

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.872 van 10 november 2020
in de zaak A. 231.998/XII-8973**

In zake: de NV DEPANNAGE DE GROOTE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre, Felix Feyt en Anton De Weerd
kantoor houdend te 1000 Brussel
Tour & Taxis
Havenlaan 86c, 113 b
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 oktober 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“- de beslissing van 15 september 2020 van het Agentschap Wegen en Verkeer (afgekort AWV) [...] om de opdracht voor ‘perceel 6 – E17 Midden’ van het Project F.A.S.T., Incidentafhandeling op de autosnelwegen in Provincie Oost-Vlaanderen, op autosnelweg A10 (E40), A14 (D17), A11 (E34) en R4, Takelen en afvoeren van voertuigen met Maximaal Toegelaten Massa (MTM) <3,5 ton te gunnen aan Depannage Gio;

- de beslissing van 15 september 2020 van [AWV] [...] waarbij de offerte van Depannage De Groote nv voor perceel 6 – E17 midden van het project F.A.S.T., als onregelmatig wordt geweerd;

- de impliciete beslissing van 15 september 2020 van [AWV] [...] om de opdracht voor ‘perceel 6 – E17 Midden’ van het Project F.A.S.T., niet aan Depannage De Groote te gunnen;

- de beslissing van 15 september 2020 van AWW, [...] om de opdracht voor ‘perceel 7 – E17 Noord’ van het Project F.A.S.T. [...] te gunnen aan Depannage Gio;”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 november 2020, om 14.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Jens Debièvre en Felix Feyt, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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. Het Vlaamse Gewest, agentschap Wegen en Verkeer van de provincie Oost-Vlaanderen schrijft een overheidsopdracht uit voor het sluiten van een raamovereenkomst voor incidentafhandeling op de autosnelwegen in de provincie Oost-Vlaanderen (project F.A.S.T.)

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 maart 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 maart 2020.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek met nummer 1M3D8H/20/8-X40/D400/65 ‘Project F.A.S.T., Incidentafhandeling op de autosnelwegen in Provincie Oost-Vlaanderen, op autosnelweg A10 (E40), A14 (E17), A11 (E34) en R4. Takelen en afvoeren van voertuigen met Maximaal Toegelaten Massa (MTM $\leq$ 3,5 ton)’ (hierna: bestek).

De opdracht bestaat uit negen percelen. De voorliggende vordering heeft betrekking op de gunning van twee percelen, namelijk perceel 6: E17 Midden en perceel 7: E17 Noord.

De raamovereenkomst wordt gegund voor één kalenderjaar en is tot driemaal verlengbaar met telkens één kalenderjaar.

De opdracht wordt gegund door middel van een openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs.

Volgende bepalingen in punt ‘2.2 Administratieve voorschriften bij toepassing van het koninklijk besluit van 18.04.2017 inzake plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ van het bestek zijn te dezen relevant:

“Art. 25. Prijsweergave

De maximale prijs per type takeling werd door de aanbestedende overheid opgenomen in de inventaris. Door in te schrijven op deze opdracht verklaart elke inschrijver zich akkoord om de takelingen voor de opgegeven prijzen uit te voeren.

De inschrijvers kunnen per perceel één globaal kortingspercentage aanbieden (dit kortingspercentage geldt niet op post 8, 9, 10 en 11). Het indienen van een kortingspercentage bij samenvoeging van de percelen is niet toegestaan. De inschrijver bepaalt per perceel zijn eventuele kortingspercentage (prijzen excl. btw) ten opzichte van de eenheidsprijzen opgenomen in de inventaris.

De opgenomen eenheidsprijzen zijn gebaseerd op indicatieve hoeveelheden (IH). Deze indicatieve hoeveelheden zijn door de aanbestedende overheid bepaald op grond van historische gegevens (van het aantal takelingen dat tijdens de voorbije jaren werd uitgevoerd) en bieden bijgevolg geen enkele garantie inzake het aantal takelingen dat via de voorliggende raamovereenkomst effectief zal worden uitgevoerd.

[...]

De eenheidsprijzen opgenomen in de inventaris, en de eventuele kortingspercentages uit de offerte, zijn vast. Dit betekent dat de dienstverlener geen verrekeningen, schadevergoedingen of elke andere vorm van tegemoetkoming kan eisen ingeval de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden afwijken van de indicatieve hoeveelheden uit de inventaris.

Art. 26. Prijsvaststelling

Deze opdracht is een opdracht tegen prijslijst.

[...]

Art. 68. Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid

De inschrijver dient aan te tonen dat hij over de technische bekwaamheid beschikt door te voldoen aan eisen op het gebied van de voertuigen waarover hij beschikt, het personeel dat hij in dienst heeft en de terreinen die hij in gebruik heeft.

-Wat betreft het personeel zijn de specificaties per categorie waaraan deze moeten voldoen opgenomen onder Deel 3 Technische bepalingen – 3.1. Algemeen punt 3.1.4 van dit bestek

-Wat betreft de stelplaats zijn de specificaties waaraan deze moet voldoen opgenomen onder Deel 3 Technische bepalingen – 3.1. Algemeen punt 3.1.2 van dit bestek

-Wat betreft materieel zijn de eisen waaraan deze moeten voldoen opgenomen onder Deel 3 Technische bepalingen – 3.3. Technische gegevens waaraan voertuigen moeten voldoen van dit bestek.

Eisen op gebied van personeel

De inschrijver voegt bij zijn offerte een verklaring (specifiek document in bijlage aan dit bestek is te gebruiken) met lijst (naam en voornaam) van alle personen (personeel en zaakvoerders) die, minstens gedurende het volledige kalenderjaar voorafgaandelijk aan de publicatie van dit bestek, verbonden waren aan de onderneming (per persoon aangeven hoelang deze reeds verbonden is aan de onderneming) en instonden voor de uitvoering van de takelwerkzaamheden en/of de administratieve afhandeling ervan

[...]

f. Voor perceel 6 beschikte de dienstverlener minimaal over:

- 3 uitvoerende werkkrachten (uitgedrukt in %VTE). De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elke uitvoerende werkkracht voldoet aan de specificaties.

- 1 administratieve werkkrachten (uitgedrukt in %VTE). De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elke administratieve werkkracht voldoet aan de specificaties.

g. Voor perceel 7 beschikte de dienstverlener minimaal over:

- 3 uitvoerende werkkrachten (uitgedrukt in %VTE). De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elke uitvoerende werkkracht voldoet aan de specificaties.

- 1 administratieve werkkrachten (uitgedrukt in %VTE). De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elke administratieve werkkracht voldoet aan de specificaties.

[...]

Eisen op gebied van stelplaats

[...]

Eisen op gebied van takelvoertuigen

De inschrijver voegt bij zijn offerte een verklaring (specifiek document in bijlage aan dit bestek is te gebruiken) met lijst (merk en type) van alle takelvoertuigen (in eigendom of huur) die, gedurende het kalenderjaar voorafgaandelijk aan de publicatie van dit bestek, ingezet werden binnen de onderneming voor de uitvoering van de takelwerkzaamheden.

Voor perceel 1 beschikte de dienstverlener minimaal over:

a.[...]

[...]

f. Voor perceel 6 beschikte de dienstverlener minimaal over:

- 1 takelvoertuigen met laadvloer. De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elk takelvoertuig voldoet aan de eisen.

- 1 takelvoertuigen met laadvloer en bijkomend uitgerust met kraan. De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elk takelvoertuig voldoet aan de eisen.

g. Voor perceel 7 beschikte de dienstverlener minimaal over:

- 1 takelvoertuigen met laadvloer. De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elk takelvoertuig voldoet aan de eisen.

- 1 takelvoertuigen met laadvloer en bijkomend uitgerust met kraan. De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elk takelvoertuig voldoet aan de eisen.

[...]

Algemeen

Enkel de inschrijvingen die op basis van de hierboven genoemde selectiecriteria voldoende gekwalificeerd geacht worden om de opdracht te kunnen uitvoeren, komen voor verder onderzoek in aanmerking.

Wanneer verschillende ondernemingen op een of andere manier samenwerken voor het trachten gegund te krijgen van deze overheidsopdracht, bijvoorbeeld onder de vorm van een tijdelijke handelsvereniging of in de structuur van hoofd- en onderaannemers, dan moet één van de partners uit de samenwerking beschikken over minstens de helft van de hiervoor aangehaalde aantallen wat betreft personeel, stelplaatsen en takelvoertuigen. Bij het afronden van de uitkomst na de deling door 2 van de hiervoor opgegeven aantallen, zal altijd naar boven afgerond worden.

Een inschrijver kan inschrijven voor meerdere percelen. Hij kan echter slechts een aantal percelen gegund krijgen waarvoor hij effectief voldoende

technisch uitgerust is. Hiervoor wordt de nodige technische bekwaamheid opgeteld.

[...]

Art. 78. Inhoud van de offerte

Op het offerteformulier wordt o.a. een kortingspercentage vermeld dat betrekking heeft op alle posten van dit bestek (op uitzondering van post 8, 9, 10 en 11). Verder dienen bij het offerteformulier de volgende documenten te worden gevoegd:

[...]

5) De inschrijver dient aan te tonen dat hij zowel qua structuur, organisatie, materieel, personeel, beschikbare stelplaats(en), in staat is om te allen tijde binnen de voorziene aanrijtijden ter plaatse te zijn. De ‘nota omtrent de organisatie van het perceel’ (bijlage 4.7) toont aan dat:

[...]

c. Het gepaste materiaal (interventie-, signalisatie- en servicevoertuigen) zodanig georganiseerd is om de gestelde aanrijtijden altijd te kunnen halen.

o Er voldoende materiaal en personeel is. Het verschil tussen de aantallen in de technische bekwaamheid (art 68) en de aantallen in Deel III - Technische bepalingen wordt opgevangen.

o De dienstverlener mag gebruik maken van dienstwegen, parkings, ... langs de snelweg om zich optimaal te organiseren. De dienstverlener kan echter geen compensaties vragen als een dienstweg, parking, ... niet of niet meer beschikbaar is voor hem.

Nuttige link: <http://wegenenverkeer.be/documenten> -doorklikken naar kaarten, dienstkaart.

Er kunnen meerdere gelijktijdige oproepen zijn die moeten afgehandeld worden binnen de voorwaarden van het bestek.

6) De inschrijver beschrijft hoe hij op het moment van aanvang der diensten zal beschikken over het nodige personeel, materiaal, terreinen, ... , zoals beschreven in de technische bepalingen.

7) De geldige milieuvergunning (minimaal klasse 3) voor de stelplaats die door de inschrijver zal gebruikt worden.

[...].”

De te dezen relevante ‘Technische bepalingen’ van het bestek luiden:

“3.1 Algemeen

3.1.1. Uitrusting en capaciteit van de inschrijver

De capaciteit en de uitrusting van de inschrijver zijn van zeer groot belang. Tevens is het ook onontbeerlijk dat de inschrijver voldoet aan de actuele wetgeving (gewestelijk, federaal en Europees).

[...]

3.1.3. Rollend materieel: aantallen per perceel + keuring voorafgaand aan de aanvang van de dienstverlening

Het aantal voertuigen bedraagt in functie van de aard en per perceel:

[...]

6. Perceel 6

- 2 signalisatievoertuigen waarvan 1 voertuig kan genieten van de overgangsmaatregel zoals beschreven onder punt 3.3 verderop in dit bestek en 1 dat moet voldoen aan de nieuwste technische eisen zoals verderop in dit bestek omschreven onder punt 3.3;

- In totaal 3 takelvoertuigen waarvan:

- 1 takelvoertuigen met laadvloer en min. laadvermogen van 2 ton en bijkomend uitgerust met een kraan;

- 1 takelvoertuigen met laadvloer en min. laadvermogen van 3.5 ton (en eventueel bijkomend uitgerust met een kraan).

- 1 takelvoertuigen met laadvloer en min. laadvermogen van 3.5 ton en bijkomend uitgerust met een kraan.

7. Perceel 7

- 2 signalisatievoertuigen waarvan 1 voertuig kan genieten van de overgangsmaatregel zoals beschreven onder punt 3.3 verderop in dit bestek en 1 dat moet voldoen aan de nieuwste technische eisen zoals verderop in dit bestek omschreven onder punt 3.3;

- In totaal 3 takelvoertuigen waarvan:

- 1 takelvoertuigen met laadvloer en min. laadvermogen van 2 ton en bijkomend uitgerust met een kraan;

- 1 takelvoertuigen met laadvloer en min. laadvermogen van 3.5 ton (en eventueel bijkomend uitgerust met een kraan).

- 1 takelvoertuigen met laadvloer en min. laadvermogen van 3.5 ton en bijkomend uitgerust met een kraan.

[...]

Indien een onderneming voor meerdere percelen inschrijft, worden de vereiste aantallen van de betrokken percelen opgeteld.

[...]

3.1.4. Personeel: aantallen per perceel + specificaties per categorie

Het aantal personeelsleden (medewerkers + zaakvoerders) bedraagt in functie van het perceel:

[...]

Perceel 6

- 1 administratieve werkkrachten (uitgedrukt in %VTE)

- In totaal 5 uitvoerende werkkrachten waarvan (uitgedrukt in %VTE)

- 2 de rol van beveiligers kunnen opnemen (uitgedrukt in %VTE)

Perceel 7

- 1 administratieve werkkrachten (uitgedrukt in %VTE)

- In totaal 5 uitvoerende werkkrachten waarvan (uitgedrukt in %VTE)

- 2 de rol van beveiligers kunnen opnemen (uitgedrukt in %VTE)

[...]

Indien een onderneming voor meerdere percelen inschrijft, worden de vereiste aantallen van de betrokken percelen opgeteld. Voor elk tweede perceel is er weliswaar geen extra administratieve kracht vereist (zie verder).

Specificaties betreffende de administratieve werkkrachten

Een dienstverlener heeft minstens 1 administratieve werkkraft in dienst per 1 of 2 percelen die hem gegund werden. Wanneer de dienstverlener meer dan 2 percelen wordt gegund, moeten minstens 2 administratieve werkkrachten in dienst zijn.

Voorbeeld:

- 1 perceel gegund: min. 1 adm. kracht
- 2 percelen gegund: min. 1 adm. kracht
- 3 percelen gegund: min. 2 adm. krachten
- 4 percelen gegund: min. 2 adm. krachten
- 5 percelen gegund: min. 3 adm. krachten
- [...]

Algemeen

Vanaf de aanvang van de dienstverlening beschikt de dienstverlener over alle noodzakelijke personeel en kan dit gecontroleerd worden door de Vlaamse overheid en/of de Federale Wegpolitie.”

3.3. Op 2 juni 2020 vindt de openingszitting plaats.

Voor perceel 6 worden drie offertes ingediend onder meer door de gekozen inschrijver en door de verzoekende partij. Deze laatste schrijft in “onder volgende voorwaarden van de takelaar: ophalen van dieren is niet de taak van de takelaar, bewaren op zone stelplaats van kadavers wordt niet uitgevoerd, tarief signa altijd zelfde prijs per tijdzone en opdracht, track & trace volgens OBU [on board unit]”.

Voor perceel 7 worden twee offertes ingediend, namelijk door de gekozen inschrijver en door Takeldienst Franky Blommaert.

3.4. Op 1 september 2020 wordt een afzonderlijk gunningsverslag opgesteld voor perceel 6 en voor perceel 7.

Met betrekking tot perceel 6 wordt gesteld:

“4. Regelmatigheid van de offertes (art. 83 Wet Overheidsopdrachten en art. 76 KB Plaatsing)
[...]

4.3. Technische conformiteit

Depannage Lybaert	OK
Depannage Gio	OK
De Groote Depannage nv	De inschrijver stelt bepaalde eenzijdige voorwaarden onder dewelke zij slechts de overeenkomst willen uitvoeren. Deze handeling is niet toegelaten binnen deze procedure. De offerte wordt substantieel onregelmatig verklaard.

[...]

6. Selectie - Deel 2

Ten aanzien van de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte, zijnde Depannage Gio wordt nagegaan of hij zich al dan niet in een geval van uitsluiting bevindt (verplicht en facultatief) en of hij voldoet aan de selectiecriteria zoals omschreven in de artikelen 71 e.v. van de Wet inzake overheidsopdrachten d.d. 17 juni 2016, de artikelen 65 e.v. van het KB Plaatsing d.d. 18 april 2017 en zoals nader gespecificeerd in de opdrachtdocumenten 1M3D8H/10/8.

[...]

6.2.2. Technische en beroepsbekwaamheid (art. 71 Wet overheidsopdrachten en art. 68 KB Plaatsing)

De inschrijver diende volgens art. 71 Wet Overheidsopdrachten en art. 68 KB Plaatsing zijn technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen door aan te tonen dat hij over de technische bekwaamheid beschikt door te voldoen aan eisen op het gebied van de voertuigen waarover hij beschikt, het personeel dat hij in dienst heeft en de terreinen die hij in gebruik heeft.

[...]

Enkel de inschrijvingen die op basis van de hierboven genoemde selectiecriteria voldoende gekwalificeerd geacht worden om de opdracht uit te voeren, komen voor verder onderzoek in aanmerking.

De inschrijver Depannage Gio toont aan dat hij aan de eisen van de selectie voldoet.”

Met betrekking tot perceel 7 wordt gesteld:

“4. Regelmatigheid van de offertes (art. 83 Wet Overheidsopdrachten en art. 76 KB Plaatsing)
[...]

4.5. Administratieve (on)regelmatigheden

[...] De offerte van Takeldienst Franky Blommaert wordt substantieel onregelmatig verklaard.

[...]

6. Selectie - Deel 2

Ten aanzien van de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte, zijnde Depannage Gio wordt nagegaan of hij zich al dan niet in een geval van uitsluiting bevindt (verplicht en facultatief) en of hij voldoet aan de selectiecriteria zoals omschreven in de artikelen 71 e.v. van de Wet inzake overheidsopdrachten d.d. 17 juni 2016, de artikelen 65 e.v. van het KB Plaatsing d.d. 18 april 2017 en zoals nader gespecificeerd in de opdrachtdocumenten 1M3D8H/10/8.

[...]

6.2.2. Technische en beroepsbekwaamheid (art. 71 Wet overheidsopdrachten en art. 68 KB Plaatsing)

De inschrijver diende volgens art. 71 Wet Overheidsopdrachten en art. 68 KB Plaatsing zijn technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen door aan te tonen dat hij over de technische bekwaamheid beschikt door te voldoen aan eisen op het gebied van de voertuigen waarover hij beschikt, het personeel dat hij in dienst heeft en de terreinen die hij in gebruik heeft.

[...]

Enkel de inschrijvingen die op basis van de hierboven genoemde selectiecriteria voldoende gekwalificeerd geacht worden om de opdracht uit te voeren, komen voor verder onderzoek in aanmerking.

[...]

Een inschrijver kan inschrijven voor meerdere percelen. Hij kan echter slechts een aantal percelen gegund krijgen waarvoor hij effectief voldoende technisch uitgerust is. Hiervoor wordt de nodige technische bekwaamheid opgeteld.

De inschrijver Depannage Gio toont aan dat hij aan de eisen van de selectie voldoet.”

3.5. Bij afzonderlijke beslissingen van 15 september 2020 van de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen en Verkeer worden de gunningsverslagen goedgekeurd en wordt beslist om perceel 6 en perceel 7 te gunnen aan Depannage Gio en wordt de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard.

Dit zijn de eerste, tweede en vierde bestreden beslissingen.

Bij e-mailbericht van 22 september 2020 en aangetekend verstuurd brief van 29 september 2020 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissingen.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op wat perceel 7 betreft, aangezien de verzoekende partij geen offerte voor dit perceel heeft ingediend terwijl zij niet aantoont dat het bestek het haar onmogelijk maakte voor dit perceel een offerte in te dienen.

De verwerende partij werpt eveneens een gebrek aan belang op wat perceel 6 betreft, aangezien de offerte van de verzoekende partij onregelmatig werd verklaard en zij geen enkel middel aanvoert om aan te tonen dat dit onrechtmatig is gebeurd, en zij evenmin in staat zou zijn om aan te tonen dat de opdracht aan niemand mocht worden gegund.

Tot slot zou de verzoekende partij evenmin het vereiste belang aantonen om de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen, aan te vechten aangezien zij niet aantoont dat zij een regelmatige offerte indiende voor perceel 6, laat staan dat zij als eerste gerangschikte inschrijver de opdracht moest gegund krijgen.

5. 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.

5.1. De aangevoerde middelen lijken op het eerste gezicht ertoe te strekken dit aan te tonen. De verzoekende partij voert in haar eerste middel de onwettigheid van het bestek aan alsook van alle beslissingen die op dit bestek zijn gesteund, en de erin vervatte kritiek hangt ook samen met de beoordeling van de

onregelmatigheid van haar offerte. Daarnaast voert zij in het tweede middel aan dat de gekozen inschrijver ten onrechte werd geselecteerd voor de voorliggende opdracht wat perceel 6 betreft.

De exceptie wordt bijgevolg verworpen wat de eerste en tweede bestreden beslissing betreft.

5.2. Wat de gunningsbeslissing voor perceel 7 betreft, wordt met de verwerende partij vastgesteld dat de verzoekende partij geen offerte blijkt te hebben ingediend voor dit perceel, en zij evenmin aanvoert dat het bestek het haar onmogelijk maakte voor dit perceel een offerte in te dienen. Zij maakt evenmin aannemelijk, zoals zij betoogt ter terechtzitting, dat zij deze gunningsbeslissing dient aan te vechten om haar belang bij het tweede middel – dat er ook toe strekt dat perceel 6 niet aan de gekozen inschrijver mocht worden gegund – te kunnen behouden. Bijgevolg lijkt op het eerste gezicht dat de verzoekende partij niet over het vereiste belang beschikt om de beslissing tot gunning van perceel 7 aan de gekozen inschrijver aan te vechten.

De exceptie wordt aangenomen wat de vierde bestreden beslissing betreft.

5.3. De verzoekende partij toont in haar verzoekschrift op het eerste gezicht evenmin aan dat er uitzonderlijke omstandigheden voorhanden zijn die rechtvaardigen dat de Raad van State te dezen gebruik zou maken van de bijzondere jurisprudentiële techniek van de bijkomende schorsing van de impliciete weigering om de opdracht aan haar te gunnen.

Het beroep is onontvankelijk voor zover het is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

V. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende

noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden 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.

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

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van “de artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de artikelen 4 en 5, §1 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, van artikel 84 van de wet van 17 juni

2016 inzake overheidsopdrachten, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 36, 76, §1 en §3 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, van artikel VI.104 Wetboek Economisch Recht (WER), en van [de] beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele en de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel (*patere legem quam ipse fecisti*) en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vat het middel samen als volgt:

“Doordat de bestreden beslissing, gesteund is op een bestek dat de eenheidsprijzen in de inventaris reeds vastlegt, waarbij de inschrijver niet is toegestaan om een supplement toe te rekenen. Het is enkel mogelijk een korting aan te bieden.

Terwijl de vaste tarieven die worden opgelegd, identiek zijn aan de tarieven die in het bestek van 2013 golden en die dus ontoereikend zijn om een normale duurzame werking van de ondernemingen te verzekeren in het kader van de dienstverlening voor de voorliggende opdracht. De opgelegde tarieven houden geen rekening met de bijkomende kosten die voortvloeien uit indexering van de lonen, stijging van kosten, bijkomende taken die moeten worden uitgevoerd die vroeger niet opgelegd werden (o.a. zorg voor aangereden dieren en kadavers) en voor de complexiteit van de incidentafhandeling met de opkomst van de elektrische wagens.

De opgelegde tarieven stemmen overeen met een prijs die de normale mededingingsvoorwaarden vertekenen: zij dwingen de inschrijver om te werken aan een abnormaal lage prijs die geen normale en duurzame rentabiliteit toelaat. De inschrijvers worden gedwongen om te verkopen met verlies wat een oneerlijke marktpraktijk uitmaakt.

De aanbesteder heeft nagelaten om een correct prijsonderzoek te voeren en gunt opdrachten aan abnormaal lage prijzen terwijl een offerte met abnormaal lage prijzen voor meerdere niet-verwaarloosbare posten de aanbesteder ertoe verplicht om de offerte als substantieel onregelmatig te weren. Elke opmerking die een inschrijver hieromtrent maakt wordt door de aanbesteder als een ontoelaatbaar voorbehoud gezien met wering van de offerte als — onterecht - gevolg.

Zodat het bestek onwettig is en elke gunningsbeslissing die erop gesteund is onwettig is, en de gelijkheid onder de inschrijvers schendt en de bestreden gunningsbeslissingen onzorgvuldig zijn genomen.”

Zij licht daarbij nog toe dat in vergelijking met de opdracht die in 2013 is uitgeschreven, niet alleen de incidentafhandeling technisch gezien complexer is geworden door de technologische evolutie in de auto-industrie, maar

het bestek ook vele nieuwe taken oplegt die in 2013 niet golden, zoals de incidentafhandeling van aangereden dieren en kadavers. Zij benadrukt dat de tarieven, die identiek zouden zijn aan die van 2013, geen rekening houden met de stijgende kosten door indexering van de lonen van personeelsleden (de gezondheidsindex is gestegen met 9), de impact van de personeelskosten in de permanentieverplichtingen, de bijkomende kosten van de vereiste opleidingen, de bijkomende kosten van de incidentafhandeling van aangereden dieren en kadavers, de vele rapportageverplichtingen, de kosten van de borgstelling, de verplichte verzekeringen, de OBU kosten, de benzinekosten en de veiligheidsvoorzieningen. De verzoekende partij voegt een vergelijkende tabel toe waarin is aangegeven welke posten uit het bestek van 2013 opnieuw voorkomen in het bestek van 2020 met dezelfde of zelfs lagere tarieven. In het huidige bestek zijn volgens haar ook posten opgenomen met een door de overheid bepaald tarief voor het overschrijden van de vooropgestelde tijd of inzet van materiaal terwijl deze prijs vroeger door de takelaar kon worden bepaald. De verzoekende partij voegt ook een voorbeeldberekening toe voor post 1 waaruit aan de hand van haar kostenstructuur zou blijken dat het tarief voor type I takeling (panne) aan 135 euro sowieso verlieslatend is voor een inschrijver. Bovendien is men nu in het kader van covid-19 verplicht te voorzien in een extra transport om de gedupeerden te vervoeren die niet meer mee in de takelwagen mogen worden vervoerd.

Zij besluit dat het aldus opleggen van dumpingprijzen de gelijkheid onder de inschrijvers schendt en de inschrijvers benadeelt die aan correcte tarieven willen inschrijven en bepaalde delen van de opdracht niet kunnen uitvoeren aan de opgelegde tarieven. Door tarieven op te leggen die ongewijzigd gebleven zijn sinds 2013 heeft de aanbestedende overheid geen zorgvuldig kosten- en prijsonderzoek verricht, en de inschrijvers zelfs verplicht om tegen abnormaal lage prijzen in te schrijven terwijl zij juist de plicht heeft om dergelijke offertes als substantieel onregelmatig te weren. Al deze verplichtingen worden door de verwerende partij geschonden, waardoor het bestek onwettig is, en de inschrijver die deze tarieven aanvaardt er zelfs toe wordt gedwongen de regelgeving op de handelspraktijken te overtreden.

Beoordeling

8. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij en de tussenkomenende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

9. Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat de verzoekende partij op het eerste gezicht in haar middel niet lijkt uiteen te zetten hoe de bestreden beslissingen de formele- en materiële motiveringsplicht schenden, dan wel het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*. Het middel is op dat punt niet ontvankelijk.

10. De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift in wezen aan dat de prijsopgave in het bestek onwettig zou zijn omdat de daarin vastgestelde tarieven ontoereikend zijn om een normale duurzame werking van de ondernemingen te verzekeren.

De verzoekende partij maakt echter niet aannemelijk dat het feitelijk uitgangspunt van haar middel correct is, om de volgende redenen.

10.1. Op de eerste plaats vindt haar stelling dat de in het huidige bestek opgelegde maximale eenheidsprijzen identiek of lager zouden zijn dan de eenheidsprijzen die werden opgelegd in een gelijkaardig bestek ‘Project F.A.S.T.’ met nummer 1M3D8H/13/29 van 2013 (hierna: bestek 2013), geen steun in een vergelijking van de eenheidsprijzen die in de beide bestekken werden opgelegd. De verwerende partij maakt aannemelijk dat voor 7 posten de eenheidsprijzen in het huidige bestek (met 46 posten in totaal) wel degelijk hoger zijn dan de eenheidsprijzen opgenomen voor die 7 posten in het bestek 2013 (met 22 posten in totaal), en de verzoekende partij geen enkele eenheidsprijs aanduidt die lager zou liggen dan de maximale eenheidsprijs die was opgenomen in het bestek 2013.

10.2. Voor zover de verzoekende partij erop wijst dat er een aantal nieuwe taken zijn opgenomen in het bestek, lijkt de relevantie van dit argument op

het eerste gezicht niet duidelijk, aangezien deze nieuwe taken, namelijk de zorg en incidentafhandeling van aangereden dieren en kadavers, op grond van het bestek van de voorliggende opdracht als afzonderlijke prestaties worden vergoed. Zo blijkt uit punt '2.3 Administratieve voorschriften bij toepassing van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten' van het bestek, onder artikel 150. Nazicht diensten, dat het verwijderen van een klein dier per stuk wordt vergoed in de posten 8 en 9 uit het bestek (verwijderen van verloren voorwerpen met en zonder gekende eigenaar), en het verwijderen van grote dieren in de post 1 (takeling type 1 – een niet ongevalsvoertuig). De verzoekende partij voert daarbij niet aan dat het onmogelijk zou zijn om deze nieuwe taken tegen de voor die post bepaalde eenheidsprijzen uit te voeren.

10.3. Eenzelfde besluit lijkt op het eerste gezicht te gelden voor de nieuwe posten inzake de extra inzet van materieel dat door de dienstverlener wordt aangeboden. Het valt op het eerste gezicht binnen de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheid om ook hiervoor een maximale eenheidsprijs te bepalen in het bestek met het oog op het garanderen van de beste prijs/kwaliteitsverhouding voor de weggebruiker bij de uitvoering van de opdracht. Het loutere feit dat hiervoor nu een maximale eenheidsprijs werd voorzien, toont op zich niet aan dat deze eenheidsprijs het voor de inschrijvers onmogelijk zou maken om het gevraagde materieel in te zetten zonder verlies te lijden. De verzoekende partij toont geenszins aan dat de opgelegde eenheidsprijs niet in verhouding staat tot de inzet van het gevraagde materieel.

10.4. Voor die posten waarvoor er in het huidige bestek een maximale eenheidsprijs wordt opgelegd die identiek is aan de eenheidsprijs die voor dezelfde post in het bestek 2013 werd opgelegd, moet vervolgens met de verwerende partij worden opgemerkt dat eenheidsprijzen berekend worden aan de hand van verscheidene parameters. De eenheidsprijs voor elke post bestaat niet enkel uit de loonkost, maar omvat ook de materiaalkost, overheadkosten, kosten voor verzekering, voor opleiding, voor veiligheidsvoorzieningen enzovoort. Uit het loutere feit dat er sprake zou zijn van een stijgende loonindexering lijkt dan ook op het eerste gezicht niet *ipso facto* te kunnen worden afgeleid dat de eenheidsprijzen

voor die posten evenredig zouden moeten zijn gestegen. De verwerende partij lijkt in dat verband op het eerste gezicht niet onterecht te wijzen op de invloed van andere parameters zoals de evolutie van de technologie, schaalgrootte en dergelijke. Voorts mag met de verwerende partij op het eerste gezicht worden vastgesteld dat wat de bijkomende kosten betreft die de dienstverlener zou dienen te maken ten opzichte van de opdracht uit 2013, namelijk de bijkomende kosten voor permanentie, voor de vereiste opleidingen, de bijkomende kosten voor de rapportageverplichtingen, voor de borgstelling, de verplichte verzekeringen, de benzinekosten en de veiligheidsvoorzieningen, deze kostenposten ook reeds vervat zaten in het bestek 2013. Minstens toont de verzoekende partij het tegendeel niet aan. Er worden ook geen objectieve elementen aangebracht waaruit zou blijken dat deze kostenposten betekenisvol gestegen zijn voor de dienstverleners ten opzichte van 2013. Uit de “voorbeeldberekening minimale kostencomponenten” voor het tarief voor post 1.A. (takeling type 1), neergelegd door de verzoekende partij, kan op het eerste gezicht niet worden afgeleid dat de in het bestek opgelegde maximale eenheidsprijzen onmogelijk alle kosten zouden kunnen dekken, al was het maar dat deze aangerekende kostprijs voor de verschillende onderdelen niet wordt onderbouwd door stavende documenten, en deze voorbeeldberekening ook maar geldt voor één enkele post.

10.5. Wat de opmerking van de verzoekende partij omtrent extra kosten die de covid-pandemie met zich zou meebrengen betreft, wordt vastgesteld dat de verzoekende partij deze stelling evenmin concreet onderbouwt met cijfers en documenten waaruit zou blijken dat een takeling met respect voor de veiligheidsvoorschriften niet mogelijk is op grond van de maximale eenheidsprijs opgenomen in het bestek. Bovendien lijkt de door de verzoekende partij geschetste situatie zich slechts bij een zestal van de 46 posten te kunnen voordoen.

11. In het licht van het voorgaande lijkt de verzoekende partij niet met de vereiste *prima facie* ernst aan te tonen dat de in het bestek opgenomen maximale eenheidsprijzen het voor de dienstverleners onmogelijk zouden maken om de opdracht uit te voeren tegen een normale rentabiliteit.

Gelet op het falen van het feitelijke uitgangspunt van het middel toont de verzoekende partij bijgevolg op het eerste gezicht niet aan dat de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen zijn geschonden.

12. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van “de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de artikelen 4 en 5, §1 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, van artikel 66, §1, 2° en §2 en artikel 71 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele en de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel (*patere legem quam ipse fecisti*) en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij vat het middel samen als volgt:

“Doordat de bestreden beslissing, de inschrijver Depannage Gio selecteert voor perceel 6, terwijl blijkt dat hij ook een offerte heeft ingediend voor perceel 7, dat niettemin de selectie-eisen inzake de technische draagkracht enkel onderzocht worden voor één perceel – met name de eisen voor perceel 6 individueel gezien en de eisen voor perceel 7 individueel gezien, Terwijl de aanbestedende overheid verplicht is om haar eigen besteksvoorwaarden inzake de selectie-eisen na te leven en het verboden is om een inschrijver die niet voldoet aan de selectie-eisen voldoet, te selecteren voor verder onderzoek van diens offerte, dat de bestreden beslissingen geen onderzoek voeren naar de samengetelde aantallen inzake rollend materieel en personeelsleden voor perceel 6 en 7, Zodat de bestreden gunningsbeslissingen onwettig zijn omdat zij de eigen besteksvoorschriften niet naleven en niet formeel en materieel motiveren dat er een onderzoek is gedaan naar de samengevoegde selectievoorwaarden voor perceel 6 en 7. De gelijkheid onder de inschrijvers wordt hierdoor geschonden en de beslissing is niet zorgvuldig genomen.”

Zij licht toe dat het bestek duidelijk voorschrijft dat wanneer een inschrijver voor meerdere percelen inschrijft, hij in de fase van de selectie moet aantonen dat hij over de vereiste technische draagkracht beschikt om beide percelen gelijktijdig te kunnen uitvoeren, en bijgevolg in de fase van de selectie moet voldoen aan de samengetelde aantallen. Zo niet is zijn offerte speculatief van aard. Toestaan dat het voldoen aan de selectie-eis slechts op het ogenblik van de gunning zelf wordt gecontroleerd, schaadt de eerlijke mededinging en gelijkheid onder de inschrijvers. Doordat de verwerende partij heeft nagelaten om zowel voor perceel 6 als voor perceel 7 na te gaan of de inschrijver voldoet aan alle samengetelde selectie-eisen op het vlak van technische draagkracht, is de gekozen inschrijver ten onrechte geselecteerd.

Beoordeling

14. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

15. Zoals de verzoekende partij terecht aanvoert, dient de inschrijver die voor meerdere percelen een offerte indient en bijgevolg voor meerdere percelen wenst te worden geselecteerd, zijn technische bekwaamheid aan te tonen door middel van de opgetelde aantallen personeelsleden en materieel vereist voor de verschillende percelen.

Met de verwerende partij lijkt evenwel op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij het in het bestek gemaakte onderscheid miskent tussen de opgetelde aantallen vereist bij selectie enerzijds en bij de gunning anderzijds. Zo zal de inschrijver die een offerte indient voor zowel perceel 6 als perceel 7 en bijgevolg voor deze beide percelen geselecteerd wenst te worden, op grond van de selectiecriteria inzake de technische bekwaamheid van het bestek zoals weergegeven *sub* 3.2. (zie artikel 68), dienen aan te tonen te beschikken over 1 administratieve werkkraft, 6 uitvoerende werkkraften,

2 takelvoertuigen met laadvloer en 2 takelvoertuigen met laadvloer die bijkomend zijn uitgerust met een kraan. Op grond van de technische bepalingen van het bestek, zoals eveneens weergegeven *sub* 3.2., zullen er vanaf de aanvang van de dienstverlening voor de percelen 6 en 7 samen een groter aantal personeelsleden en materieel vereist zijn, namelijk 1 administratieve werkkraft, 10 uitvoerende werkkraften, 4 signalisatievoertuigen, 2 takelvoertuigen met laadvloer en 4 takelvoertuigen met laadvloer die bijkomend zijn uitgerust met een kraan.

Dit onderscheid lijkt ook steun te vinden in de bijlagen bij het bestek waarin de in artikel 78 vermelde bij de offerte te voegen formulieren zijn opgenomen. Het betreft onder meer het in te vullen formulier ‘4.5. Technische bekwaamheid - personeel’, ‘4.6. Technische bekwaamheid - materiaal’, en ‘4.7. Nota omtrent de organisatie van het perceel’, “waarin wordt aangetoond dat er voldoende materiaal en personeel is en hoe het verschil tussen de aantallen in de technische bekwaamheid (art 68) en de aantallen in Deel III - Technische bepalingen zal worden opgevangen”.

16. Uit het gunningsverslag met betrekking tot perceel 7, waarvan de verzoekende partij blijkens haar verzoekschrift eveneens kennis heeft, kan op het eerste gezicht worden afgeleid dat de verwerende partij bij de beoordeling van de technische bekwaamheid van de gekozen inschrijver wel degelijk heeft onderzocht of deze inschrijver voldeed aan de technische vereisten door de vereiste aantallen inzake technische bekwaamheid voor meerdere percelen op te tellen, en daarbij tot de vaststelling kwam dat deze inschrijver aantoonde dat hij aan de eisen inzake selectie voldeed. Deze beoordeling vindt op het eerste gezicht ook steun in de gegevens opgenomen in de offerte van de gekozen inschrijver die als vertrouwelijk stuk werd neergelegd en waarvan de Raad van State kennis mag nemen. Dat deze toetsing aan de vereiste opgetelde aantallen voor technische bekwaamheid niet op dezelfde wijze werd herhaald in het gunningsverslag met betrekking tot perceel 6 lijkt hier geen afbreuk aan te doen.

Deze weerslag in het gunningsverslag, die weliswaar bondig is wat het selectie-onderzoek betreft, lijkt afdoende wanneer de verwerende partij van oordeel is dat een inschrijver voldoet aan de selectiecriteria en er daaromtrent

geen bijzondere problemen rijzen. In ieder geval maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de in het gunningsverslag opgenomen motivering inzake het onderzoek van de selectiecriteria haar niet in staat stelde om met kennis van zaken te oordelen of het zin had zich in rechte te verweren tegen de bestreden beslissingen, noch dat het selectie-onderzoek niet met de nodige zorgvuldigheid zou zijn gebeurd.

17. In het licht van wat voorafgaat toont de verzoekende partij bijgevolg op het eerste gezicht niet aan dat de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen zijn geschonden.

18. Het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

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

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Patricia De Somere