**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 250.379 van 22 april 2021**
**in de zaak A. 233.266/XII-9060**

In zake: de BV MAENHOUT AUTOMOTIVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Victor Petitat
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ter Pannestraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE KRUISEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend 9000 Gent
Fortlaan 95

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 24 maart 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kruisem van 8 maart 2021 waarbij het besluit van 18 januari 2021 houdende de gunning van de overheidsopdracht voor leveringen met als voorwerp 'Aankoop van een vrachtwagen met autolaadkraan en containersysteem (nieuw of tweedehands)' aan de bv Ampe, wordt ingetrokken, waarbij de opdracht opnieuw wordt gegund aan de bv Ampe, en waarbij aan die gunning "uit hoofde van de rechtszekerheid", terugwerkende kracht wordt verleend, met ingang van 20 januari 2021, alsook van

de daarin vervatte impliciete weigeringsbeslissing om diezelfde opdracht te gunnen aan de bv Maenhout Automotive.

*II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 april 2021, om 14.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Victor Petitat, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederick Ongena, daartoe gemachtigd bij beslissing van de auditeur-generaal van 14 januari 2020, 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 gemeente Kruisem schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “aankoop van een vrachtwagen met autolaadkraan en containersysteem (nieuw of tweedehands)”.

De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 2020/018.

3.2. De opdracht wordt gegund met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, overeenkomstig artikel 41 § 1, 1°, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), nu de raming lager ligt dan 214.000 euro, namelijk 177.500 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. In het bestek worden de volgende gunningscriteria vermeld:

"

| Nr. | beschrijving | gewicht |
|---|---|---|
| 1 | Prijs | 50 |
| | Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs | |
| 2 | leveringstermijn | 20 |
| | De leveringstermijn begint op het ogenblik dat de bestelbrief door het gemeentebestuur opgestuurd wordt, en eindigt bij levering van het bestelde aan het gemeentebestuur. Een leveringstermijn tot vijf maand, leidt tot het maximum van 20 punten voor dit criterium. Voor elke (begonnen) maand dat de aanbieding deze leveringstermijn van één maand overstijgt, worden 5 punten afgetrokken van dit maximum. Een aanbieding met een leveringstermijn van 7 maanden, krijgt dus 10 punten voor dit criterium. | |
| 3 | Technische waarde van het aangeboden materiaal | 20 |
| | Het aangeboden voertuig moet voldoen aan een aantal minimumeisen. Daarnaast geeft de inschrijver extra technische en functionele kenmerken die het voertuig een hogere score kunnen opleveren voor dit criterium. Het gaat over zowel het voertuiggedeelte als het opbouwsysteem en kraan. | |
| 3.1. | Voertuig zelf | 10 |
| | Hel aangeboden voertuig moet voldoen van de minimumeisen zoals vermeld in het bestek. Daarnaast geeft de inschrijver extra technische en functionele kenmerken die het voertuig een hogere score kunnen opleveren voor dit criterium Hierbij wordt ook rekening gehouden met de energiezuinigheid (aan te tonen met attest) en de geluidsnormen in de cabine en de aangeboden garantie. Dit zal ook gebeuren via een demorit met een gelijkaardig voertuig op kosten van de aanbieder. | |
| 3.2. | containersysteem | 5 |
| | Te voldoen aan zo veel mogelijk het gevraagde in het bestek | |
| 3.3. | kraan | 5 |
| | Te voldoen aan zo veel mogelijk het gevraagde in het bestek | |
| 4. | Afstand van gemeenteloods tot servicepunt dienstverlener | 10 |
| | De afstand naar het servicepunt wordt beoordeeld. Hoe korter hoe gunstiger de beoordeling. Deze afstand wordt berekend vanaf de loods (Warandestraat 6 te Kruisem). De kortste afstand krijgt 10 punten en per 5 kilometer meer dan de kortste worden er 2 punten afgetrokken. Concreet indien de korte op 10 kilometer zit en de verste op 30 kilometer, krijgt de verste dus maar 2 punten Het servicepunt moet instaan voor alle onderhouden (inclusief containersysteem en kraan). | |
| Totaal gewicht gunningscriteria | | 100 |

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht

gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend."

3.4. Tijdens het onderzoek van de offertes vraagt de verwerende partij op 28 oktober 2020 de volgende bijkomende informatie aan de verzoekende partij:

> "In de offerte staat brandstoftank van 390 liter en in de technische voorschriften (pagina 94) staat 290 liter? Wat is nu correct.
> Ik vind nergens de dodehoekspiegel terug. Klopt dit?
> In de offerte staat uitdrukkelijk geen achterbumper alhoewel dit gevraagd was."

Bij e-mailbericht van dezelfde dag antwoordt de verzoekende partij hierop:

> "In de offerte staat er 390 L. Dit is correct. In de technische voorschriften staat er 290 L, dit is de standaard af fabriek configuratie.
> In de aanbesteding staat de vraag voor minimum 300L, daarom heb ik deze naar 390L gezet.
> In bijlage vindt u ook de informatie over de spiegels die op dit voertuig standaard staan. Deze staan in de index op puntje 25. Op de rechterfoto kan je de dodehoekspiegel alsook de frontspiegel zien.
> Over de achterbumper: die zit er altijd standaard bij. In de offerte staat er enkel de achterlichten zonder bumper, omdat het meestal gebeurt dat de opbouwer die in zijn offerte ook voorziet. Dit is inderdaad niet het geval nu. Uiteraard geef ik deze dan mee af fabriek. Dit heeft geen invloed op de prijs, gelet dat dit een standaard is en geen optie.
> Wij voorzien alles dat wettelijk is teneinde het voertuig op de baan te krijgen. En een achterbumper is daar uiteraard ook een onderdeel van. Mijn excuses, dit heb ik over het hoofd gezien, maar hij zit er wel bij in de uitvoering.
> In bijlage vindt u ook nog een uittreksel van mijn calculatie met alle opties en standaard uitvoeringen. Daar zal hij er wel bij staan, dit is echter een uittreksel uit het bestand van het voertuig.
> Lokale aanpassen zullen daar niet bij staan."

3.5. Op 21 december 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld. In het gunningsverslag worden 10 offertes regelmatig bevonden, waaronder de offerte van de verzoekende partij.

Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij wordt inzake het derde gunningscriterium "Technische waarde van het aangeboden materiaal", eerste subcriterium "voertuig zelf" (5 op 10 punten) in het gunningsverslag het volgende vermeld:

> "In de offerte staan een aantal dingen die in tegenstrijd zijn met de bijlagen afkomstig van de fabriek waardoor er aan getwijfeld [wordt] of het geleverde voertuig wel zal voldoen aan de technische voorschriften van het bestek:
>
> - In offerte brandstoftank van 390 liter alhoewel in de technische bijlage ene tank van 290 liter staat
> - Expliciet dodehoekspiegel gevraagd maar staat nergens vermeld
> - In bestek staat vooras met draagcapaciteit van 9 ton; in offerte staat dit maar in de bijlagen staat 8 ton
>
> bij de proefrit voelde de chauffeur zich niet comfortabel met het voertuig en het aangeboden voertuig was zonder enige opbouw wat toch anders rijden is."

Na vergelijking van de offertes aan de hand van de gunningscriteria wordt in het gunningsverslag tot besluit voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bv Ampe – met opbouw van de nv De Patrijs – als economisch meest voordelige offerte.

3.6. Het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kruisem verleent op 18 januari 2021 goedkeuring aan het gunningsverslag en gunt de opdracht aan de bv Ampe.

3.7. Op 3 februari 2021 vordert de verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze beslissing. Met het arrest nr. 249.975 van 4 maart 2021 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing.

3.8. Op 5 maart 2021 wordt een nieuw verslag van nazicht opgesteld. Na vergelijking van de offertes aan de hand van de gunningscriteria wordt in het verslag van nazicht als besluit voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bv

Ampe – met opbouw van de nv De Patrijs – als economisch meest voordelige offerte.

3.9. Op 8 maart 2021 beslist de verwerende partij om haar vorig besluit van 18 januari 2021 houdende de gunning van deze opdracht aan de bv Ampe, in te trekken, de opdracht opnieuw te gunnen aan de bv Ampe – met een opbouw geleverd door de nv De Patrijs – en deze beslissing terugwerkende kracht te verlenen tot 20 januari 2021.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekende brief van 9 maart 2021 deelt de verwerende partij de gunningsbeslissing mee aan de verzoekende partij.

*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 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.

*V. Onderzoek van het enig middel*

*Uiteenzetting van het middel*

5. In het middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 81, §§ 1 tot 3, 66, § 3, *juncto* 39, § 6, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' (hierna: rechtsbeschermingswet) en artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' (hierna: formelemotiveringswet), het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het objectiviteitsbeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, en het verbod op de retroactieve werking van bestuurshandelingen.

De verzoekende partij betoogt in een eerste onderdeel dat de intrekking van de gunningsbeslissing van 18 januari 2021 de mogelijke intrekkingsgrenzen te buiten gaat en afbreuk doet aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Meer bepaald vermocht de verwerende partij slechts het door de Raad van State in het arrest nr. 249.975 vastgestelde motiveringsgebrek te remediëren. De verwerende partij ging dit evenwel te buiten door nieuwe, negatieve beoordelingselementen te betrekken bij de nieuwe beoordeling van de offerte van de verzoekende partij. Door bovendien het retroactieve karakter van de

bestreden beslissing niet te motiveren, is ook het verbod op de retroactiviteit van bestuurshandelingen geschonden.

In een tweede en derde onderdeel bekritiseert de verzoekende partij de score die zij heeft gekregen voor het subgunningscriterium 3.1 “voertuig zelf”. Zij betoogt dat de bestreden beslissing niet is gegrond op in rechte en in feite juiste, objectieve, onpartijdige en draagkrachtige motieven. Zij voert aan dat de bestreden beslissing een aantal motieven bevat die niet in overeenstemming zijn met de inhoud van haar offerte. Ten slotte doet zij gelden dat de offertes niet zorgvuldig zijn onderzocht en dat, in geval van onduidelijkheid, de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver hierover moet bevragen.

*Beoordeling*

6. De verzoekende partij geeft in een eerste onderdeel aan dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden gunningsbeslissing nieuwe beoordelingselementen heeft betrokken bij de nieuwe beoordeling van de offerte van de verzoekende partij terwijl deze beoordelingselementen geen uitstaans zouden hebben met de door de Raad van State in het arrest nr. 249.975 vastgestelde onwettigheid. Hierdoor heeft de verwerende partij de grenzen overschreden van hetgeen volgens de verzoekende partij is toegelaten bij het intrekken van een beslissing.

7. De intrekking van een gunningsbeslissing heeft tot gevolg dat ze geacht wordt nooit te hebben bestaan, dat de aanbestedende overheid aldus in beginsel ook niet meer is gebonden door de motieven waarop deze beslissing is gesteund, en dat de aanbestedende overheid de procedure mag herbeginnen.

Te dezen heeft de Raad van State in het voormelde arrest nr. 249.975 van 4 maart 2021, onder meer vastgesteld dat de gunningsbeslising bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij voor een deel van de motieven gesteund lijkt op gegevens waarvan het feitelijk bestaan niet naar behoren is bewezen, dan wel dat de in aanmerking genomen gegevens niet afdoende formeel werden gemotiveerd; minstens lijkt op die punten de verwerende

partij de offerte van de verzoekende partij en de aanvullend gegeven toelichting door de verzoekende partij onvoldoende zorgvuldig te hebben onderzocht.

De bestreden beslissing overweegt, onder meer:

"Overwegende dat
- het bestuur ervoor opteert om het besluit van 18 januari 2021 en het bijhorende verslag van nazicht van de offertes van 21 december 2020 in te trekken teneinde een juridisch correct gevolg te geven aan het tussengekomen arrest van de Raad van State d.d. 4 maart 2021 (nr. 249.975);
  […]
- aansluitend op het tussengekomen arrest van de Raad van State en de op het eerste gezicht ernstig bevonden wettigheidskritieken werden, enerzijds, de ontvangen offertes opnieuw aan een inhoudelijke beoordeling onderworpen en, anderzijds, de bevindingen betreffende de demorit maatregel geformaliseerd;
- aldus uitvoering is gegeven aan volgende overweging uit het arrest d.d. 4 maart 2021 (nr. 249.975):
  - 'Het ernstig bevinden van het enig middel leidt er in elk geval niet toe dat vast zou komen te staan dat de verwerende partij niet anders mag dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. De Raad van State mag immers niet vooruit lopen op de invloed die een herbeoordeling op grond van de correcte feitelijke gegevens zou hebben op de rangschikking.
    De vordering is bijgevolg niet ontvankelijk voor zover ze is gericht tegen de beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.'
- vervolgens werd een verslag van nazicht van de offertes opgesteld op 5 maart 2021."

In de te dezen bestreden beslissing stelt de verwerende partij aldus uitdrukkelijk dat de beoordeling van de ontvangen offertes opnieuw wordt uitgevoerd en dat dus wordt teruggekeerd naar het ogenblik van het indienen van de offertes. Bijgevolg maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de verwerende partij, nadat de Raad van State een onrechtmatigheid heeft vastgesteld bij de beoordeling van de offertes, de grenzen van haar beoordelingsruimte zou hebben overschreden door de ontvangen offertes aan een nieuwe beoordeling te onderwerpen. Dat bij deze beoordeling elementen worden betrokken die eerder niet werden veruitwendigd doet aan deze vaststelling op het eerste gezicht geen afbreuk.

8. Voor zover de verzoekende partij aangeeft dat de bestreden beslissing niet motiveert waarom ze met retroactiviteit werd genomen, moet worden vastgesteld dat dit argument feitelijke grondslag mist. Artikel 3 van de bestreden beslissing motiveert het retroactieve karakter van de bestreden beslissing immers "uit hoofde van de rechtszekerheid". De verzoekende partij toont bovendien niet aan dat het retroactief effect dat de verwerende partij aan de thans bestreden beslissing gaf, afbreuk zou doen aan de rechten die het arrest van de Raad van State nr. 249.975 van 4 maart 2021 zou hebben doen ontstaan ten voordele van de verzoekende partij. Uit het voormelde arrest kan de verzoekende partij immers niet afleiden dat zij het recht zou hebben verworven om zich als begunstigde van de gunning te zien aanmerken, evenmin als het recht om de verwerende partij te verhinderen om de handeling waarvan de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd geschorst op een rechtmatige wijze te hernemen. Een dergelijke aanspraak gaat op het eerste gezicht het naleven van het dictum van het voormelde schorsingsarrest te buiten.

9. Het eerste onderdeel van het enig middel is niet ernstig.

10. In een tweede en derde onderdeel voert de verzoekende partij in de eerste plaats aan dat niet kan worden ingezien hoe een aanbestedende overheid die zich reeds contractueel heeft verbonden ten aanzien van een andere inschrijver nog objectief en onpartijdig kan oordelen over de offerte van een niet gekozen inschrijver, zoals te dezen de offerte van de verzoekende partij.

11. Uit de beoordeling van het eerste onderdeel van het middel blijkt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk maakt dat de verwerende partij, nadat de Raad van State een onrechtmatigheid heeft vastgesteld bij de beoordeling van de offertes, de grenzen van haar beoordelingsruimte zou hebben overschreden door de ontvangen offertes aan een nieuwe beoordeling te onderwerpen. Dat bij deze beoordeling elementen worden betrokken die eerder niet werden veruitwendigd doet aan deze vaststelling op het eerste gezicht geen afbreuk.

Ten overvloede mag worden opgemerkt dat de Raad van State, met het arrest nr. 249.975 van 4 maart 2021, een onrechtmatigheid heeft vastgesteld in de wijze waarop de verwerende partij de offertes heeft onderzocht en de wijze waarop dat onderzoek een veruitwendiging heeft gekregen in het verslag van nazicht, dat integraal deel uitmaakt van de gunningsbeslissing van 18 januari 2021. Het lijkt niet onrechtmatig dat een nieuw en zorgvuldig onderzoek dat erop is gericht de door de Raad van State vastgestelde onwettigheid te verhelpen ook rekening houdt met nieuwe beoordelingselementen die het resultaat blijken te zijn van dit nieuwe onderzoek.

Dat de verwerende partij te dezen is overgegaan tot sluiting van de opdracht lijkt aan deze vaststellingen geen afbreuk te doen. De verzoekende partij maakt in elk geval niet concreet aannemelijk hoe de sluiting van de opdracht, op zich, automatisch leidt tot de vaststelling dat de verwerende partij niet langer objectief zou kunnen oordelen over de offerte van de verzoekende partij. Voor zover de verzoekende partij argumenten put uit de concrete bekritisering van de gehanteerde motieven en beoordelingselementen, wordt verwezen naar de beoordeling hierna.

12. De verzoekende partij meent vervolgens dat de bestreden beslissing niet deugdelijk is gemotiveerd. Meer bepaald hanteert, volgens de verzoekende partij, de bestreden beslissing beoordelingselementen die feitelijk onjuist zijn en te wijten zijn aan een onzorgvuldig onderzoek van de offerte van de verzoekende partij.

13. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het is in de eerste plaats de aanbestedende overheid die bepaalt wat zij als sterke en zwakke punten in de offertes beschouwt en om er dienovereenkomstig punten aan toe te kennen. De Raad van State is niet bevoegd om de beoordeling van de offertes over te doen en zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van de overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht vermag hij wel desgevraagd na te gaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven

en of het bestuur daarbij de grenzen van zijn beoordelingsruime niet te buiten is gegaan. De Raad mag daarbij desgevraagd een beoordeling sanctioneren die niet zorgvuldig is.

Te dezen werd in het bestek het kwestieuze gunningscriterium als volgt omschreven:

> "3. Technische waarde van het aangeboden materiaal
> Het aangeboden voertuig moet voldoen aan een aantal minimumeisen. Daarnaast geeft de inschrijver extra technische en functionele kenmerken die het voertuig een hogere score kunnen opleveren voor dit criterium. Het gaat over zowel het voertuiggedeelte als het opbouwsysteem en kraan.
> 3.1. Voertuig zelf
> Het aangeboden voertuig moet voldoen aan de minimumeisen zoals vermeld in het bestek. Daarnaast geeft de inschrijver extra technische en functionele kenmerken die het voertuig een hogere score kunnen opleveren voor dit criterium. Hierbij wordt ook rekening gehouden met de energiezuinigheid (aan te tonen met attest) en de geluidsnormen in de cabine en de aangeboden garantie. Dit zal ook gebeuren via een demorit met een gelijkaardig voertuig op kosten van de aanbieder."

Het verslag van nazicht van 5 maart 2021 motiveert de score die aan de verzoekende partij voor het subgunningscriterium 3.1 "voertuig zelf" wordt toegekend als volgt:

> "Met betrekking tot het aangeboden voertuig worden volgende vaststellingen verricht:
> - de offerte vermeldt een brandstoftank van 390 liter niettegenstaande de technische fiche een tank van 290 liter vermeldt. Bij de gevraagde toelichting wordt geen technische verduidelijking gegeven omtrent de wijze waarop de 390 liter brandstoftank kan worden voorzien in het aangeboden voertuig waarbij bovendien een dergelijke tank […] evenmin als een optie is voorzien in de bij [de] offerte gevoegde […] technische specificaties;
> - de cilinderinhoudvan het aangeboden voertuig is de laagste van alle aangeboden voertuigen, m.n. 8710 $cm^3$, wat tot gevolg heeft dat, met het oog op het bereiken van het vereiste vermogen of pK de motor van het voertuig zwaar belast wordt;
> - de opdrachtdocumenten bevatten vereisten die door de inschrijver niet werden opgenomen in zijn offerte of aangeboden voertuig (inclusief het bij de offerte gevoegde fotomateriaal):
>   - stoffen bekleding van de zetels zijn niet voorzien van stevige overtrekken;

◦ zijdelingse fietsenbescherming in alu-profielen om te vermijden dat voetgangers en fietsers onder de wielen terechtkomen.

De proefrit verliep niet vlekkeloos omwille van de volgende redenen:

- het aangeboden voertuig was ‘af fabriek‘ (en dus niet representatief voor het uiteindelijk te leveren voertuig) met een brandstoftank van 290 liter en bovendien was – als enig aangewend voertuig – niet voorzien van de opbouw; hierdoor is de rijervaring noodzakelijkerwijze niet volledig representatief, nu het rijden met of zonder opbouw een verschillend rijgevoel inhoudt;
- de automatische versnellingsbak voelde bijzonder stroef aan, met als gevolg dat de wagen steeds ‘in sprongetjes’ reed;
- het display van het aangeboden voertuig was, in vergelijking met de andere voor de testrit aangeboden voertuigen minder duidelijk en minder gebruiksvriendelijk;
- de uitleg van de begeleider van de inschrijver voorafgaandelijk aan de demorit was bijzonder kort en onduidelijk; en
- de chauffeur beoordeelde de demorit als, enerzijds, niet representatief (o.w.v. de afwezigheid van de opbouw) en, anderzijds, qua rijcomfort als minder dan het voertuig [v]an MAN Oost-Vlaanderen en van Ampe.”

14. De verzoekende partij biedt in haar offerte het volgende voertuig aan: een IVECO S-WAY MY2019 AD260S40Y/PS met onder meer de volgende fabrieksopties op de standaarduitvoering: “een motor van 400 PK met luchtcompressor, een brandstoftank van 390 liter, voorasbelasting 9 ton, uitvoeringzetels in Skai [en] overrijdingbescherming “underrunprotection (stuk 3, p. 2)”. De verzoekende partij wijst er tevens op dat de “de geselecteerde opties af fabriek / lokale opbouw zijn inbegrepen in onze offerteprijs, tenzij anders vermeld (stuk 3, p. 6)”.

15. Met betrekking tot het eerste motief, de brandstoftank, doet de verzoekende partij gelden dat zij reeds op 21 oktober 2020, per e-mailbericht, duidelijk maakte dat in het voertuig waarmee zij inschreef wel degelijk in een brandstoftank van 390 liter wordt voorzien. In het verzoekschrift doet de verzoekende partij thans ook gelden dat, met verwijzing naar het handboek van het aangeboden voertuig, de optie voor een grotere brandstoftank wel degelijk mogelijk is. Daarnaast stelt de verzoekende partij dat het voertuig dat zij aanbood voor de proefrit een brandstoftank van 640 liter had, waaruit redelijkerwijze kon worden afgeleid dat een grotere brandstoftank technisch mogelijk was als optie.

De verzoekende partij vermeldde in haar offerte dat de inhoud van de brandstoftank van het voorgestelde voertuig 390 liter betreft, terwijl in de technische gegevens van de fabrikant wordt vermeld dat de inhoud 290 liter bedraagt, zonder dat uit deze technische gegevens blijkt dat de inhoud van de tank optioneel kon worden aangepast.

In zijn arrest nr. 249.975 van 4 maart 2021 oordeelde de Raad van State dat de verwerende partij niet buiten de perken van haar beoordelingsruimte lijkt te zijn getreden door vast te stellen dat – na uitdrukkelijk om verdere informatie te hebben verzocht omtrent deze tegenstrijdige gegevens – "op grond van de loutere bevestiging door de verzoekende partij dat de inhoud van 390 liter correct is en dat deze laatste wegens de gevraagde minimale inhoud van 300 liter, de inhoud 'naar 390 liter (heeft) gezet', niet met zekerheid blijkt of het aangeboden voertuig voldoet aan de betrokken technische vereiste. Met de verwerende partij moet immers worden vastgesteld dat de verzoekende partij noch in haar offerte, noch in haar e-mailbericht met bijkomende informatie duidelijk toelichtte of en op welke wijze de standaard brandstoftank kon worden vervangen door een grotere brandstoftank, terwijl de technische fiche van de fabrikant hieromtrent geen opties vermeldde".

Door zich voor het eerst in de huidige procedure te steunen op een nieuw stuk dat, op het eerste gezicht, niet werd betrokken bij de toelichting die uitdrukkelijk door de verwerende partij werd gevraagd, doet de verzoekende partij geen afbreuk aan de vaststellingen die in het voornoemde arrest werden gemaakt. De verzoekende partij lijkt evenwel te bevestigen dat de offerte tegenstrijdigheden bevatte over de inhoud van de brandstoftank, nu sprake is van een inhoud van 390 liter – in de offerte –, 290 liter – in de technische fiche als bijlage – of – voor het voertuig dat werd aangeboden voor de proefrit – 640 liter.

De verzoekende partij toont dan ook op het eerste gezicht niet aan dat de beoordeling van dit element van de offerte berust op een onzorgvuldig onderzoek van de offerte en dat die beoordeling niet op een feitelijk correcte grondslag berust.

16. Wat het beoordelingselement van de cilinderhoud betreft, stelt de verzoekende partij in de eerste plaats dat zij een voertuig heeft aangeboden met een motor met 6 cilinders en een vermogen tot 400 Pk wat conform is aan de vereisten van het bestek. De verzoekende partij betwist voorts dat de lagere cilinderinhoud ertoe zou leiden dat de motor zwaarder zou worden belast: "[d]e cilinderinhoud geeft aan hoeveel gas er in de cilinders kan worden verbrand. Hoe groter dat volume, hoe meer energie er in principe kan geleverd worden door de motor en prestatie (Pk) kan worden verwacht, maar door toepassing van drukvulling turbo of mechanische luchtcompressor, zoals in casu het geval is, kan men zich niet langer baseren op de cilinderinhoud om de prestaties/belasting van de motor in te schatten. […] Het is dus niet omdat de cilinders een kleiner volume hebben dat de motor hierdoor zwaarder zou worden belast, zekerlijk niet nu dit kennelijk geen enkel invloed heeft op het aantal Pk's. De compressie laat ook toe dat er minder brandstof wordt verbruikt (= energiezuiniger) en dat er aldus meer energie uit een kleinere cilinderinhoud kan worden gehaald, wat net een positief punt is en zelfs uitdrukkelijk als beoordelingselement werd opgenomen in het subgunningscriterium 3.1. Een lagere cilinderinhoud bij een motor met luchtcompressie betekent zodoende geenszins dat de motor minder vermogen zou kunnen genereren of meer zou worden belast".

Het is inherent aan een administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid dat de middelen worden beoordeeld op grond van een snelle en prima-facietoetsing waarbij de ernst ervan op het eerste gezicht moet vaststaan, ook in het geval dat het gaat om een middel waarin technische aspecten zijn betrokken waarbij door de spoedeisendheid van de procedure geen beroep kan worden gedaan op de bijstand van onpartijdige deskundigen.

De motivering beperkt zich ter zake tot een vergelijking met de door de andere inschrijvers aangeboden voertuigen:

> "• de cilinderinhoud is de laagste van alle aangeboden voertuigen, m.n. 8710 cm3, wat tot gevolg heeft dat, met het oog op het bereiken van het vereiste vermogen of pK de motor van het voertuig zwaar belast wordt."

De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht aannemelijk te maken dat er wel degelijk een evenredig verband bestaat tussen de grootte van de cilinderinhoud en de belasting (toerental) van de motor, ook al staat een kleinere cilinderinhoud, en de toepassing van een luchtcompressor er niet aan in de weg dat het door het bestek vereiste vermogen wordt behaald. De verzoekende partij betwist overigens niet dat de andere aangeboden voertuigen een grotere cilinderinhoud hebben. Zij brengt ook geen gegevens bij waaruit op het eerste gezicht zonder meer zou blijken dat de conclusie dat de motoren van deze voertuigen minder zwaar zouden worden belast om tot hetzelfde vermogen te komen, onjuist zou zijn.

De verzoekende partij toont dan ook op het eerste gezicht niet aan dat de beoordeling van dit element van de offerte berust op een onzorgvuldig onderzoek van de offerte en dat die beoordeling niet op een feitelijk correcte grondslag berust.

17. De verzoekende partij uit vervolgens kritiek op het motief dat de proefrit niet vlekkeloos zou zijn verlopen. Zij betwist in de eerste plaats het motief dat het aangeboden voertuig niet representatief was voor het uiteindelijk te leveren voertuig. De verzoekende partij erkent in het verzoekschrift evenwel dat het voertuig zonder opbouw werd aangeboden en dat het rijden zonder opbouw "wat anders aan[voelt] dan met een opgebouwd voertuig". Uit het verslag van nazicht blijkt dat andere inschrijvers, waaronder de begunstigde van de bestreden beslissing, daarentegen wel de demorit met een voertuig met opbouw hebben laten uitvoeren. Daarenboven lijkt het meest belangrijke en samenvattende motief voor de lage quotering op dit subcriterium erin te bestaan dat de verzoekende partij voor de demorit een voertuig heeft aangeboden dat kennelijk niet gelijkaardig is met het voertuig dat zou worden aangeboden en geleverd.

Op het eerste gezicht toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij onzorgvuldig of buiten de perken van de redelijkheid heeft gehandeld door voor de opdracht voor de aankoop van een "vrachtwagen met autolaadkraan en containersysteem" bij de beoordeling van het

subgunningscriterium “Voertuig zelf”, hetwelk melding maakt van een demorit met een “gelijkaardig voertuig”, rekening te houden met de overeenstemming van het voertuig (met opbouw) dat werd aangeboden voor de demorit en het voertuig (met opbouw) dat in de offerte werd voorgesteld. Nu de verzoekende partij zelf erkent dat het voor de demorit aangeboden voertuig verschilt van het in de offerte aangeboden voertuig en uit het verslag van nazicht blijkt dat andere inschrijvers voor de demorit – in tegenstelling tot de verzoekende partij – wel een voertuig met opbouw hebben gebruikt, toont de verzoekende partij dan ook op het eerste gezicht niet aan dat de beoordeling van dit element van de offerte berust op een onzorgvuldig onderzoek van de offerte en dat die beoordeling niet op een feitelijk correcte grondslag berust.

18. Wat de overige elementen betreft (versnellingsbak, display, uitleg van de begeleider en rijcomfort), blijkt uit het administratief dossier dat de verwerende partij de proefrit bij elke inschrijver liet uitvoeren door dezelfde persoon. Uit het administratief dossier blijkt dat deze persoon een verklaring op eer voegt waarin hij een toelichting verstrekt bij de elementen die hij heeft vastgesteld naar aanleiding van de uitgevoerde demorit met het voertuig dat de verzoekende partij heeft aangeboden. De verzoekende partij betwist weliswaar een aantal vaststellingen (het stroef aanvoelen van de versnellingsbak, de onduidelijke uitleg van de begeleider en de opmerkingen over het rijcomfort) maar laat na concreet aan te tonen dat de verwerende partij buiten de perken van haar beoordelingsruimte is getreden of dat deze bevindingen op het eerste gezicht feitelijk onjuist zijn. Dit klemt des te meer nu lijkt te kunnen worden aangenomen dat deze bevindingen verband houden met de technische eisen van het bestek of de extra technische of functionele kenmerken die in aanmerking komen voor de beoordeling.

Voor zover de verzoekende partij aangeeft niet akkoord te gaan met het motief als zou het aangeboden display minder duidelijk en minder gebruiksvriendelijk zijn dan het display van de door de andere inschrijvers aangeboden voertuigen moet opnieuw worden vastgesteld dat deze grief een beoordeling betreft die in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt. Bij de aanvang van de beoordeling van het voertuig zelf wordt hieromtrent concreet gesteld: “Door de veelheid van schermen die de chauffeur in het oog dient te

houden (technische gadgets en snufjes) werd het rijcomfort tijdens de demorit ongunstig beïnvloed". Met de verwerende partij kan, op het eerste gezicht, worden aangenomen dat het display dat de verzoekende partij heeft aangeboden verschillen vertoont met het door een andere inschrijver aangeboden en als best beoordeeld display. Aldus blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij onzorgvuldig of buiten de perken van de redelijkheid zou hebben gehandeld door te oordelen dat het display van het voertuig dat de verzoekende bij de demorit heeft aangeboden minder duidelijk en gebruiksvriendelijk is dan dat van andere inschrijvers.

19. Wat, ten slotte, de in de opdrachtdocumenten opgenomen vereisten betreft die door de verzoekende partij niet werden opgenomen in de offerte of het aangeboden voertuig, stelt de verzoekende partij dat haar offerte wel degelijk in een vorm van zijdelingse fietsenbescherming voorziet. Met de verwerende partij kan, evenwel, op het eerste gezicht worden aangenomen dat zij niet onzorgvuldig of buiten de perken van de redelijkheid heeft gehandeld wanneer zij heeft vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij op dit punt verschilt van de offerte van de gekozen inschrijver. In randnummer 79 van het verzoekschrift geeft de verzoekende partij aan dat de zijdelingse fietsenbescherming is opgenomen als bijlage bij de offerte. Deze bijlage betreft een onderdeel van het containerhaaksysteem. De gekozen inschrijver voorziet in de zijdelingse fietsenbescherming zowel bij het chassis als bij het containerhaaksysteem waaruit, op het eerste gezicht, een verschil tussen de offertes blijkt dat bij de beoordeling van die offertes mocht worden betrokken.

20. Voor zover de verzoekende partij aangeeft dat de bestreden beslissing het element "stevige overtrekken" niet bij de beoordeling had mogen betrekken, merkt de verwerende partij in haar nota op dat terecht wordt gesteld dat in de offerte van de verzoekende partij zetels in kunstleer zijn opgenomen, waardoor de vraag rijst of stevige overtrekken dan nog vereist zijn, zodat zij "[o]p dit deelelement van het betreffende motief […] niet langer aan[dringt]".

De verwerende partij erkent aldus dat de motivering van de bestreden beslissing een beoordelingselement bevat dat niet overeenstemt met de staat van het voertuig zoals dat door de verzoekende partij werd aangeboden.

Deze vaststelling leidt er op het eerste gezicht evenwel niet toe dat mag worden aangenomen dat de afwezigheid van dit beoordelingselement van die aard is dat het de rangschikking van de offertes zou kunnen beïnvloeden. Het betreft immers slechts een beperkt onderdeel van één van de acht elementen die in de bestreden beslissing als negatief voor de offerte van de verzoekende partij werden beoordeeld.

De verzoekende partij toont ook niet aan dat de afwezigheid van dit beoordelingselement, op zich, volstaat om aannemelijk te maken dat de offerte van de verzoekende partij hoger had moeten worden gerangschikt dan de offerte van de begunstigde van de bestreden beslissing.

21. Het middel is niet ernstig.

*VI. Besluit*

22. 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 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 tweeëntwintig april tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

| | |
|---|---|
| Johan Bovin, | staatsraad, waarnemend voorzitter, |

bijgestaan door

| | |
|---|---|
| Greta Scheveneels, | griffier. |

| | |
|---|---|
| **De griffier** | **De voorzitter** |
| **Greta Scheveneels** | **Johan Bovin** |