

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.836 van 5 november 2020
in de zaak A. 231.964/XII-8968**

In zake: de NV FIRE TECHNICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gerard Soete
kantoor houdend te 8400 Oostende
Kerkstraat 8 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Butenaerts en Andy Hoedenaeken
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VANASSCHE FIREFIGHTING ENGINEERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nele Vercruysse
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 15
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 oktober 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 23 september 2020 van de Belgische Staat, Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, Algemene Directie Civiele Veiligheid, Directie Materieel [...], referentie B200405847, betreffende de offerte ingediend naar aanleiding van de openbare procedure MAT46-401-19 voor de levering van

multifunctionele autopompen voor diverse openbare diensten – Perceel 2 – multifunctionele autopomp 4x4”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 oktober 2020 heeft de nv Vanassche Firefighting Engineering gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 oktober 2020, om 14.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gerard Soete, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Andy Hoedenaeken, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Fien D’Haenens, die *loco* advocaat Nele Vercruysse verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 levering van multifunctionele autopompen voor diverse openbare diensten.

De opdracht betreft het sluiten van een raamovereenkomst met één onderneming.

Uit de aankondiging van de opdracht blijkt dat de multifunctionele autopomp is bestemd voor de Belgische hulpdiensten en dient om zeven personen, alsook het nodige materieel voor diverse soorten interventies, naar de interventieplaats te brengen. De multifunctionele autopomp is een voertuig dat opgebouwd is om zo snel mogelijk de eerste bluswerken te kunnen uitvoeren. Op het onderstel wordt een superstructuur gemonteerd, bevattende onder meer compartimenten om het materiaal in op te bergen, een watertank, twee tanks schuimvormend product, een hydraulische pompinstallatie en een lichtmast.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure en omvat twee percelen: perceel 1: multifunctionele autopompen 4X2 en perceel 2: multifunctionele autopompen 4X4.

De voorliggende vordering betreft perceel 2.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 september 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 23 september 2019.

3.3. Volgens de aankondiging en het bestek met nummer MAT46-401-19 bedraagt de looptijd van de opdracht voor beide percelen 72 maanden of zes jaar.

Wat de regelmatigheid van de offertes betreft, luidt het bestek als volgt:

“12.2. Regelmatigheid van de offertes

De offertes van de geselecteerde inschrijvers zullen worden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid.

Substantieel onregelmatige offertes zullen worden geweerd.

Enkel regelmatige offertes komen in aanmerking om te worden getoetst aan de gunningscriteria.

De offerte van de inschrijver moet alle in punt 1 van document[...] B van dit bestek opgesomde vereisten naleven.

De vereisten uit punt 1 van document[...] B worden door de aanbestedende overheid als essentieel beschouwd. De offerte die niet beantwoordt aan één of meerdere van deze vereisten zal als onregelmatig beschouwd worden en

zal uit de verdere toewijzingsprocedure worden geweerd behalve wanneer het gaat over een niet substantieel vormgebrek.”

Het “Document B – Model van technische offerte” bij het bestek bevat onder punt I een opsomming van “essentiële vereisten”. Daarbij wordt herhaald: “1) Indien de offerte van de inschrijver niet voldoet aan de essentiële vereisten, opgenomen in de technische specificaties, zal deze niet in aanmerking genomen worden, behalve wanneer het gaat om een niet-substantieel vormgebrek”, en ook gesteld: “3) Indien de inschrijver de conformiteit met de opgegeven norm niet kan aantonen, kan hij met elk passend middel aantonen dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkaardige wijze voldoen aan de eisen van de technische specificaties. Hij dient deze gelijkwaardigheid aan te tonen in zijn dossier. Indien de aanbestedende overheid oordeelt dat het ingediende dossier niet afdoende de gelijkwaardigheid bewijst, dan zal de inschrijver uit de verdere gunningsprocedure worden geweerd”.

Wat de gunningscriteria betreft, worden luidens het bestek de regelmatige offertes van de geselecteerde inschrijvers getoetst aan de prijs (70 %) en de kwaliteit (30 %).

3.4. Slechts twee inschrijvers dienen een offerte in: de verzoekende partij en de gekozen inschrijver.

3.5. Op 23 september 2020 beslist de verwerende partij om perceel 2 van de opdracht te gunnen aan de nv Vanassche Firefighting Engineering.

De offerte van de verzoekende partij wordt substantieel onregelmatig bevonden, hetgeen in de bestreden beslissing als volgt wordt gemotiveerd:

“Overwegende dat de offertes van de geselecteerde inschrijvers werden onderzocht op het vlak van hun onregelmatigheid.
Uit dit onderzoek is gebleken dat, alleen de offerte van de firma Vanassche FFE NV regelmatig is.
De offerte van de firma Fire Technics NV is substantieel onregelmatig omwille van de volgende redenen:

- Punt 1.9.5.1.2. - Type afsluiting van rolluiken voor het afsluiten van de materieelkasten en het pompcompartiment: Minstens 3 scharnierpunten vanaf een rolluikbreedte van 1000 mm en breder

Onder voorstel van de inschrijver wordt vermeld: ‘DIT IS EEN ZINLOZE EIS OM BEPAALDE FIRMA’S TE BEVOORDELEN. Voor de klapdeuren gemonteerd op een Rosenbauer klapdeuren zijn steeds 2 scharnieren voorzien. Rosenbauer bouwt jaarlijks meer dan 500 autopompen met dit type klapdeuren. Deze klapdeuren hebben hun degelijkheid meer dan bewezen. Rosenbauer zal geen extra scharnier monteren wanneer dit overbodig is. Rosenbauer maakt meer dan 3000 klaptredens per jaar met 2 scharnieren met 5 jaar garantie.’

De inschrijver vermeldt zelf dat hij niet conform aanbiedt. Het voorstel van de inschrijver handelt echter niet over de vereisten van rolluiken maar over de vereisten van klapdeuren hetgeen irrelevant is.
- Punt 1.9.5.2. - Uit-/inklapbare opstaptrede voor het afsluiten van de materieelkasten en het pompcompartiment: Minstens 3 scharnierpunten vanaf een breedte van 1000 mm en breder

Onder voorstel van de inschrijver wordt vermeld: ‘DIT IS EEN ZINLOZE EIS OM BEPAALDE FIRMA’S TE BEVOORDELEN. Voor de klapdeuren gemonteerd op een Rosenbauer klapdeuren zijn steeds 2 scharnieren voorzien. Rosenbauer bouwt jaarlijks meer dan 500 autopompen met dit type klapdeuren. Deze klapdeuren hebben hun degelijkheid meer dan bewezen. Rosenbauer zal geen extra scharnier monteren wanneer dit overbodig is. Rosenbauer maakt meer dan 3000 klaptredens per jaar met 2 scharnieren met 5 jaar garantie.’

