Christiaan Goris, die *loco* advocaat Tessa Van Herck verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 “takel- en bergingstussenkomsten – administratieve takelingen en takelingen bij verkeersinbreuken”. Het betreft een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 50.000 euro, btw inbegrepen.

3.2. Drie ondernemingen, die blijkbaar in de periode tussen 1 mei 2015 en 1 mei 2016 alle drie reeds takelopdrachten voor de verwerende partij hebben uitgevoerd op grond van een “overeenkomst takelopdrachten” van 30 april 2015, worden uitgenodigd om een offerte in te dienen uiterlijk op 22 maart 2016:

- de bvba Takeldienst Van De Zande;
- Xavier Kisser;
- “Laeremans-Knaeps” (zijnde René Laeremans).

3.3. Blijkbaar dienen deze inschrijvers alle een eerste offerte in op grond van een eerste bestek.

3.4. Op 22 juni 2016 beslist de politieraad om een aangepast bestek aan te nemen, om alle inschrijvers te vragen een aangepaste offerte in te dienen en het politiecollege met de verdere uitvoering te gelasten, gemotiveerd als volgt:

“Na ontvangst van de offertes werden onduidelijkheden in het bestek en de offertes vastgesteld met betrekking tot de prijsopgave, hetgeen een correcte beoordeling onmogelijk maakt. De inschrijvers werden in het bestek gevraagd om in de inventaris een tabel met prijzen op te geven voor takelingen op vraag van de politie (blz. 21) en takelingen op vraag van bestuurders (blz. 22). Het bestek spreekt zich niet uit over hoe beide tabellen zich verhouden ten opzichte van elkaar qua prijsbeoordeling.

Met het oog op een correcte beoordeling van de offertes wordt er voorgesteld om tabel 2 (blz. 22) te schrappen zodat enkel tabel 1 – die betrekking zal hebben op alle takelingen die onderwerp zijn van deze opdracht – ingevuld moet worden door de inschrijvers. De totaalprijs, zoals opgegeven in tabel 1 zal vervolgens worden beoordeeld.

Een beperkt aantal andere onvolkomenheden werd tevens rechtgezet in het aangepast bestek.

Daar deze aanpassing van de inventaris een wijziging inhoudt van de oorspronkelijke bestektekst is het orgaan dat bevoegd is om het bestek goed te keuren tevens bevoegd om de wijziging ervan goed te keuren, zijnde de politieraad.

Wat betreft de mogelijkheid tot het wijzigen van het bestek bestaat er bij een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking een ruime mogelijkheid om het bestek op een aantal punten te wijzigen tijdens de onderhandelingen, mits respect voor de gelijke behandeling en de eerlijke mededinging. Dit laatste betekent dat alle inschrijvers de kans moeten krijgen om hun offerte aan die wijzigingen aan te passen.”

3.5. Het politiecollege beslist vervolgens op 22 juni 2016 om de drie voornoemde ondernemingen het nieuwe bestek te bezorgen en deze uit te nodigen een nieuwe offerte in te dienen uiterlijk op 1 juli 2016.

3.6. Met een e-mailbericht van 28 juni 2016 verduidelijkt de verwerende partij nog aan de drie uitgenodigde ondernemingen dat onder het begrip “voertuigen met een minimaal gewicht van 3,5 ton” wordt bedoeld voertuigen “van 3,5 ton tot 7,5 ton”, zoals ook elders gedefinieerd in het bestek.

3.7. Het op 22 juni 2016 door de politieraad aangenomen nieuwe bijzonder bestek met referentie MM/Takel/2016 bepaalt dat de volgende gunningscriteria van toepassing zijn: 1) de prijs voor takelingen en berging van voertuigen – uitgezonderd verkeersinbreuken en achtergelaten voertuigen – (50 punten) en aanrijtijd (50 punten). Voor de takelingen en nutteloze verplaatsingen naar aanleiding van verkeersinbreuken of achtergelaten voertuigen wordt een vast tarief opgelegd ongeacht de afgelegde afstand of het tijdstip van de verplaatsing: 250 euro, btw inbegrepen, per takeling en 100 euro, btw inbegrepen, per nutteloze verplaatsing.

In de technische bepalingen van het bestek wordt bepaald dat “het actiegebied” van de opdracht wordt gevormd door het openbaar domein op het grondgebied van de gemeenten Herselt, Hulshout en Westerlo. Onder ‘III.3 Algemeenheden’ worden onder meer de volgende technische vereisten opgenomen:

“- De aannemer garandeert een 24-urendienst om binnen een tijdsbestek van vijftientwintig (25) minuten ter plaatse te komen, de takel- en bergingswerkzaamheden aan te vatten en desgevallend het voertuig/de voertuigen weg te brengen volgens de richtlijnen van de politie en de wensen van de eigenaar/bestuurder.

[...]

- De voertuigen worden gestald op de terreinen van de takeldienst of op de locatie aangeduid door de eigenaar of bestuurder. Indien de terreinen van de takeldienst niet binnen de politiezone liggen, garandeert de inschrijver een veilige stelplaats die centraal gelegen is in de politiezone en die onder zijn toezicht staat.”

3.8. De drie voornoemde ondernemingen blijken op 1 juli 2016 alle een aan het nieuwe bestek aangepaste offerte te hebben ingediend.

3.9. Op 4 juli 2016 wordt een gunningsverslag opgesteld. De drie inschrijvers worden alle geselecteerd. Hun offertes worden ook regelmatig bevonden.

Vervolgens worden hun offertes getoetst aan de gunningscriteria.

Voor het criterium ‘Prijs’ krijgt de gekozen inschrijver 50 punten, de verzoekende partijen elk 28,28 punten.

De motivering met betrekking tot het tweede gunningscriterium ‘Aanrijtijd’, wordt hierna per inschrijver weergegeven.

Voor de gekozen inschrijver luidt de motivering:

“De firma Depannage Van De Zande geeft in zijn offerte duidelijk aan dat hij in onderaanneming zal samenwerken met firma Goos uit Geel.

[...]

In het lastenboek staat vermeld dat de berekening van de verplaatsingstijd gebeurt vanaf de zetel van het takelbedrijf tot aan het adres van de kerk van alle (deel)gemeenten van de politiezone.

Aangezien de takelwerken op grondgebied Westerlo uitgevoerd zullen worden door onderaannemer Goos uit Geel, werden de aanrijtijden op het grondgebied van Westerlo vanaf de zetel van takelbedrijf Goos berekend. Deze berekening is in overeenstemming met de werkelijkheid.

Gemiddelde aanrijtijd: 11,93 minuten.”

Deze inschrijver krijgt 50 punten toegekend.

Voor de onderneming Laeremans-Knaeps luidt de motivering:

“De takelbedrijven Kisser Xavier en Laeremans-Knaeps hebben beide een offerte ingediend.

In beide offerten werd een door beide partijen ondertekend samenwerkingsdocument bijgevoegd waarin vermeld staat dat beide takelbedrijven zullen samenwerken voor de takelingen op het grondgebied van politiezone Zuiderkempen. De verdeling van de takelwerkzaamheden zullen verdeeld worden door hun callcenter.

[...]

Beide inschrijvers hebben in eigen naam een offerte ingediend en dragen zelf 100% verantwoordelijkheid voor de eigen inschrijving. Strikt genomen is Laeremans als onderaannemer te beschouwen in de offerte van Kisser en omgekeerd.

Rekening houdend met dit algemeen principe als ook met het niet vermelden van een vaste verdeling over het grondgebied werd gekozen om de aanrijtijden vanaf de zetel van de inschrijvende firma te berekenen.

De dienst materiële middelen heeft de aanrijtijden van beide firma's berekend volgens de routeplanner www.myrouteplanner.be zoals voorzien in het lastenboek.

Gemiddelde aanrijtijd: 12,14 minuten.”

Deze inschrijver krijgt 49,12 punten toegekend.

Voor de onderneming Kisser Xavier luidt de motivering:

“De takelbedrijven Kisser Xavier en Laeremans-Knaeps hebben beide een offerte ingediend.

In beide offerten werd een door beide partijen ondertekend samenwerkingsdocument bijgevoegd waarin vermeld staat dat beide takelbedrijven zullen samenwerken voor de takelingen op het grondgebied van politiezone Zuiderkempem. De verdeling van de takelwerkzaamheden zullen verdeeld worden door hun callcenter.

[...]

Beide inschrijvers hebben in eigen naam een offerte ingediend en dragen zelf 100% verantwoordelijkheid voor de eigen inschrijving. Strikt genomen is Laeremans als onderaannemer te beschouwen in de offerte van Kisser en omgekeerd.

Rekening houdend met dit algemeen principe als ook met het niet vermelden van een vaste verdeling over het grondgebied werd gekozen om de aanrijtijden vanaf de zetel van de inschrijvende firma te berekenen.

De dienst materiële middelen heeft de aanrijtijden van beide firma's berekend volgens de routeplanner www.myrouteplanner.be zoals voorzien in het lastenboek.

Bij de berekening werd rekening gehouden met het adres van het takelbedrijf Moleneinde 3, 2260 Westerlo.

Gemiddelde aanrijtijd: 13,57 minuten.”

Deze inschrijver krijgt 43,95 punten toegekend.

De bvba Takeldienst Van De Zande wordt als eerste gerangschikt, met een totaal van 100 punten, de eerste verzoekende partij als

tweede met 77,40 punten en de tweede verzoekende partij als derde met 72,23 punten.

3.10. Op 26 augustus 2016 beslist het politiecollege, daarbij het gunningsverslag in zijn geheel hernemend als motivering, om de opdracht te gunnen aan de bvba Takeldienst Van De Zande.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.11. Met een gewone brief van 29 augustus 2016 wordt aan de verzoekende partijen kennis gegeven van de gunning van de opdracht.

Met een schrijven van 3 september 2016 vragen de verzoekende partijen om de gemotiveerde gunningsbeslissing. Op 9 september 2016 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing aan de verzoekende partijen te bezorgen, met onleesbaarmaking van de eenheidsprijzen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij doet in haar nota drie excepties gelden.

5.1. In een eerste exceptie betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid *ratione temporis* van de vordering. De bestreden beslissing dateert volgens haar van 29 augustus 2016 en werd volgens de verzoekende partijen door hen ontvangen op 1 september 2016. De vordering werd pas ingesteld op 19 september 2016, dit is buiten de termijn van 15 dagen bepaald in artikel 23 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 17 juni 2013).

5.2. Overeenkomstig artikel 23 van de wet van 17 juni 2013 diende de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden ingesteld “binnen een termijn van vijftien dagen” (§ 3) en zulks vanaf “de

bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang (§ 1).

Te dezen werd door de verwerende partij blijkbaar artikel 29, § 2, tweede lid, 2°, van de wet van 17 juni 2013 toegepast bij de kennisgeving van de bestreden beslissing.

Overeenkomstig deze bepaling informeert de aanbestedende instantie schriftelijk en onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing, elke inschrijver met een niet-gekozen offerte dat zijn offerte niet is gekozen. Binnen een termijn van dertig dagen na de datum van verzending van deze informatie kan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen schriftelijk verzoeken om hem de gemotiveerde gunningsbeslissing mee te delen.

De in het voormelde artikel 23, §§ 1 en 3, van de wet van 17 juni 2013, bepaalde beroepstermijn lijkt, indien er toepassing wordt gemaakt van artikel 29, § 2, van dezelfde wet, te mogen worden geacht pas in te gaan met de kennisgeving van de eigenlijke gunningsbeslissing zelf – en de motieven daarvan – aan de verzoekende partijen en niet reeds met de loutere mededeling dat er een beslissing werd genomen.

5.3. Blijkens de poststempel werd te dezen het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend op 16 september 2016 en niet op 19 september 2016 zoals de verwerende partij doet gelden.

Voorts blijkt uit het administratief dossier dat de verzoekende partijen met een schrijven van 3 september 2016 om de gemotiveerde gunningsbeslissing hebben gevraagd en dat de verwerende partij pas op 9 september 2016 besliste om de gunningsbeslissing aan de verzoekende partijen te bezorgen.

Aldus mag de op 16 september 2016 ingestelde vordering worden geacht te zijn ingesteld binnen een termijn van 15 dagen na kennisgeving van de gunningsbeslissing en haar motieven.

6. De eerste exceptie dient te worden verworpen.

7.1. In een tweede exceptie doet de verwerende partij gelden dat de vordering blijkens het verzoekschrift gericht is tegen een beslissing van de politieraad terwijl het eigenlijk gaat om een beslissing van het politiecollege.

7.2. Een verschrijving of vergissing in de omschrijving van het voorwerp van de vordering lijkt tot de niet-ontvankelijkheid van de vordering te moeten leiden wanneer deze het identificeren van het daadwerkelijk voorwerp van de vordering door het Auditoraat en de Raad van State aanzienlijk heeft bemoeilijkt en de verwerende partij heeft gehinderd in het voeren van een afdoende verweer tegen het betoog in het verzoekschrift. Te dezen lijkt op het eerste gezicht geen van beide gevallen zich voor te doen, minstens maakt de verwerende partij dat op generlei wijze *prima facie* aannemelijk.

8. Ook de tweede exceptie dient te worden verworpen.

9. Van de derde exceptie, in het inleidend verzoekschrift opgeworpen, wordt ter terechtzitting door de verwerende partij bij monde van haar raadsman afstand gedaan.

V. Schorsingsvoorwaarden

10. 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.

11. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

12. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in het eerste middel de schending aan van “artikel 26 Wet Overheidsopdrachten d.d. 15 juni 2006, en [van] de beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, alsook de artikelen 2 en 3 van de Motiveringswet en het beginsel van de materiële motiveringsplicht”.

In dit middel doen de verzoekende partijen in essentie gelden dat de offerte van de gekozen inschrijver niet voldoet aan de vereisten van het bestek en dus als onregelmatig had moeten worden geweerd. Zij bouwen het middel als volgt op:

“Doordat, de verwerende partij in haar bijzonder bestek onder titel III.3. Algemeenheden enkele essentiële vereisten heeft opgenomen, waaronder de vereiste van een veilige stelplaats centraal gelegen in de politiezone dat onder haar toezicht staat, waaraan elke inschrijver diende te voldoen; doordat, Takeldienst Van De Zande gelegen is in Aarschot en haar onderaannemer, Takeldienst Goos, gelegen is in Geel en zij op het eerste

zicht dus geen blijk geven te beschikken over een veilige stelplaats centraal gelegen in de politiezone zuiderkempen (Oevel, Herselt, Westerlo); doordat, tweede verzoekende partij per aangetekend schrijven d.d. 7 september 2016 uitdrukkelijk heeft gevraagd naar het voldoen van de gekozen inschrijver aan deze bestekbepaling; en doordat, de verwerende partij omtrent het materieel regelmatigheids-onderzoek op uitdrukkelijke vraag van tweede verzoekende partij geen enkele informatie kon verschaffen; terwijl, verwerende partij in de geest van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel gehouden is de offertes te onderzoeken op hun overeenstemming met de bestekbepalingen; terwijl, verwerende partij op grond van het *patere legem quam ipse fecisti*-[beginsel], ook in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, gehouden is tot naleving van de bepalingen van haar eigen bestek; en terwijl, verwerende partij, zelfs indien er sprake zou zijn van een afwijking van een niet-essentiële bepaling van het bestek, zij in haar gunningsbeslissing had moeten motiveren op welke gronden de offerte van Takeldienst Van De Zande alsnog zou worden weerhouden; zodat, de bestreden beslissing een schending vormt van de bepalingen en beginselen aangehaald in onderhavig middel.”

13. In haar nota doet de verwerende partij in de eerste plaats gelden dat stalling binnen de politiezone nergens in het bestek als een essentiële voorwaarde wordt vermeld. Het bestek bevat vijf bladzijden met technische bepalingen die niet allemaal als essentieel mogen worden beschouwd. Enkel de 24-uren dienst en het binnen 25 minuten ter plaatse zijn, zijn essentiële eisen, hetgeen in het bestek wordt benadrukt doordat aanrijtijden een gunningscriterium uitmaken. Het is voor de verwerende partij irrelevant hoe dit concreet georganiseerd wordt, zolang de dienstverlening binnen die tijd maar gerespecteerd wordt.

Het bestek bepaalt niet uitdrukkelijk dat het om een essentiële eis gaat of dat niet-naleving met onregelmatigheid wordt gesanctioneerd. Bovendien is het duidelijk dat de bedoeling van de verwerende partij wordt gerespecteerd, namelijk vermijden dat autobestuurders een onredelijk lange afstand moeten afleggen om hun wagen op te halen na takeling. De voorgestelde plaats ligt net buiten de grenzen van de politiezone, zodat burgers geenszins onredelijk lang onderweg moeten zijn. Het onregelmatig verklaren van de offerte van de gekozen inschrijver zou dan ook in strijd zijn met het mededingingsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Het opleggen aan de

gekozen inschrijver om in een stelplaats binnen de politiezone te voorzien zou in strijd zijn met deze beginselen en zou aanvechtbaar zijn omdat aldus extra kosten worden opgelegd die niet redelijk te verantwoorden zijn.

Omdat de regelmatigheid hier evident is, werd deze bovendien terecht niet uitdrukkelijk gemotiveerd in de gunningsbeslissing, aldus de verwerende partij. De stelling van de verzoekende partijen dat deze eis niet werd onderzocht omdat er geen document over bestaat, kan niet worden gevolgd. De politiezone heeft deze eis wel degelijk onderzocht. Het gunningsverslag bevat geen nadere commentaar omdat als algemeen principe de regelmatigheid niet uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd. Dat geldt enkel voor de onregelmatigheid van een offerte. Te dezen is de offerte conform zodat er geen formelemotiveringsplicht geldt.

Beoordeling

14. Wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, concretiseren de verzoekende partijen niet hoe de bestreden gunningsbeslissing het rechtszekerheidsbeginsel zou miskennen. De Raad ziet op het eerste gezicht alleszins niet in hoe dat te dezen het geval zou zijn.

In die mate is het middel *prima facie* niet ontvankelijk.

15. Wat het ernstig karakter van het middel betreft, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat de thans betwiste opdracht wordt gegund door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Ook bij een dergelijke procedure lijkt de aanbestedende overheid gehouden om, op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel, na te gaan of de offertes van de inschrijvers overeenstemmen met de technische bepalingen van het bestek.

In de eerste plaats dient een aanbestedende overheid daarbij vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbeperking betreft. Indien dat het geval is, dient de betrokken offerte in beginsel als onregelmatig te worden

geweerd. In het geval dat de aanbestedende overheid meent dat het daarentegen om een afwijking van een niet-essentiële besteksbepalings gaat, is zij vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concreet beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. De beoordeling moet uitgaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek, motieven die in beginsel uit de beslissing zelf dienen te blijken.

16. Te dezen betreft het een overheidsopdracht voor het takelen van voertuigen op de openbare weg op het grondgebied van de politiezone Zuiderkempem voor een periode van drie jaar. Deze politiezone beslaat het grondgebied van de gemeenten Herselt, Hulshout en Westerlo.

Het bestek legt daarbij aan de inschrijvers onder meer de volgende vereiste op:

“De voertuigen worden gestald op de terreinen van de takeldienst of op de locatie aangeduid door de eigenaar of de bestuurder. Indien de terreinen van de takeldienst niet binnen de politiezone liggen, garandeert de inschrijver een veilige stelplaats die centraal gelegen is in de politiezone en die onder zijn toezicht staat.”

Het feit dat deze vereiste in het bestek niet uitdrukkelijk werd aangemerkt als essentieel of op straffe van onregelmatigheid werd opgelegd, betekent, anders dan de verwerende partij doet gelden, op zich niet dat het niet om een essentiële besteksvereiste zou kunnen gaan.

Gelet op het voorwerp van de opdracht – takelwerken in dienst van de lokale politiezone – lijkt het niet onmogelijk, noch zelfs maar vergezocht, dat die bepaling wel eens als essentieel diende te worden beschouwd, alleen al omdat de getakelde voertuigen anders telkens door de takeldienst buiten het grondgebied van de politiezone zouden worden gebracht en dus aan haar territoriaal bevoegdheidsgebied zouden worden onttrokken.

Het betoog van de verwerende partij in de nota, dat enkel de 24-uren dienst en een interventie binnen 25 minuten essentieel zouden zijn en alle

overige vereisten “irrelevant” zijn, kan niet worden bijgevalen. Deze stelling kan reeds op het eerste gezicht geen steun vinden in het bestek zelf. Immers, zoals de verwerende partij ook zelf opmerkt, telt het bestek vijf bladzijden met verscheidene technische bepalingen, onder meer over het voorwerp van de opdracht, de diverse soorten takeling, de vereisten waaraan de dienstverlening moet voldoen, welke diensten al dan niet inbegrepen zijn in de takeling, de vereisten waaraan het takelmaterieel moet voldoen, vereisten aan het personeel, vereisten aan onderaannemers, vereisten inzake verzekering, vereisten inzake prijs en vereisten inzake bewaring van de getakelde voertuigen. Het zou als lichtvaardig kunnen worden bestempeld om al die bepalingen *prima facie* af te doen als irrelevant naar de regelmatigheid van de offertes toe.

Dit neemt niet weg dat de verwerende partij als aanbestedende overheid over een aanzienlijke mate van vrijheid beschikt om bij het vaststellen van het bestek aan de inschrijvers bepaalde technische vereisten op te leggen en om deze vereisten al dan niet als essentieel aan te merken. Zij mag die technische vereisten bij de gunning van de opdracht echter niet zonder meer buiten beschouwing laten.

Dit lijkt *a fortiori* te gelden wanneer de verwerende partij zoals te dezen mag worden geacht reeds op voorhand te weten, wat ook ter terechtzitting wordt toegegeven, dat één van de inschrijvers, die zij heeft uitgenodigd om een offerte in te dienen, gevestigd is buiten het grondgebied van de politiezone en dus wel eens niet zou kunnen voldoen aan de betrokken vereiste die zij zelf in het bestek heeft opgenomen.

De verwerende partij betwist immers niet dat noch de gekozen inschrijver, gevestigd te Aarschot, noch diens onderaannemer gevestigd te Geel, voldoen aan de betrokken besteksvereiste. Uit de als vertrouwelijk stuk neergelegde offerte van de gekozen inschrijver blijkt alleszins niet op het eerste gezicht dat hij er wel aan zou voldoen of bijvoorbeeld het bewijs zou hebben bijgebracht een terrein te zullen huren dat wel aan het bestek voldoet.

Het betoog in de nota dat de doelstelling van de betrokken vereiste te dezen werd bereikt – namelijk vermijden dat autobestuurders een

onredelijk lange afstand moeten afleggen om hun wagen op te halen na takeling – dient, zo lijkt het, als een *post factum* motivering te worden verworpen.

In tegenstelling tot wat de verwerende partij doet gelden in haar nota lijkt het regelmatig karakter van de offerte van de gekozen inschrijver op het eerste gezicht geen dusdanige “evidentie” te zijn, dat geen uitdrukkelijke motivering nodig was. Uit het administratief dossier blijkt voorts niet dat zij enige bijzondere aandacht heeft besteed aan het betrokken aspect van regelmatigheid van de gekozen offerte.

Door noch in het gunningsverslag, noch in de bestreden beslissing te motiveren waarom de betrokken besteksbepaling niet als essentieel dient te worden aangemerkt, noch aandacht te besteden aan de vraag of de gekozen inschrijver er al dan niet aan blijkt te voldoen, lijkt de bestreden beslissing reeds op het eerste gezicht in de concrete omstandigheden van de zaak de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, te miskennen.

Het eerste middel is ernstig, zodat er grond bestaat de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing te bevelen.

17. Wat de vraag naar de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing betreft, lijkt het enkele feit dat uit een rechtsmiddel volgt dat niet langer is aangetoond dat de offerte van de gekozen inschrijver terecht regelmatig werd verklaard, op zich geen bijzondere omstandigheid uit te maken in de zin van de arresten van de Algemene Vergadering van de Raad van State van 1 februari 2013, nrs. 222.357 en 222.358. Krachtens deze arresten moet de jurisprudentiële techniek van de nietigverklaring – en te dezen de schorsing – van een impliciete weigeringsbeslissing immers “worden voorbehouden aan uitzonderlijke gevallen”. Het hiervoor ernstig bevonden middel leidt alleszins niet, zo lijkt het, te dezen tot de vaststelling dat het aan de gekozen inschrijver verstrekte voordeel aan de eerste verzoekende partij had moeten worden toegekend.

Aldus dient ook het tweede middel te worden onderzocht.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van “artikel 10 en 11 van de Grondwet, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, niet-discriminatiebeginselen en het redelijkheidsbeginsel”.

Zij vatten het middel zelf als volgt samen:

“Doordat, eerste onderdeel, verwerende partij lopende de gunningsprocedure en zelfs na opening van de offertes, meermaals wijzigingen heeft aangebracht aan het bestek, in het bijzonder aan de inventaris bij het bestek;
en doordat, beide verzoekende partijen ettelijke malen veranderingen moesten aanbrengen in hun offertes die niet duidelijk waren waardoor zij in hun laatste offerte een klaarblijkelijke materiële vergissing hebben begaan;
doordat, tweede onderdeel, verwerende partij de offerte van Van De Zande kennelijk op een andere wijze heeft beoordeeld dan voorgeschreven in het bestek en ook op een andere wijze dan de offerte van eerste en tweede verzoekende partij;
terwijl, een zorgvuldig en redelijk handelende aanbestedende overheid de nodige zorg dient te voorzien bij het opstellen van haar bestek;
terwijl, er op grond van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel er ook bij een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, geen wijzigingen meer mogelijk zijn aan het bestek na opening der offertes;
en terwijl, de aanbestedende overheid de offertes op een redelijke en zorgvuldige wijze onderzoekt en zij bij vaststelling van enige materiële vergissingen aan de offerte hieromtrent de inschrijver raadpleegt;
terwijl, tweede onderdeel, verwerende partij de offertes dient te beoordelen op grond van de bepalingen in het bestek, in het bijzonder de gunningscriteria;
zodat, verzoekende partijen niet anders kunnen dan vaststellen dat de bepalingen en beginselen aangehaald in onderhavig middel gedurende loop van de gunningsprocedure meermaals zijn geschonden.”

Beoordeling

19. Wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, zetten de verzoekende partijen opnieuw op generlei wijze uiteen op welke wijze de bestreden beslissingen het rechtszekerheidsbeginsel zouden miskennen.

In die mate is het tweede middel niet ontvankelijk.

20. Wat het eerste middelonderdeel betreft, lijkt, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen doen gelden, de handelwijze van de verwerende partij te dezen niet zozeer een niet-transparante wijziging van het bestek in de loop van de onderhandelingen te betreffen, dan wel het impliciet intrekken van een onduidelijk bestek, het vervangen daarvan door een nieuw verduidelijkt bestek en het opnieuw uitnodigen van alle voordien ook uitgenodigde inschrijvers om een nieuwe offerte in te dienen rekening houdend met dat nieuwe bestek.

Uit het administratief dossier blijkt immers dat de politieraad op 22 juni 2016 formeel heeft beslist om een nieuw bestek vast te stellen en alle inschrijvers uit te nodigen een daaraan aangepaste offerte in te dienen. De verzoekende partijen betwisten niet dat zij deze kans hebben gekregen en haar ook te baat hebben genomen.

De door de verzoekende partijen gelaakte verduidelijking van het bestek met een e-mailbericht van 28 juni 2016 van de verwerende partij lijkt evenmin een wijziging aan het bestek uit te maken in die zin dat door het betrokken e-mailbericht geen nieuwe vereiste aan het bestek werd toegevoegd of een bestaande vereiste gewijzigd of geschrapt. Met dit e-mailbericht lijkt daarentegen enkel de reeds in het bestek opgenomen definitie van het begrip “voertuigen met een minimaal gewicht van 3,5 ton” als “van 3,5 ton tot 7,5 ton” te worden bevestigd.

Voorts verduidelijken de verzoekende partijen noch in hun samenvatting van het middel, noch in hun daaropvolgende toelichting en uiteenzetting van het eerste middelonderdeel welke “jammerlijke fout” zij juist begaan zouden hebben in hun tweede offerte bij de prijszetting. Ter terechtzitting verwijzen zij naar bepaalde prijsverschillen tussen haar offertes doch het is niet aan de Raad van State om daaromtrent zelf onderzoek te voeren en aan de hand van de stukken van het dossier, te achterhalen welke vergissing zij daarmee juist bedoelen.

De verzoekende partijen kunnen voorts niet worden bijgevalen waar zij stellen dat de verwerende partij het verschil tussen hun eerste en tweede offerte had moeten opmerken en de verzoekende partijen daarover had moeten bevragen. De eerste en de tweede offerte berusten immers op twee verschillende bestekken, waardoor het inherent lijkt aan de nieuwe offertes dat deze verschillen kunnen vertonen ten aanzien van de eerste offertes. Aangezien het middelonderdeel aldus op een ondeugdelijke feitelijke grondslag steunt, is niet aangetoond dat de ingeroepen bepalingen zijn geschonden.

Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

21.1. In het tweede middelonderdeel betogen de verzoekende partijen dat naargelang de gekozen offerte en die van de eerste verzoekende partij een “andere berekening van de aanrijtijden” werd gehanteerd, niet beschreven in het bestek. Meer in het bijzonder wordt betoogd dat volgens het bestek deze aanrijtijden worden berekend “vanaf de zetel van het takelbedrijf” en wordt de verwerende partij een “liberale interpretatie” van die bepaling aangewreven. De verzoekende partijen geven vervolgens de beoordeling weer van de gekozen offerte en deze van de offerte van de eerste verzoekende partij.

21.2. De beoordelingswijze van het tweede gunningscriterium ‘Aanrijtijd’ wordt in het bestek omschreven als volgt:

“De inschrijver dient steeds binnen de 25 minuten ter plaatse van de oproep te zijn.

De verplaatsingstijd wordt berekend via de routeplanner www.myrouteplanner.be.

De berekening gebeurt vanaf de zetel van het takelbedrijf tot aan het adres van de kerk van alle (deel)gemeenten van de politiezone.”

Daarna volgt in het bestek een opsomming van deelgemeenten en ten slotte de rekenkundige formule die zal worden gehanteerd.

Bij de toetsing van de offerte van de gekozen inschrijver aan dit criterium lijkt vervolgens rekening te zijn gehouden met het feit dat deze de takelingen in Westerlo zal laten uitvoeren door een onderaannemer uit Geel. Bij de

toetsing van de offertes van de verzoekende partijen lijkt uitsluitend rekening te zijn gehouden met de respectieve zetel van de betrokken inschrijver.

22. Het lijkt niet, althans wordt in het middelonderdeel niet voldoende verduidelijkt, dat de verwerende partij bij deze toetsing van de offertes aan het tweede gunningscriterium ‘Aanrijtijd’ een niet in het bestek beschreven berekeningswijze zou hebben gehanteerd, of dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver op een andere niet objectief verantwoorde manier zou hebben beoordeeld dan de beide offertes van de verzoekende partijen.

23. Reeds op het eerste gezicht lijkt te kunnen worden vastgesteld dat de verwerende partij wel degelijk de in het bestek vooropgestelde rekenkundige formule heeft gehanteerd bij de beoordeling van de offertes en geen andere beoordelingsmethodiek heeft gebruikt. Voorts lijkt het bestek enkel te bepalen dat “[d]e berekening gebeurt vanaf de zetel van het takelbedrijf” – en niet deze “van de inschrijver” – wat *prima facie* niet lijkt uit te sluiten dat rekening wordt gehouden met de zetel van een onderaannemer wanneer uit de offerte blijkt dat deze binnen een taakverdeling een welomschreven deel van het grondgebied van de politiezone voor zijn rekening zal nemen.

24. Voorts lijkt reeds op het eerste gezicht te kunnen worden vastgesteld dat de gekozen inschrijver en de verzoekende partijen wat hun samenwerkingsverbanden betreft zich niet in een gelijke situatie bevinden, zoals de verzoekende partijen nochtans doen gelden.

De gekozen inschrijver en zijn onderaannemer hebben een vaste taakverdeling afgesproken op het grondgebied van de politiezone. Dit gegeven lijkt relevant wat betreft de beoordeling van het tweede gunningscriterium ‘Aanrijtijd’. De verzoekende partijen daarentegen voorzien niet in dergelijke vooraf bepaalde taakverdeling en voorzien enkel in een onderling gelijke verdeling van het aantal takelopdrachten op jaarbasis.

Het verschil in beoordeling lijkt voorts eveneens voort te vloeien uit de wat bevreemdende keuze van de verzoekende partijen om, ondanks het feit

dat zij een onderling samenwerkingsverband zijn aangegaan, toch elk een afzonderlijke offerte voor de opdracht in te dienen.

25. Ten slotte kan nog worden vastgesteld dat de verwerende partij in haar nota terecht lijkt op te merken dat een andere beoordeling van de offertes aan de hand van het gunningscriterium ‘Aanrijtijd’, waarbij voor de gekozen inschrijver geen rekening wordt gehouden met zijn onderaannemer en voor de verzoekende partijen een gemiddelde aanrijtijd van beide inschrijvers wordt gehanteerd, niet meteen een afgetekende invloed lijkt te zullen hebben op de rangschikking, gelet op het aanzienlijke puntenverschil (21,72 punten) voor het gunningscriterium ‘Prijs’, welke vaststelling het belang van de verzoekende partijen bij het tweede middelonderdeel op het eerste gezicht ook reeds ondergraaft.

26. Het tweede middel mist aldus in zijn beide onderdelen het in een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste ernstig karakter.

27. De vordering is aldus niet ontvankelijk in de mate dat ze gericht is tegen de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht te gunnen aan de eerste verzoekende partij.

VII. Besluit

28. Het eerste middel is ernstig gebleken, wat de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing verantwoordt.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijke procesverloop, de kosten, rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 26 augustus 2016 van het politiecollege van de politiezone Zuiderkempen, waarbij de overheidsopdracht voor takelopdrachten op het grondgebied van de politiezone wordt gegund aan de bvba Takeldienst Van De Zande.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 oktober 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest