

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.491 van 14 januari 2021
in de zaak A.232.522/XII-9009**

In zake: de BV ANDRE AUDENAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Piet Rotsaert
kantoor houdend te 8700 Tielt
Deinsesteenweg 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Ruben Dewulf
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 december 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 30 november 2020 [van het Vlaamse Gewest] van het Agentschap Wegen en Verkeer waarbij [de bv André Audenaert] voor de opdracht “Opdrachtcentrale tot het inzetten van botsers langs Vlaamse Wegen, Perceel 5: West Vlaanderen — Bestek 1M3D8N/18/02 wordt uitgesloten waarop deze opdracht gegund werd aan Trafiroad NV [...]”

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 januari 2021, om 12.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Piet Rotsaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ruben Dewulf, die *loco* advocaat Frank Judo verschijnt voor de verwerende 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. Het Agentschap Wegen en Verkeer, Expertise Verkeer en Telematica, van het Vlaamse Gewest, schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit onder de benaming “Opdrachtencentrale tot het inzetten van Botsers langs Vlaamse wegen”.

De opdracht heeft tot doel het inhuren van botsers met bestuurder voor verschillende interventies op de Vlaamse gewest- en autosnelwegen. Deze botsers kunnen onder meer gebruikt worden voor de signalering en beveiliging van (mobiele) werf- of incidentzones, het signaleren en beveiligen van ongevallen of calamiteiten.

De opdracht wordt gegund bij wijze van openbare procedure en onderverdeeld in vijf percelen – één per Vlaamse provincie. Enkel het vijfde perceel West-Vlaanderen maakt het voorwerp uit van de onderhavige procedure.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 april 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 29 april 2019.

3.3. Het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek “1M3D8N/18/02” bevat de volgende selectievereisten aangaande de technische bekwaamheid:

“Art. 68 Technische bekwaamheid

De inschrijvers tonen hun technische bekwaamheid aan met de volgende documenten:

1. Inzet materieel: de botsers

De aanbestedende overheid eist dat de inschrijver op datum van inschrijving minstens 4 conforme botsers in eigendom heeft. Indien de inschrijver voor meer dan één perceel inschrijft, dient hij op datum van inschrijving minimaal 4 conforme botsers + 2 conforme botsers per bijkomend ingeschreven perceel in eigendom te hebben. Indien er dus bij voorbeeld ingeschreven wordt voor 2 percelen, dient de inschrijver bij inschrijving 6 conforme botsers in eigendom te hebben.

Bij aanvang van de opdracht dient de inschrijver minimaal 9 conforme botsers per toegewezen perceel ter beschikking te hebben. Hiervan moeten er één (1) maand na sluiting, per toegewezen perceel minimaal 4 in volle eigendom zijn.

De botsers voldoen aan de bepalingen van deel II – Technische gedeelte.

Bij zijn inschrijving voegt de inschrijver daartoe volgende documenten toe:

- voor de botsers in eigendom bij de inschrijving: per botser een fiche opgemaakt conform het sjabloon in bijlage A, alsook het eigendomsbewijs;
- voor de botsers die in eigendom moeten zijn één maand na de sluiting van de opdracht, die nog niet in eigendom zijn bij de inschrijving: een ondertekende (voorwaardelijke) koopintentie waarbij wordt aangegeven welke botsers zullen worden aangekocht, met de gegevens van deze botsers conform het sjabloon in bijlage A, alsook een bankgarantie voor deze aankoop;
- voor de botsers waarvoor beroep gedaan zal worden op derden: de (voorwaardelijke) huurovereenkomst van deze botsers, met de gegevens van de botsers conform het sjabloon in bijlage A [...];”

Overeenkomstig het bestek geldt voorts de prijs als enig gunningscriterium.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 3 juni 2019. Zes inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend. De verzoekende partij dient enkel een offerte in voor de percelen 4 en 5.

3.5. Vervolgens vraagt de verwerende partij de inschrijvers herhaaldelijk om de geldigheidstermijn van hun offerte te verlengen.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 27 augustus 2020 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij een prijsverantwoording. Hierop antwoordt de verzoekende partij met een schrijven van 10 september 2020.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 26 augustus 2020 wordt de verzoekende partij door de verwerende partij gevraagd om nog een aantal verduidelijkingen te verschaffen bij haar offerte, waaronder:

“2° Voor de lijst van 10 ingediende botsers (cfr. Bijlage 1 van het bestek) de bewijsstukken van
- Eigendom (volledig kentekenbewijs)
- Laatste keuringsdatum van de technische controle van het voertuig
- Laatste conformiteitskeuring door de fabrikant van de botsabsorbeerder”.

3.8. Na herinnering bij e-mailbericht van 6 oktober 2020, wordt dit schrijven door de verzoekende partij met een e-mailbericht van 21 oktober 2020 beantwoord.

3.9. In het gunningsverslag met betrekking tot perceel 5: West-Vlaanderen wordt de verzoekende partij niet geselecteerd wegens het niet voldoen aan het eerste selectievereiste inzake de technische bekwaamheid dat betrekking heeft op “inzet materieel: de botsers” :

“Botsers

Audenaert A. heeft ingeschreven voor 2 percelen. Hiervoor moet hij bij inschrijving beschikken over minimaal 6 conforme botsers in volle

eigendom en 18 conforme botsers in totaal, bij aanvang van de opdracht. In de inschrijving is een lijst van 10 botsers te vinden, waarvan Audenaert aangeeft deze in eigendom te hebben. Er zijn echter geen keuringsattesten, attesten van conformiteitskeuring of eigendomsbewijs toegevoegd. De bijkomende gegevens in het kader van het selectieonderzoek werden opgevraagd.

[...]

In plaats van de gegevens te verstrekken voor de 10 ingediende botsers zoals opgenomen in het schrijven tot verduidelijking, verschaft Audenaert gegevens van 7 botsers. Slechts 2 van deze botsers zijn botsers ingediend bij de originele inschrijving en 5 nieuwe voertuigen. 2 van deze 5 nieuw aangemelde botsers vervangen botsers ingediend bij de originele 10 en werden meegenomen in de verdere evaluatie. Van deze initieel 10 ingediende botsers, inclusief de vervangende exemplaren voldoet slechts 1 aan de opgelegde bestekeisen. De 3 volledig nieuwe voertuigen (XXE-754; 1-GJU-844 en 966-A1F) worden niet meegenomen in de evaluatie van de offertes gezien dit impliciet een wijziging van de offerte met zich meebrengt. Terzijde wordt opgemerkt, zelfs al worden deze 3 botsers meegenomen in de evaluatie, slechts 2 van deze botsers conform zouden zijn.

Naast deze botsers in eigendom is er een huurovereenkomst toegevoegd die aangeeft dat Audenaert een contract heeft voor de huur van 12 botsers van het merk Stuer-Egghe type 100K voor een periode van 4 jaar met mogelijkheid tot aankoop. Stuer-Egghe verklaart hierbij dat al hun vrachtwagens conform S8250 zijn. Tot slot is er een aankoopintentie toegevoegd van 3 botsabsorbeerders (1x 100K-automaat en 2x 100K met monomast ledlift). Beide overeenkomsten zijn ondertekend door Stuer-Egghe. Door toevoeging aan zijn offerte gaat Audenaert ook impliciet akkoord met deze overeenkomst.

Na analyse beschikt Audenaert over 1 conforme botser in volle eigendom, 3 extra via een aankoopintentie en 12 via een huurovereenkomst.

Ze voldoen hiermee niet aan de bepaling van het bestek, ook niet voor 1 perceel waar minimum 4 botsers in eigendom dienden te hebben.”

Gelet op de bovenstaande vaststellingen wordt de verzoekende partij volgens het gunningsverslag “uitgesloten omdat ze niet voldoe[t] aan de in het kader van kwalitatieve selectie gestelde eisen inzake technische en beroepsbekwaamheid”.

Voorgesteld wordt om perceel 5 van de opdracht te gunnen aan nv Trafiroad.

3.10. Op 1 december 2020 beslist de verwerende partij overeenkomstig het gunningsverslag om de verzoekende partij niet te selecteren en perceel 5: “West-Vlaanderen” te gunnen aan nv Trafiroad.

3.11. Met een aangetekend schrijven van 3 december 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat zij niet werd geselecteerd voor perceel 5 van de opdracht.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de zorgvuldigheidsplicht, samen gelezen met de motiveringsverplichting inzake bestuurshandelingen”.

De verzoekende partij licht toe dat zij heeft ingeschreven op twee percelen zodat zij, om te voldoen aan de vereiste inzake de technische bekwaamheid wat de inzet van het materieel betreft, op het moment van de inschrijving diende te beschikken over 6 conforme botsers en bij het moment van het aanvatten van de opdracht over 18 botsers, dat zij initieel een lijst van 10 botsers heeft ingediend en, nadat haar meer dan een jaar nadien om verduidelijking van haar offerte werd gevraagd, een nieuwe lijst van 7 botsers heeft ingediend, waarbij het volledig kentekenbewijs, het laatste keuringsbewijs en de laatste conformiteitskeuring door de fabrikant van elk ingediend voertuig werd bijgevoegd. Ook werd elk voertuig uit de lijst door fabrikant Stuer-Egghe conform verklaard met een botsabsorbeerder, waarvan het bewijs werd toegevoegd.

De verzoekende partij betwist de stelling van de verwerende partij dat drie volledig nieuwe voertuigen niet in aanmerking zouden mogen worden genomen omdat de voertuigen een wijziging van de offerte met zich mee zou brengen. De verzoekende partij wijst er op dat overeenkomstig artikel 66, § 3, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) bepaalde wijzigingen van de offerte toegestaan zijn, zolang de essentiële elementen van de offerte niet gewijzigd worden. Een dergelijke wijziging doet zich volgens de verzoekende partij hier niet voor nu de prijs ongewijzigd blijft en het eigen is aan de soort en het doel van de voertuigen (botsers) dat zij geregeld in ongevallen betrokken raken en zodoende vervangen moeten worden. Dit geldt volgens haar eens te meer gelet op het tijdsverloop tussen de inschrijving en de vraag tot verduidelijking. Dit blijkt volgens de verzoekende partij ook uit het bestek nu nergens wordt gevraagd dat de botsers waarmee initieel werd ingeschreven, dezelfde moeten zijn als die waarover men bij

de aanvang van de opdracht beschikt. De enige vereiste dat het bestek volgens haar stelt is dat men te allen tijde over voldoende conforme botsers beschikt.

Voorts betwist de verzoekende partij dat slechts één IVECO-botser (1-TSA-662) conform werd verklaard, terwijl twee andere IVECO-botsers van exact hetzelfde type STRALIS (1-TSD-969 en 1-VJE-333) door het bestuur niet conform werden geacht wegens te licht en een vierde botser (1-VJE-351) niet wordt aanvaard omdat er volgens het bestuur onvoldoende gegevens voorhanden waren om de conformiteit na te gaan. Het enige verschil nochtans ten opzichte van de eerste botser is volgens haar dat de factuur van STUER-EGGHE niet werd bijgevoegd waarin letterlijk aangegeven staat dat het gewicht aangepast werd.

Wanneer de verwerende partij het gewicht als dermate essentieel beschouwde, had zij volgens de verzoekende partij minstens bij de vraag tot verduidelijking ook documenten ter staving van het gewicht moeten opvragen aan de hand waarvan het gewicht van het voertuig bepaald kon worden. Zij wijst er op dat zij immers alle door bijlage A opgesomde bewijsstukken (bewijs van eigendom, laatste keuringsbewijs en laatste conformiteitskeuring) heeft bezorgd. Een zorgvuldige overheid zou aan de verzoekende partij verduidelijking hebben gevraagd met betrekking tot de gewichten van de ingediende botsers, in de plaats van de gewichten van de botsers zelf willekeurig te bepalen en deze vervolgens niet conform te bevinden. Nu de verwerende partij ten aanzien van alle resterende inschrijvers verduidelijkingen heeft gevraagd met betrekking tot de voertuigen, kon zij dit in het licht van het gelijkheidsbeginsel ook doen ten aanzien van de verzoekende partij.

Een zorgvuldig bestuur hoorde volgens de verzoekende partij bij ontvangst van haar antwoord er ook op gewezen te hebben dat het niettemin alle gegevens over de voertuigen waarmee oorspronkelijk werd ingeschreven alsnog diende te ontvangen om de kwalitatieve selectie naar behoren te kunnen doorvoeren. Het opvragen van deze informatie zou volgens haar ook geen inbreuk uitmaken op de gelijkheid van de inschrijvers vermits alle gegevens van de botsers vermeld stonden op de tabel gevoegd bij de inschrijving, met vermelding van data en referentienummers van de controlerapporten.

Ten slotte wijst de verzoekende partij nog op de verwarring omtrent de gewichtsnorm die volgens haar volgt uit de normering die daaromtrent gehanteerd wordt. De tabel gevoegd bij de bestek is volgens haar verwarrend omdat niet aangegeven wordt of men nu het gewicht van de trekker zonder verzwaring, met verzwaring of met inbegrip van de botsinstallatie bedoelt. Het is volgens haar erg duidelijk dat het oordeel omtrent de conformiteit van de botsabsorbeerders louter en alleen draait om het (al of niet aangepast) gewicht van het trekkend voertuig en dat de evaluatie daarvan onzorgvuldig werd uitgevoerd.

Beoordeling

6. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op. Een onderzoek van en een beoordeling van die exceptie is niet noodzakelijk nu hierna zal blijken dat het enig middel niet ernstig is.

7. Het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek “1M3D8N/18/02” bevat als selectievereiste aangaande de technische bekwaamheid dat de inschrijver op datum van inschrijving minimaal 4 conforme botsers + 2 conforme botsers per bijkomend ingeschreven perceel botsers in eigendom heeft. De verzoekende partij betwist niet dat zij “op het moment van inschrijving diende te beschikken over 6 conforme botsers in eigendom”.

De botsers moeten voldoen aan de bepalingen van deel II – Technische gedeelte, waarin over de botsers het volgende wordt vermeld:

“3.5 Botsers

Botsers conform aan het Standaardbestek 250 v3.1 10-3.5 mogen nog aangekocht worden tot uiterlijk 31/3/2021. Deze botsers kunnen nog ingezet worden tot uiterlijk 31/3/2031.

3.5.1 Botsers conform TS16786

Als alternatieve conformiteitsbeoordeling (naast die van het standaardbestek 250 v3.1 10-3.5) mogen botsers ook voldoen aan CEN/TS16786:2018 met volgende prestaties:

- Maximum “total mass of the TMA” tijdens de testen : minstens 10.000kg
- Speed Class : 100km/u
- Acceleration Severity Index : A,B,C
- Roll ahead: maximum 15m

De fabrikant legt de integrale testrapporten, inclusief testvideo's voor aan het Agentschap Wegen en Verkeer – Afdeling Expertise Verkeer en Telematica. De massa van de botsers conform aan CEN/TS16786:2018 op de werf ligt tussen het 'minimum testgewicht -1000kg' en het 'maximum testgewicht +1000kg'. De andere bepalingen in paragraaf 3 van 10-3.5 (lengte, assen en signalisatie) blijven ook op deze botsers van kracht. Alle botsers (zowel botsers conform SB250V3.1 10-3.5 als botsers conform TS16786) zijn op de werf vergezeld van een conformiteitsattest afgeleverd door de fabrikant, dat maximaal één jaar oud is, waarin duidelijk de datum van afgifte, de referentie van de testrapporten en de eerste ingebruikname van de botsabsorbeerder vermeld staan.”

Het Standaardbestek 250 v.3.1. 10-3.5, waarnaar in de voormelde besteksbepaling als eerste mogelijkheid wordt verwezen, bepaalt inzake botsabsorbeerdere onder meer het volgende:

“De botsabsorbeerder wordt, overeenkomstig de richtlijnen van de fabrikant, bevestigd op een voertuig of aanhangwagen met de volgende kenmerken:

- een massa (in beladen toestand, exclusief botsabsorbeerder) zo dicht mogelijk bij 9000 kg (= massa van het voertuig waarmee de test gebruikelijk gebeurt), met een ondergrens van 8000 kg en een bovengrens van 10000 kg. Indien daartoe ballast (lading) wordt toegevoegd, dan moet dit zodanig gebeuren (bv. ballast van zeer beperkte hoogte op en bevestigd aan de bodem van de laadbak) dat deze ballast niet zal verplaatst en zeker niet kan weggeslingerd worden wanneer de botsabsorbeerder wordt aangereden.”

Bij het bijzonder bestek wordt ten slotte nog een bijlage A-Overzichtslijst ingezette botsers gevoegd, waaruit blijkt dat de inschrijvers voor deze botsers bij hun offerte niet alleen het bewijs van eigendom of koop of huurintentie, het laatste keuringsbewijs en de laatste conformiteitskeuring dienen te voegen, doch onder meer ook het “gewicht dragend voertuig (SB250) of gewicht systeem (CEN TS 16786)” dienen op te geven.

8. De verzoekende partij werd niet geselecteerd door de verwerende partij wegens het niet voldoen aan het voormelde vereiste aangaande de “inzet materieel: de botsers”.

Het is in de eerste plaats een taak van de inschrijver om zijn kandidatuur met de nodige zorgvuldigheid op te stellen en de gevraagde documenten die de geschiktheid van het aangeboden materieel bewijzen, bij te voegen.

De verzoekende partij blijkt op het eerste gezicht echter bij haar offerte, voor de door haar opgegeven lijst van 10 botsers, onder meer nagelaten te hebben om de gevraagde keuringsattesten, attesten van conformiteitskeuring en eigendomsbewijzen toe te voegen.

Ook na een vraag tot verduidelijking vanwege de verwerende partij, waarbij de ontbrekende documenten met betrekking tot de in de offerte opgegeven lijst van botsers werden opgevraagd, blijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht slechts voor 2 van de 10 initieel bij de offerte opgegeven botsers (botsers met nrs. 8 en 9) en voor 2 vervangende exemplaren (botsers met nr. 11 en 12) een bewijs van eigendom te hebben ingediend.

Aldus mocht de verwerende partij op het eerste gezicht reeds oordelen dat de verzoekende partij in gebreke is gebleven aan te tonen dat zij op datum van inschrijving minimaal 6 conforme botsers in eigendom had en om die reden niet voldeed aan de gestelde selectie-eisen.

9. Volgens de verwerende partij blijkt voorts slechts één botser waarvoor na vraag tot verduidelijking een eigendomsbewijs werd ingediend, te voldoen aan de opgelegde besteksvereisten. De botsers met nrs. 9 en 11 van de verzoekende partij voldeden volgens de verwerende partij immers niet aan het gewichtscriterium, terwijl voor de botser met nr. 12 ook na de verduidelijking volgens de verwerende partij onvoldoende gegevens werden verstrekt.

De argumenten van de verzoekende partij om de deugdelijkheid van deze laatste motieven te betwisten, kunnen op het eerste gezicht niet overtuigen, zodat de verwerende partij *prima facie* mocht oordelen dat niet voldaan werd aan de bepalingen van het bestek, ook niet voor één perceel waarvoor een inschrijver minimaal vier conforme botsers in eigendom dient te hebben.

In de selectievereisten in het bestek wordt immers uitdrukkelijk bepaald dat de inschrijvers per botser een fiche opgemaakt conform het sjabloon in bijlage A dienen toe te voegen aan hun offerte en daaruit blijkt dat zij ook het “gewicht dragend voertuig (SB250) of gewicht systeem (CEN TS 16786)” dienen op te geven.

In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat het onduidelijk is waarop de verwerende partij het verschil in gewicht en gebrek aan gegevens steunt, lijkt zij er in de eerste plaats aan voorbij te gaan dat zijzelf heeft nagelaten om voor alle botsers in bijlage 1 het “gewicht dragend voertuig (SB250) of gewicht systeem (CEN TS 16786)” op te geven, zoals nochtans gevraagd was in bijlage A van het bestek. Zij lijkt daarentegen uitsluitend het gewicht van de botsabsorbeerder (+/- 1250 kg) voor 9 van de 10 botsers te hebben vermeld.

Zij betwist voorts niet dat op de conformiteitsverklaring van de fabrikant geen gewicht van het dragend voertuig terug te vinden is.

Op het eerste gezicht kan de verzoekende partij evenmin worden bijgevalen waar zij stelt dat de verwerende partij alsdan het gewicht bij haar beoordeling op willekeurige wijze zou hebben bepaald.

De verwerende partij zet in haar nota immers het volgende uiteen:

“Op de conformiteitsverklaring van de fabrikant is geen gewicht van het dragend voertuig terug te vinden, ondanks de bepalingen in het Standaardbestek 250 voor de wegenbouw. Gelet daarop vermocht de Verwerende Partij het gewicht bepalen op basis van de technische keuring van het voertuig. Op deze technische keuring staat immers het tarra op MTM gewicht in % uitgedrukt. Door dit percentage te vermenigvuldigen met het MTM gewicht bekomt men het tarragewicht. Dit gewicht is het gewicht van het dragend voertuig. De voorgaande berekening werd voor alle inschrijvers op dezelfde wijze toegepast.”

Het feit dat voor de vervangende botser nr. 12 geen attest technische keuring werd toegevoegd, lijkt dan ook te verklaren waarom de verwerende partij voor deze botser de voormelde berekeningswijze niet kon

toepassen en aldus vastgesteld heeft dat er “geen gegevens na verduidelijking” waren.

10. Voorts is de aanbestedende overheid op grond van artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 niet verplicht om aan de inschrijver te vragen de inlichtingen en documenten met betrekking tot de selectie aan te vullen of toe te lichten. Dit lijkt eens te meer te gelden wanneer de verzoekende partij zelf onzorgvuldigheid aan de dag legt, zoals te dezen het geval blijkt te zijn. Bovendien heeft de verwerende partij te dezen wel degelijk om verduidelijking gevraagd. In die vraag tot verduidelijking werd op duidelijke wijze gesteld dat de vraag betrekking had op “de lijst van 10 ingediende botsers”. De verzoekende partij toont voorts op het eerste gezicht evenmin aan dat de verwerende partij aan de andere inschrijvers, in tegenstelling tot haarzelf, specifiek om verduidelijking zou hebben gevraagd omtrent het gewicht van de botsers.

Voorts blijkt de verwerende partij, toen een antwoord van de verzoekende partij uitbleef, de verzoekende partij hieraan nogmaals te hebben herinnerd. Er bestond op het eerste gezicht dan ook geen enkele verplichting voor de verwerende partij, ook niet op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, om de verzoekende partij nogmaals om verduidelijking te vragen. Integendeel, lijkt het de verzoekende partij zelf te zijn die tot tweemaal toe nagelaten heeft om, eerst haar offerte en vervolgens ook haar antwoord op de vraag tot verduidelijking op dit punt zorgvuldig op te stellen.

Dat het opvragen van deze informatie geen inbreuk zou uitmaken op de gelijkheid van de inschrijvers vermits alle gegevens van de botsers vermeld stonden op de tabel gevoegd bij de inschrijving, met vermelding van data en referentienummers van de controlerapporten, lijkt hoogstens aan te tonen dat de verwerende partij hiertoe de mogelijkheid had, doch toont evenmin aan dat zij hiertoe verplicht zou zijn, te meer daar zij de verzoekende partij hiertoe al een keer de gelegenheid blijkt te hebben geboden.

11. Waar de verzoekende partij nog stelt dat de tabel (Bijlage 1) gevoegd bij de bestek verwarrend zou zijn omdat niet zou worden aangegeven of nu het gewicht van de trekker zonder verzwaring, met verzwaring of met inbegrip

van de botsinstallatie wordt bedoeld, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat zij hierover geen vragen blijkt te hebben gesteld aan de verwerende partij, doch zonder meer een offerte heeft ingediend.

Aangezien in de selectievereisten duidelijk werd gesteld dat de botsers dienden te voldoen aan de bepalingen van deel II – Technische gedeelte, blijkt op het eerste gezicht ook dat de tabel dient te worden gelezen samen met de voormelde bepalingen van het bestek en het Standaardbestek 250 v.3.1. 10-3.5 aangaande de botsers. Overeenkomstig de betrokken bepalingen van het Standaardbestek 250 lijkt het dragend voertuig exclusief botsabsorbeerder en signalisatie op het eerste gezicht een massa te moeten hebben tussen de 8000 kg en 10.000 kg.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht echter niet aan dat zij in haar initiële offerte, dan wel in haar verduidelijking, voor de betrokken botsers het aldus omschreven gewicht van het dragend voertuig zou hebben opgegeven zoals gevraagd in het bestek.

12. In de mate dat de verzoekende partij in het middel ten slotte nog betwist dat drie volledig nieuwe voertuigen (XXE-754; 1-GJU-844 en 966-AJF) niet in aanmerking zouden mogen worden genomen omdat de voertuigen een wijziging van de offerte met zich mee zou brengen, lijkt zij op het eerste gezicht het vereiste belang bij deze grief te ontberen.

In de bestreden beslissing wordt immers opgemerkt dat, zelfs al worden deze drie botsers wel meegenomen in de evaluatie, slechts twee van deze botsers conform zouden zijn. Dit laatste motief wordt op het eerste gezicht door de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet betwist. Nu de verzoekende partij, ook indien de nieuwe voertuigen wel mee in aanmerking zouden worden genomen, nog niet zou voldoen aan het vereiste van minimaal 6 conforme botsers in eigendom, lijkt deze grief dan ook slechts betrekking te hebben op een overtollig motief.

Voorts dient te worden vastgesteld dat aan die vereiste conform het bestek lijkt te moeten zijn voldaan “op datum van inschrijving”.

Dat botsers geregeld in ongevallen betrokken raken en zodoende vervangen moeten worden, zoals de verzoekende partij aanvoert, ontslaat de verwerende partij op het eerste gezicht niet van haar verplichting op grond van het *patere legem* beginsel om na te gaan of de inschrijvers aan de voormelde selectievereiste voldoen en waarbij uitdrukkelijk wordt verwezen naar de datum van inschrijving. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver immers niet selecteren, op straffe van haar eigen bestek te schenden. Ook een zeker tijdsverloop tussen de indiening van de offerte en de eigenlijke gunning lijkt hieraan in beginsel geen afbreuk te kunnen doen.

Dat het bestek niet verbiedt dat een botser voorgesteld in de offerte wordt vervangen tijdens de fase van uitvoering in het geval van een ongeval of overige beschadiging, lijkt evenmin van aard om anders te oordelen nu zulks niet de selectie maar de uitvoering van de opdracht betreft.

Overigens blijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht voor deze 3 volledig nieuwe voertuigen – anders dan wat voor twee andere botsers het geval blijkt te zijn en die vervolgens door de verwerende partij bij de selectie wel in aanmerking werden genomen – nergens te hebben aangegeven dat zij bepaalde in haar offerte opgegeven botsers zouden vervangen.

Prima facie lijkt het voorstellen van volledig nieuwe voertuigen, die niet in de offerte werden opgenomen, noch de in de offerte opgenomen voertuigen beogen te vervangen, hoe dan ook de door de verwerende partij gestelde vraag tot verduidelijking van 26 augustus 2020 te buiten te gaan nu hierin slechts ontbrekende bewijsstukken werden opgevraagd met betrekking tot de bij de offerte gevoegde lijst van botsers. Het aanvaarden ervan – zonder dat de andere inschrijvers eveneens dezelfde kans werd geboden – zou alsdan op gespannen voet staan met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, zodat de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten kwade kan worden geduid dat deze nieuwe voertuigen niet werden meegenomen in de evaluatie van de technische bekwaamheid.

13. Het enig middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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 veertien januari tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Dierk Verbiest