De inschrijver vermeldt zelf dat hij niet conform aanbiedt.

Waarom werd in de technische nota ‘Minstens 3 scharnierpunten vanaf een breedte van 1000 mm en breder’ toegevoegd voor de rolluiken en de uit-/inklapbare opstaptreden bij het afsluiten van de materieelkasten en het pompcompartiment?

De multifunctionele autopomp is het meest gebruikte voertuig bij de brandweer. Tijdens een interventie moeten de brandweerlieden steeds de rolluiken en de opklapbare opstaptreden openen om toegang te krijgen tot de materieelkasten. Dit compartiment afsluitsysteem wordt in de loop der jaren héél veel gebruikt en krijgt hierdoor héél wat te verduren. Vanuit de brandweer zijn er hieromtrent klachten binnen gekomen waarbij werd gevraagd om in de toekomst ervoor te zorgen dat dit afsluitsysteem constructief robuuster zou worden uitgevoerd. Zo werd bijvoorbeeld in april 2018 bij een inspectie van de multifunctionele autopompen in de brandweerkazerne van Charleroi vastgesteld dat op verschillende voertuigen de rolluiken en de opstaptreden moeilijk te sluiten waren en in sommige gevallen was het sluiten zelfs niet meer mogelijk. Er werd vastgesteld dat wanneer de afstand tussen de scharnierpunten te groot wordt, de sterkte en de robuustheid van zowel de rolluiken als van de opklapbare opstaptreden vermindert. Vandaar werd beslist om in de toekomst steeds de vereiste te stellen dat er minstens 3 scharnierpunten moeten zijn vanaf een breedte van 1000 mm.

- Punt 1.5.2.1. - Dimensioneren van de aandrijflijn: de totale aandrijflijn zal continu een koppel en vermogen kunnen leveren van minstens 10% meer dan het grootst mogelijke afneembaar koppel en vermogen nodig voor:

- de nominale aandrijving van de lage druk pomp;
- de nominale aandrijving van de hoge druk pomp.

Dit is bij 'niet gelijktijdig' gebruik van de lage en hoge druk van de pomp.

Tevens te weten zoals vermeld in paragraaf 5 van 'Algemene aspecten' (blz. 4 van document B): bij de offerte dient(dienen), op basis van de gestelde vereisten in deze technische nota, de documentatie en/of de berekening van de volledige aandrijflijn voor de hydraulische pomp te worden toegevoegd. Deze documentatie en/of berekening bepaalt(bepalen) en geeft(geven) het maximaal over te dragen vermogen en koppel aan van elk aangedreven onderdeel (voertuigmotor, versnellingsbak, PTO, reductiekast, cardanassen, hydraulische pomp, ...). De berekende waarden zullen worden gestaafd door attesten of technische fiches van de fabrikanten van elk van deze onderdelen. De opgegeven waarden van de chassisleverancier zullen ook worden aanvaard op voorwaarde dat deze waarden minstens gelijk of beter zijn dan de waarden die worden opgegeven door de fabrikant van elk onderdeel. Indien dit niet volledig is, zal de offerte niet verder worden weerhouden.

Onder 'Voorstel van de inschrijver' staat vermeld: 'Zie berekening koppels, vermogens en debiet (Bijlage 10)'.

Het deel van de aandrijflijn 'versnellingsbak naar PTO' wordt niet toegelicht in document B van de offerte. Bijlage 10 waarnaar wordt verwezen geeft hieromtrent ook geen verdere toelichting. De gevraagde minimum 10% marge wordt niet aangetoond. De offerte is aldus niet volledig en wordt niet verder weerhouden.

Indien dit aspect toch verder wordt geanalyseerd, kan het volgende worden geconcludeerd. De offerte is onvolledig/onduidelijk aangaande het 'nodig' en 'beschikbaar' koppel aan de uitgang van de versnellingsbak. Een mail getiteld 'Offerte van de multifunctionele autopomp – MAT 46-401-19: Onduidelijkheid: Vraag 1' werd op 23 april 2020 verstuurd naar de firma Fire Technics N.V. met de vraag om dit aspect van de aandrijflijn te verduidelijken. De verduidelijking werd niet gegeven. Vervolgens werd op 6 mei 2020 een mail, als bijkomende poging om dit aspect te verduidelijken, gericht naar de firma Scania, onderaannemer en leverancier van het voertuig. Het antwoord hierop van 15 mei 2020 werd gegeven door de firma Fire Technics en zorgde nogmaals voor geen verdere verduidelijking.

Informatie gehaald her en der uit de offerte:

- Volgens de offerte op bladzijde 3 van bijlage 10 is het grootst mogelijke koppel dat wordt afgenomen van de Chelsea PTO 379,8 Nm.
- Volgens de offerte op bladzijde 3 van bijlage 10 heeft PTO een overzetverhouding van 2,2. Aldus: $379,8 \text{ Nm} \times 2,2 = 835,56 \text{ Nm}$ is

het 'nodig koppel' aan de uitgang van de versnellingsbak dat de PTO aandrijft.

Volgens de offerte op blz. 5 van bijlage 5 (Documentatie Scania – Tabel 'Engine-driven power take-off provision/Fire and Emergency'), is het 'beschikbaar koppel' aan de uitgang van de Allison MD3000 (blz. 2 bijlage 5) versnellingsbak 910 Nm bij continu gebruik.

De aandrijflijn heeft bij continu gebruik op dit punt een 'beschikbaar koppel' van 910 Nm hetgeen slechts 8,9 % meer is dan het grootste mogelijke afneembaar koppel of 'nodig koppel' van 835,56 Nm ($835,56 \text{ Nm} \times 108,9 \% = 910 \text{ Nm}$). Dit is niet de minimum gevraagde 10% en aldus niet regelmatig.

Additionele opmerking: normaliter moet ook het rendementsverlies (wrijvingsverlies) ten gevolge van de krachtoverbrenging van de versnellingsbak naar de PTO in aanmerking worden genomen bij de berekening. Hierover werd niets vermeld in de offerte en verkregen wij hieromtrent ook geen gevraagde verduidelijking als antwoord op ons schrijven van 23 april 2020 en nadien. In de berekening van de aandrijflijn van de offerte van de andere inschrijver firma Vanassche FFE NV, dewelke ook heeft ingediend met een Allison MD3000 versnellingsbak en Chelsea PTO, werd een rendementsverlies van 3% in rekening gebracht. Indien deze 3% mee zou opgenomen worden in bovenstaande berekening, zou het niet 8,9 % zijn maar zelfs slechts 5,7 % ($379,8 \text{ Nm} \times 2,2 \times 1,03 = 860,63 \text{ Nm} \times 105,7 \% = 910 \text{ Nm}$).

- Punt 1.9.1. - Opbouw: de inschrijver dient gedetailleerde plannen en een duidelijk beeld weer te geven van de volledige opbouw overeenkomstig en op maat van deze technische specificatie. Dit omvat gedetailleerde tekeningen van de verschillende aanzichten met hun afmetingen en tevens plaatsaanduiding op maat van al het materieel gespecificeerd in deze technische specificatie, aangevuld met foto's enz. De volledige opbouw wordt gedetailleerd omschreven en uitvoerig gedocumenteerd. Onder voorstel van de inschrijver wordt vermeld: Documentatie van [...] een Rosenbauer ATIII opbouw is voorzien in bijlage. Technische tekening van de opbouw voorzien van de nodige belading zijn voorzien in bijlage. Opmerking: De inrichting is indicatief, een definitief beladingsplan wordt voorgelegd aan de aankopende Hulpverleningszone. Enz.

De aanbieding is op dit punt niet zoals wordt vereist maar indicatief en algemeen. Dit is niet regelmatig. (Waar wordt al het materieel geplaatst? Kan al het materieel in het voertuig? Plaats voor reserveruimte van minimum 4 eurobakken (600x400x300mm) kan niet worden gecontroleerd. Enz.)

Deze onregelmatigheid is niet enkel vast te stellen in punt 1.9.1 maar tevens in de punten 1.10.11, 1.10.12, 1.10.13 en 1.10.14. Onder voorstel van de inschrijver wordt er vermeld: In bijlage zit indicatieve informatie van [...] hoe de bediening er kan uitzien. Definitieve uitvoering wordt besproken met de klant."

3.6. Aan de verzoekende partij wordt met een aangetekend schrijven van 23 september 2020 meegedeeld dat haar offerte substantieel onregelmatig werd bevonden.

IV. Tussenkost

4. De nv Vanassche Firefighting Engineering blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid

5. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op om de bestreden gunningsbeslissing aan te vechten, gelet op de substantiële onregelmatigheid van de door de verzoekende partij ingediende offerte door de manifeste schending van de minimumeisen, en aangezien de offerte van de gekozen inschrijver terecht als regelmatig werd beschouwd.

Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partij, heeft in principe geen belang 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 toegewezen. De verzoekende partij lijkt in haar middelen deze substantieelonregelmatigverklaring van haar offerte te bestrijden. Daarnaast lijkt zij ook middelen aan te voeren, gericht tegen het bestek die ertoe strekken aan te tonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

De exceptie wordt verworpen.

VI. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 43, § 2, tweede lid, van de wet 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

De verzoekende partij wijst erop dat op grond van de voormelde bepaling de duur van een raamovereenkomst beperkt is tot vier jaar, behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen.

Zij betoogt dat in het bestek niet wordt gemotiveerd waarom de duur van de opdracht zes jaar zou moeten zijn, zodat enkel voor vier jaar mocht worden gegund. De gunning betreft volgens haar geen uitzonderlijk geval en kan ook niet als uitzonderlijk worden verantwoord want wegens de technische evolutie van dergelijke brandweervoertuigen, moet de opdracht volgens haar net een korte duur kennen zodat de brandweerdiensten over het beste materiaal kunnen beschikken dat op de markt aanwezig is.

Beoordeling

8. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij en de tussenkommende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het eerste middel – omdat de verzoekende partij voorafgaand geen bezwaar heeft geuit bij enige besteksbepaling – is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

9. Artikel 43, § 2, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de duur van een raamovereenkomst, alsook van de opdrachten die erop gebaseerd zijn, beperkt is tot vier jaar, behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen, met name op grond van het voorwerp van de raamovereenkomst.

In de memorie van toelichting (*Parl.St.* Kamer 2015-2016, nr. 1541/1, 88-89) wordt deze bepaling als volgt verduidelijkt:

“Het voorgaande doet geen afbreuk aan het feit dat de duur van een op een raamovereenkomst gebaseerde opdracht over het algemeen de vier jaar niet mag overschrijden. Het blijft evenwel toegelaten om de looptijd van deze individuele opdrachten gebaseerd op een raamovereenkomst te bepalen in functie van factoren zoals de voor de uitvoering benodigde tijd, wanneer het onderhoud van apparatuur met een verwachte gebruiksduur van meer dan vier jaar onder de opdracht valt of wanneer het personeel een uitgebreide opleiding nodig heeft om de opdracht te kunnen uitvoeren. Deze specifieke

factoren die de overschrijding van de termijn van vier jaar rechtvaardigen zullen uiteraard aangehaald moeten worden in de motivering van de overschrijding.

Verduidelijkt moet ook worden dat er zich uitzonderlijke gevallen kunnen voordoen waarin de looptijd van de raamovereenkomsten zelf meer dan vier jaar mag bedragen. Die gevallen, die eveneens afdoende gemotiveerd moeten worden, met name op grond van het voorwerp van de raamovereenkomst, kunnen zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de ondernemers over apparatuur moeten beschikken met een afschrijvingstermijn van meer dan vier jaar en die gedurende de gehele looptijd van de raamovereenkomst altijd beschikbaar moet zijn.”

10. Te dezen bedraagt de looptijd van de opdracht volgens de aankondiging en het bestek voor beide percelen 72 maanden of zes jaar, hetgeen aldaar niet nader wordt verantwoord.

In de toelichtingsnota, waarbij het bestek werd voorgelegd aan de Inspecteur van Financiën, wordt de langere duurtijd van de opdracht echter wel gemotiveerd, als volgt:

“[...]

Ici, les importants travaux préparatoires nécessaires à la construction particulière et typique des véhicules destinés aux pompiers engendre initialement un grand coût d’investissement pour le constructeur. De plus, la réalisation du prototype et la mise en production en série prennent en moyenne de 1,5 à 2 ans. Afin de permettre au fournisseurs de récupérer ses coûts d’investissement initiaux et d’avoir un retour sur investissement suffisant et sain pour entreprise, il est demandé de prolonger la durée du marché jusqu’à 6 ans.

[Vrije vertaling in de nota van de verwerende partij:

In casu, genereren de noodzakelijke, voorbereidende werkzaamheden in het bouwen van de brandweerwagens een grote investeringskost voor de opdrachtnemer. Voornamelijk de realisatie van een prototype en de in productiestelling nemen 1,5 tot 2 jaar in beslag. Teneinde aan de opdrachtgever de mogelijkheid te verschaffen om zijn investeringskosten en investeringsreturn terug te verdienen, alsmede in het kader van de solvabiliteit van de opdrachtgever, wordt aangeraden om de looptijd van de overheidsopdracht te verlengen tot 6 jaar].”

De motieven die de langere duurtijd van zes jaar beogen te verantwoorden, blijken aldus reeds formeel te zijn aangenomen in *tempore non suspecto*, zijnde ter gelegenheid van de voorlegging van het bestek aan de Inspectie van Financiën. Artikel 43, § 2, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016

lijkt op het eerste gezicht niet te vereisen dat deze motieven uitdrukkelijk dienen te worden hernomen in het bestek.

Blijkens punt 17.1.3 van het bestek wordt overgegaan tot een voorafgaande keuring van het eerst bestelde voertuig en mogen de volgende bestellingen niet worden geproduceerd vooraleer dit eerste voertuig door de leidend ambtenaar of zijn gemachtigde is goedgekeurd. Ook de tussenkomen de partij geeft aan dat bij gunning van de opdracht het anderhalf jaar duurt voordat een dergelijk prototype is gebouwd en door de verwerende partij is goedgekeurd.

De motivering die verwijst naar het voorwerp van de opdracht en de bijzondere en typische bouw van brandweerwagens, de grote oorspronkelijke investeringskost voor de opdrachtnemer en het feit dat de realisatie van een prototype en de in productiestelling gemiddeld anderhalf tot twee jaar in beslag kan nemen, lijkt bijgevolg op het eerste gezicht een totale duurtijd van de opdracht van zes jaar te verantwoorden.

De argumentatie die de verzoekende partij ter terechtzitting opwerpt, namelijk dat deze motivering ten aanzien van de tussenkomen de partij niet zou opgaan omdat zij als zittende inschrijver geen prototype zal moeten bouwen, lijkt – daargelaten of ze inhoudelijk correct is – niet pertinent aangezien de verwerende partij bij het bepalen van de looptijd in het bestek niet op de gunning aan de tussenkomen de partij mag vooruitlopen.

11. In die omstandigheden toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat artikel 43, § 2, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 is geschonden.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede en derde middel, samen genomen

Uiteenzetting van de middelen

12. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Zij voert daarbij in wezen aan dat de verwerende partij het bestek aldus heeft opgesteld met de bedoeling de gekozen inschrijver te bevoordelen en alle concurrenten van de gekozen inschrijver uit te sluiten en zodoende te benadelen. Zij verwijst daarbij naar de essentiële eisen van het bestek die er volgens haar op gericht zijn de kenmerken van de autopomp van de tussenkomende partij als uitsluitingsgronden voor de concurrentie vast te stellen “zoals het vereisen van 3 scharnieren voor de rolluiken en de opstaptreden (1.9.5.1.2 en 1.9.5.2), het opleggen van de punten van de bediening- en controle elementen in de cabine, superstructuur en pompcompartiment van de autopomp Vanassche (punten 1.10.11, 1.10.12, 1.10.13, 1.10.14), het opleggen van de vereiste voor de opbergruimte onder de zitplaatsen en dat de zetel niet mag worden opgelicht (punt 1.8.3.3), het opleggen van een wandelpad op het dak langsheen het laddersysteem van minimaal 350 mm. breed zoals het voertuig Vanassche (punt 1.9.6.2), uitsluiten van bumper op de voertuigen (1.9.12), vereisen dat prioriteitslichten achteraan symmetrisch worden gemonteerd op de bovenste hoeken (1.10.9.4), een bewakingssysteem veiligheid dat identiek is aan de handleiding van de autopomp Vanassche FFE (1.11.1.8), het spoelen van een schuiminjectiesysteem dat letterlijk is overgenomen uit de handleiding van de autopomp Vanassche (1.1.9.7) een bak voor overtollig additief die die is van de autopomp Vanassche”. De verzoekende partij verwijst naar haar voorafgaande technische besprekingen en besluit dat het bestek in feite niets anders is dan een beschrijving in functie van de autopomp van de tussenkomende partij. Zij stelt nog dat zelfs 8 op de 30 punten worden voorzien voor de post “kantelhoek” omdat de tussenkomende partij werkt met een hulpraam met een kleiner profiel waardoor het zwaartepunt lager ligt en de kantelhoek “ogenschijnlijk” beter is.

13. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Zij voert dezelfde grief aan ten aanzien van het bestek als in het tweede middel, namelijk dat deze is opgesteld in functie van de autopomp van de tussenkomende partij, met specifieke vereisten waaraan alleen, en dan nog ten onrechte, deze inschrijver kon voldoen. Hierdoor heeft de verwerende partij volgens de verzoekende partij de ondernemers niet behandeld op een gelijke en niet-discriminerende wijze en niet gehandeld op een transparante en proportionele wijze.

Wat de beoordeling van haar offerte in de gunningsbeslissing zelf betreft, betoogt zij voorts in het derde middel dat zij “betere materialen aan[biedt] maar wordt uitgesloten omdat haar opstaptreden, waarmee nooit problemen zijn, geen 3 scharnierpunten [hebben] in tegenstelling tot Vanasssche FFE die 3 scharnierpunten moest voorzien omdat de uitvoering zodanig zwak en slecht was dat 2 punten niet voldeden en er enorme problemen mee waren”, dat “de grote producenten van brandweermateriaal zoals Rosenbauer en Magirus meedeelden dat men niet kon voldoen aan de essentiële eisen die FOD Binnenlandse Zaken stelde omdat die waren geschreven voor Vanasssche FFE met inachtnaam van de gebreken en tekortkomingen van Vanasssche zoals wordt toegegeven in de beslissing waarbij men verwijst naar de moeilijkheden met de geleverde autopompen in Charleroi”. Voorts verwijst zij naar de voorafgaande technische bespreking in haar verzoekschrift waarin zij heeft aangetoond “dat foutief werd geoordeeld dat er geen 3 scharnierpunten waren voor de rolluiken daar waar dit wel het geval was, terwijl voor de 3 scharnierpunten voor de opstaptreden werd miskend dat de uitvoering van [de verzoekende partij] geen enkel probleem opleverde omdat die beter en zwaarder was uitgevoerd dan de lichte scharnieren van [de gekozen inschrijver]. Bij het dimensioneren van de aandrijflijn werden er onjuiste berekeningen uitgevoerd, foutieve vooropzettingen gedaan en werd miskend dat alles wel degelijk voldeed zoals aangetoond zodat er misleidend werd beoordeeld. Ook de beoordeling inzake de opbouw en de gedetailleerde plannen klopten niet gezien wel degelijk alles werd weergegeven zoals dat ook het geval was voor de bediening en controle elementen”. De verzoekende partij besluit dat de gronden tot uitsluiting het gevolg zijn van een handelen dat niet gebeurde op transparante en proportionele wijze, zodat de verwerende partij niet diende in te gaan op de offerte van de verzoekende partij.

Beoordeling

14. 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.

Artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Omzeilen toepassingsgebied en kunstmatig beperken mededinging
Art. 5. § 1. Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

Tweede middel en derde middel voor zover het is gericht tegen het bestek

15. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij en de tussenkomende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het middel – omdat de verzoekende partij voorafgaand geen bezwaar heeft geuit bij enige besteksbepalings – is slechts noodzakelijk indien de middelen ernstig zouden worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

16. Het uitgangspunt van de verzoekende partij bij het tweede middel is dat de essentiële eisen van het bestek erop gericht zijn de kenmerken van de autopomp van de tussenkomende partij als uitsluitingsgronden voor de concurrentie vast te stellen. Ook het derde middel vertrekt vanuit dezelfde grief, met dien verstande dat hieruit een schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel wordt afgeleid.

Het betoog van de verzoekende partij steunt op de argumentatie dat het bestek is geschreven op maat en dus in het voordeel van de zittende

inschrijver, op die wijze dat het een andere kandidaat-inschrijver onmogelijk maakt om hoe dan ook een offerte van enige betekenis in te dienen.

Niet elke feitelijk voordelige toestand voor de zittende inschrijver dient echter *ipso facto* als een mededingingsverstorende situatie te worden beschouwd en de verzoekende partij lijkt er alsnog niet in te slagen een dergelijke situatie aan te tonen.

17. Op de eerste plaats lijkt het uitgangspunt van de verzoekende partij op het eerste gezicht geen steun te vinden in haar offerte zelf.

Behalve wat de post inzake het vereiste van drie scharnieren voor de rolluiken (punt 1.9.5.1.2) en de opstaptreden (punt 1.9.5.2) betreft, lijkt de verzoekende partij immers in staat te zijn geweest om een offerte in te dienen die beantwoordt aan elk van de technische vereisten die zij thans in het tweede middel opsomt, nu zij bij de betrokken posten in de kolom “Conform” telkens “Ja” blijkt te hebben ingevuld.

Wat de rolluiken (punt 1.9.5.1.2) betreft, lijkt uit de bijlage 13 van haar offerte waarnaar zij verwijst – en overigens uit haar uiteenzetting bij het derde middel zelf – op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat zij wel degelijk een conforme offerte met drie scharnierpunten heeft aangeboden, doch bij dat punt verkeerdelijk in de kolom “Voorstel van de inschrijve[r]” en in de kolom “Conform” dezelfde verantwoording als bij de opstaptreden heeft ingevuld.

Wat specifiek het besteksvereiste van minstens drie scharnierpunten voor de uit-/inklapbare opstaptreden betreft (punt 1.9.5.2), lijkt uit de bestreden beslissing zelf te kunnen worden afgeleid dat dit vereiste is gegroeid vanuit een concrete behoefte van de brandweer. Er werd immers vastgesteld dat “wanneer de afstand tussen de scharnierpunten te groot wordt, de sterkte en robuustheid van zowel de rolluiken als van de opklapbare opstaptreden vermindert” zodat werd beslist om in de toekomst steeds het vereiste te stellen dat er minstens drie scharnierpunten moeten zijn vanaf een breedte van 1000 mm. Nergens blijkt op het eerste gezicht dat dit vereiste specifiek zou zijn ingesteld op maat van de tussenkomende partij om andere concurrenten uit te sluiten. Dat

andere kandidaat-inschrijvers dan de tussenkomende partij niet aan dit vereiste zouden kunnen voldoen, wordt door de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aangetoond. Zij lijkt er daarentegen zelf voor te hebben gekozen om op dit punt geen conforme offerte in te dienen omdat dit volgens haar een “zinloze eis” betreft, en niet, zoals zij thans ter terechtzitting beweert, omdat dit technisch onmogelijk zou zijn.

18. Voorts lijkt de loutere omstandigheid dat enkel de verzoekende partij en de tussenkomende partij een offerte hebben ingediend op zich het uitgangspunt van de verzoekende partij niet aan te tonen. Ook van de loutere bewering dat “de grote producenten van brandweermateriaal [...] meedeelden dat men niet kon voldoen aan de essentiële eisen die FOD Binnenlandse Zaken stelde”, ligt geen bewijs voor.

De verwerende partij en de tussenkomende partij maken integendeel van hun kant op het eerste gezicht aannemelijk dat alle technische vereisten vermeld in document B van het bestek op een objectieve en transparante wijze tot stand zijn gekomen, dat ze zijn gegrond op de meest recente voorgaande versie van het bestek, aangepast aan de actuele stand van de techniek en wetgeving, en aangevuld met de aanbevelingen die door de gebruikers van de autopompen via de “Technische Commissie” aan de aanbestedende overheid worden gedaan, en dat zolang er geen bezwaar komt vanwege de brandweerdiensten zelf tijdens hun interventies, de werkgroep brandweer of de producenten, er geen reden is om de technische vereisten aan te passen. De tussenkomende partij maakt bovendien, althans op het eerste gezicht, aannemelijk dat zij, in tegenstelling tot de verzoekende partij die zich zou beperken tot het leveren van wat haar leverancier aanbiedt, maatwerk zou afleveren om specifiek te kunnen voldoen aan de gestelde essentiële vereisten; dat de zaken aldus worden omgedraaid: het bestek is niet opgesteld “op maat” van haar producten, maar zij heeft haar producten telkenmale aangepast aan de vereisten gesteld in het vorig en het onderhavig bestek.

19. In het licht van deze vaststellingen op grond van de stukken van het administratief dossier, maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat het bestek op die wijze is opgesteld dat het een andere

kandidaat-inschrijver dan de gekozen inschrijver onmogelijk lijkt te zijn gemaakt om hoe dan ook een offerte van enige betekenis in te dienen.

Het tweede middel, en het derde middel in de mate dat het is gericht tegen het bestek, zijn niet ernstig.

Derde middel, voor zover het is gericht tegen de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij

20. In de mate dat de verzoekende partij in het derde middel de deugdelijkheid van de motieven in de bestreden gunningsbeslissing betwist, valt op te merken dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toekomt om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen, zij het dat de Raad van State desgevraagd daarbij mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de grenzen van een redelijke beoordeling niet zijn overschreden. Voorts staat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel worden aangemerkt.

De offerte van de verzoekende partij werd als substantieel onregelmatig verworpen, op grond van vier motieven. Op het eerste gezicht lijkt elk van die motieven te volstaan om de beslissing tot het onregelmatigverklaren en het verwerpen van de offerte van de verzoekende partij afdoende te dragen. Aldus dient de verzoekende partij te dezen aan te tonen dat alle motieven voor het verwerpen van haar offerte in rechte falen. Indien één van de vier motieven overeind blijft, heeft de verzoekende partij, zo lijkt het, geen belang meer bij haar kritiek op de andere motieven.

21. De bestreden beslissing vermeldt als tweede motief voor de substantieelonregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij dat de offerte niet conform is met het vereiste onder het voormelde punt 1.9.5.2 voor de “uit-/inklapbare opstaptrede” van minstens 3 scharnierpunten vanaf een breedte van 1000 mm en breder.

Er wordt vastgesteld dat de verzoekende partij zelf in haar offerte in de invulijst bij punt 1.9.5.2 in de tabel “Conform”: “NEEN” heeft ingevuld en daarbij heeft opgemerkt:

“DIT IS EEN ZINLOZE EIS OM BEPAALDE FIRMA’S TE BEVOORDELEN.

Voor de klapdeuren gemonteerd op een Rosenbauer klapdeuren zijn steeds 2 scharnieren voorzien. Rosenbauer bouwt jaarlijks meer dan 500 autopompen met dit type klapdeuren. Deze klapdeuren hebben hun degelijkheid meer dan bewezen. Rosenbauer zal geen extra scharnier monteren wanneer dit overbodig is. Rosenbauer maakt meer dan 3000 klaptredens per jaar met 2 scharnieren met 5 jaar garantie.”

De verzoekende partij betoogt thans in haar verzoekschrift dat “voor de 3 scharnierpunten voor de opstaptreden werd miskend dat de uitvoering van Fire Technics geen enkel probleem opleverde omdat dat beter en zwaarder was uitgevoerd dan de lichte scharnieren van Vanassche FFE”. Ter terechtzitting licht de raadsman van de verzoekende partij toe dat de opstaptrede van de door haar aangeboden autopomp technisch anders is gebouwd zodat het zelfs niet mogelijk zou zijn een derde scharnier toe te voegen.

Er valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe de voormelde opmerking in de offerte van de verzoekende partij anders zou kunnen worden gelezen dan de door de verwerende partij gehanteerde lezing in de bestreden gunningsbeslissing, namelijk dat de verzoekende partij zelf aangeeft dat zij niet conform aanbiedt.

Wanneer de verwerende partij vaststelt dat de offerte van de gekozen inschrijver afwijkt van een vereiste dat als substantieel wordt aangemerkt in de opdrachtdocumenten, lijkt zij er op grond van artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ en punt 12.2 van het bestek toe gehouden de substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren.

Bovendien blijkt uit de offerte van de verzoekende partij op het eerste gezicht niet dat het voorzien van minstens drie scharnieren vanaf een breedte van 1000 mm en breder technisch onmogelijk zou zijn, zoals zij thans ter

terechtstelling beweert. Overigens lijkt uit de voorschriften bepaald in “Document B - Model van technische offerte”, zoals weergegeven *sub* 3.3, op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat een inschrijver, gesteld voor die situatie, alsdan de mogelijkheid wordt geboden om met elk passend middel vooralsnog aan te tonen dat de door hem voorgestelde oplossing op gelijkwaardige wijze voldoet aan de eisen van de technische specificaties, mogelijkheid waarvan de verzoekende partij geen gebruik heeft gemaakt.

22. Er is dan ook geen grond om in de huidige stand van de zaak in te gaan op de kritieken die de verzoekende partij doet gelden ten aanzien van de overige motieven tot substantieel onregelmatigverklaring van haar offerte. De verzoekende partij heeft immers reeds op het eerste gezicht geen belang bij die kritieken nu deze, zelfs indien ernstig, niet meer tot de vaststelling kunnen leiden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd verworpen.

23. Ook het derde middel, voor zover gericht tegen de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij, kan niet worden aangenomen.

C. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

24. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de algemene beginselen voor de selectie en gunning (art. 66 e.v. Wet 17 juni 2016 overheidsopdrachten) alsook van de gunningscriteria van de opdracht (art. 81 Wet 17 juni 2016 overheidsopdrachten) waarbij op ontoelaatbare, onjuiste en foutieve gronden de nv Fire Technics werd uitgeschakeld”.

De verzoekende partij zet haar middel als volgt uiteen in haar verzoekschrift:

“Art. 66 par. 1 Wet 17 juni 2016 overheidsopdrachten voorziet dat opdrachten worden gegund op basis van een of meerdere gunningscriteria, vastgesteld overeenkomstig art. 81. Dat artikel voorziet dat rekening wordt gehouden met criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale

aspecten die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht, waarbij die criteria, voor de huidige gunning, zijn : kwaliteit, waaronder technische verdiensten, esthetische en functionele kenmerken, toegankelijkheid, geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, sociale, milieu- en innovatieve kenmerken, de handel en de voorwaarden waaronder deze plaats vindt.

Vanassche FFE leverde autopompen waarmee er problemen waren zoals werd erkend in de beslissing met de verwijzing naar de moeilijkheden in Charleroi. Omdat de scharnieren van Vanassche FFE niet voldeden (2) werd een oplossing gezocht in het uitvoeren met 3 scharnierpunten. Waar de uitvoering Vanassche kwalitatief slecht was betreffende de 2 scharnierpunten, werd plotseling als substantiële vereiste gesteld dat de rolluiken en opstaptreden 3 scharnierpunten moesten hebben niettegenstaande dat kwalitatief niet kan en zelfs uitgesloten door de goede uitvoering bij Rosenbauer die al duizenden autopompen met opstaptreden met 2 scharnieren produceerde zonder dat er ook maar enig probleem mee was want anders zou men aangepaste uitvoeringen hebben voorzien.

Waar wordt aangetoond dat voor de dimensionering van de aandrijflijn wel degelijk aan de voorwaarden wordt voldaan, gedetailleerde plannen en een duidelijk beeld wordt gegeven alsook de bediening- en controle-elementen in de cabine, superstructuur en pompcompartiment voldoen maar niet identiek zijn aan die van Vanassche, wordt er toch uitgesloten zodat er de miskenning is dat de gunning geen rekening hield met de criteria van kwalitatieve aspecten waaronder technische verdienste, functionele kenmerken, toegankelijkheid en geschiktheid, overigens ook veiligheid.

Een autopomp zonder bumper is onveilig want een bumper dient daarvoor. Waar een Rosenbauerpomp geen beperking heeft van het bewakingssysteem, wordt een systeem gevraagd conform de handleiding van de firma Vanassche met een begrenzing van de lagedrukpomp op 15 bar en van de hogedrukpomp op 48 bar. Er worden eisen gesteld voor het spoelen van het schuiminjectiesysteem en de overloopbeveiliging conform de uitvoering van Vanassche daar waar er andere en betere uitvoeringen zijn zoals ook het stellen van eisen betreffende gebruik van reddingsmateriaal Holmatro die het materiaal is dat ... Vanassche FFE al jaren levert door tussenkomst van het FOD Binnenlandse Zaken niettegenstaande dat niet meer voldoet aan de evolutie naar reddingsmateriaal op batterijen wat veel gunstiger is door andere afmetingen, gewicht enz.”

Beoordeling

25. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie *obscuri libelli* op. Zij stelt vast dat bij de uiteenzetting van het vierde middel de verzoekende partij zich in haar argumentatie beperkt tot het louter aanhalen van enkele wettelijke bepalingen uit de wet overheidsopdrachten 2016, doch geen

poging onderneemt om de betrokken artikelen toe te lichten, laat staan aan te voeren waarom ze door de bestreden beslissing werden geschonden. De verzoekende partij verwijst daarentegen terug naar haar argumentatie die erin bestaat dat het bestek op maat van de tussenkomende partij werd geschreven. Het middel is volgens haar dan ook onduidelijk omdat de verwerende partij zich niet naar behoren kan verdedigen. Het verschaft geen enkel inzicht aan de verwerende partij over de essentie van de wettigheidsbezwaren die de verzoekende partij laat gelden tegen de bestreden beslissing.

Ook de tussenkomende partij werpt op dat het onduidelijk is wat de verzoekende partij in dit middel beweert, zodat haar vordering op dit punt moet worden afgewezen.

26. Luidens artikel 2, § 1, 3°, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bevat het verzoekschrift tot nietigverklaring “het voorwerp van de eis, aanvraag of beroep en een uiteenzetting van de feiten en de middelen”.

Artikel 16 van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’, bepaalt in zijn eerste paragraaf dat, als de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, de vordering tot schorsing, onder meer de vermelding bevat “5° indien het beroep tot nietigverklaring nog niet is ingediend, een uiteenzetting van de feiten en middelen die de nietigverklaring van de akte of het reglement kunnen rechtvaardigen”. Te dezen gaat het om een enig verzoekschrift en vallen beide bepalingen wat de vereiste uiteenzetting van de middelen betreft in feite samen.

Onder “middel” in de zin van deze bepalingen moet worden verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel en van de wijze waarop die regel naar het oordeel van een verzoekende partij door de bestreden handeling wordt geschonden. Voldoende duidelijk betekent dat geen veronderstellingen moeten worden gemaakt over de juiste bedoelingen van de verzoekende partij, waardoor in werkelijkheid de verwerende

partij, en nadien de Raad van State, ertoe worden gebracht in de plaats van de verzoekende partij het verzoekschrift te redigeren.

27. Waar de verzoekende partij verwijst naar “de algemene beginselen voor de selectie en gunning” en naar “art. 66 e.v.” en artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, lijkt met de verwerende partij te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij nalaat aan te geven welke rechtsregels zij precies geschonden acht. Voorts blijkt uit de uiteenzetting van het middel evenmin duidelijk de wijze waarop die regels, die uitsluitend betrekking lijken te hebben op de gunningscriteria, naar het oordeel van de verzoekende partij door de bestreden beslissing worden geschonden.

Ook blijkt zowel uit de nota als het verzoekschrift tot tussenkomst dat de redactie van het middel de verwerende partij en de tussenkomende partij alleszins heeft belet een verweer te ontwikkelen.

28. De exceptie van niet-ontvankelijkheid lijkt dan ook, wat het vierde middel betreft, in die mate te moeten worden bijgevalen.

29. In de mate dat de verzoekende partij in het middel betoogt dat haar offerte wordt uitgesloten zonder dat de gunningsbeslissing rekening hield met de criteria van kwalitatieve aspecten “waaronder technische verdienste, functionele kenmerken, toegankelijkheid en geschiktheid, overigens ook veiligheid”, lijkt zij er in elk geval aan voorbij te gaan dat de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria voorafgaat.

Voor zover zij in dit middel zou beogen tevens de motieven voor de substantieel onregelmatigverklaring van haar offerte te betwisten, kan verwezen worden naar de beoordeling van het derde middel.

Voor zover zij in dit middel opnieuw lijkt te verwijzen naar het vaststellen van een bestek op maat van de tussenkomende partij waardoor andere inschrijvers zouden worden uitgesloten, kan verwezen worden naar de beoordeling van het tweede middel.

30. Het vierde middel is niet ontvankelijk en evenmin ernstig.

D. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

31. In een vijfde middel voert de verzoekende partij de schending aan “van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en rechtszekerheid, het vertrouwensbeginsel, de formele en materiële motiveringsplicht overeenkomstig de Wet van 19 juli 1991 en het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*”.

Het middel wordt door de verzoekende partij in haar verzoekschrift als volgt toegelicht:

“Er is zowel bedrog als zeker oneerlijkheid wanneer men het bestek schrijft op basis van een autopomp die men duidelijk wilt verkozen zien. Dat werd doorgetrokken in de gunningsbeslissing die volledig onjuist is op alle punten omdat de rolluiken 3 scharnierpunten hebben, de eis van 3 scharnierpunten alleen zinvol was voor een zwakke constructie zoals die van Vanassche FFE, het dimensioneren van de aandrijflijn correct is en op basis van onjuiste berekeningen werd verworpen alsook dat voldaan werd aan de vereisten van de opbouw.

Het is geen behoorlijk bestuur te handelen zoals FOD Binnenlandse Zaken dat deed met de gunning die de Wet van 17 juni 2016 overheidsopdrachten volledig miskende omdat de beslissing al vaststond dat het autopompen Vanassche moesten zijn zodat alles in het werk werd gesteld om de concurrentie uit te sluiten. Dat was met resultaat want enkel Fire Technics deed mee aan de aanbesteding, overigens niet na gewezen te hebben op het onrechtmatige van de handelswijze van FOD Binnenlandse Zaken die dat gewoon negeerde. Die handelswijze tast de rechtszekerheid van aanbesteders aan die het recht hebben dat een gunning op correcte wijze gebeurt. Ook het vertrouwen wordt geschaad door een dergelijke handelswijze want deelnemers hebben geen enkel vertrouwen meer omdat zij vaststellen dat deelname toch geen zin heeft nu alles gebaseerd is op één leverancier waarvan zelfs op bepaalde plaatsen specifieke vereisten letterlijk zijn overgeschreven uit de handleiding en de commerciële uiteenzetting van die leverancier. Men deed niet eens de moeite om de tekst te veranderen... .

Wat substantieel was, was dat in feite niet want 3 scharnieren vereisen omdat het materiaal van Vanassche FFE wegens slechte uitvoering niet voldoet, is onaanvaardbaar. Daarbij komt dat er foutief werd gemotiveerd bij de aandrijflijn en de rolluiken maar ook de opbouw. Daardoor is niet voldaan aan zowel de formele als materiële motiveringsplicht.”

Beoordeling

32. Uit de uiteenzetting van het vijfde middel blijkt dat het zowel gericht is tegen het bestek als tegen de substantieel onregelmatig verklaring van de offerte van de verzoekende partij in de bestreden gunningsbeslissing.

33. In de mate dat de grief gericht is tegen het bestek, dient op het eerste gezicht met de verwerende partij en de tussenkomen partij te worden vastgesteld dat deze in wezen overeenstemt met hetgeen reeds werd aangevoerd onder het tweede middel, met dien verstande dat hieruit nu een schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel en het algemeen beginsel *fraus omnia corrumpit* wordt afgeleid.

Om dezelfde redenen als uiteengezet bij de beoordeling van het tweede middel, lijkt *prima facie* te moeten worden besloten dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit onderdeel van het middel en dat het evenmin ernstig is.

34. In de mate dat in het middel daarnaast ook een schending wordt aangevoerd van de formele- en materiële motiveringsplicht omdat de motieven in de bestreden beslissing volledig foutief, onjuist of niet draagkrachtig zouden zijn, kan worden verwezen naar de beoordeling van het derde middel waarin de deugdelijkheid van de motieven in de bestreden gunningsbeslissing reeds werd betwist. Om dezelfde redenen als aldaar uiteengezet, kan ook dit onderdeel van het vijfde middel niet worden aangenomen.

35. Het vijfde middel is niet ernstig.

E. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

36. Het zesde middel, geput uit machtafwending, wordt door de verzoekende partij als volgt, uiteengezet:

“Het bestek werd opgesteld om te gunnen aan een welbepaalde leverancier met inlassing van specifieke kenmerken van het voertuig waarvoor men duidelijk al gekozen had voor de aanbesteding. Daarbij moest Fire Technics worden uitgesloten zodat zij niet in concurrentie mocht komen met Vanassche FFE want een correcte vergelijking moest voor gevolg hebben dat Fire Technics moest gekozen worden gezien het materiaal van Vanassche FFE niet voldoet. De gunningsbeslissing zelf is onregelmatig door de beslissingen die zowel gewoon miskennen dat de rolluiken 3 scharnieren hebben als door een onjuiste berekening van de dimensionering van de aandrijflijn. De voorwaarde van 3 scharnieren voor de opstaptrede in plaats van 2 scharnieren steunt op een slechte uitvoering van Vanassche FFE die voor haar slechte uitvoering van de opstaptreden wordt beloond met een voorwaarde die haar concurrenten discrimineert. Ook inzake opbouw is er foutief geoordeeld gezien dat wel degelijk blijkt uit de stukken. Het gunnen aan Vanassche FFE was een onrechtmatig doel dat werd beoogd vanaf het begin van het opstellen van het bestek, zodat het voor FOD Binnenlandse Zaken determinerend was dat het lastenboek Vanassche FFE begunstigde wat ook het geval moest zijn bij de beoordeling. Het was een ongeoorloofd handelen met het oog op een ongeoorloofd doel. Daarom is er hoe dan ook machtsafwending.”

Beoordeling

37. Ook uit de uiteenzetting van het zesde middel blijkt dat het zowel gericht is tegen het bestek als tegen de substantieel onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij in de bestreden gunningsbeslissing.

38. Bij het aanvoeren van machtsafwending dient de verzoekende partij aan te tonen dat het bestuur de bevoegdheid die de wet hem tot het bereiken van een bepaald oogmerk van algemeen belang heeft gegeven, gebruikt voor een ander doel en dit ongeoorloofde oogmerk het enige doel van de betrokken handeling is. Het bestaan van machtsafwending kan worden afgeleid uit voldoende ernstige, welbepaalde en overeenstemmende vermoedens. Het eveneens in het kader van het tweede middel aangevoerde artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 vormt hier een bijzondere toepassing van.

39. Nu de verzoekende partij, wat de aangevoerde machtsafwending bij aanneming van het bestek betreft, op het eerste gezicht geen andere grieven lijkt aan te voeren dan hetgeen zij reeds uiteenzette in haar tweede middel, volstaat het

op het eerste gezicht op dit punt te verwijzen naar de beoordeling van het tweede middel.

40. Wat de aangevoerde machtsafwending bij het nemen van de bestreden gunningsbeslissing zelf betreft, kan worden verwezen naar de beoordeling van het derde middel waarin de deugdelijkheid van de motieven in de bestreden gunningsbeslissing reeds werd betwist. Om dezelfde redenen als aldaar uiteengezet, kan ook het zesde middel niet worden aangenomen.

41. In elk geval moet een verzoekende partij die machtsafwending inroept het bewijs leveren dat de beweegredenen die het bestuur opgeeft voor een bepaalde handeling niet de werkelijke beweegredenen zijn, met andere woorden dat het bestuur met de bestreden beslissing een ongeoorloofd oogmerk nastreeft.

De verzoekende partij lijkt zich er te dezen echter toe te beperken machtsafwending te opperen zonder enig begin van bewijs.

42. Ook het zesde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

43. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Vanassche Firefighting Engineering tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijf november tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere