

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.228 van 16 maart 2022
in de zaak A. 235.711/XII-9188**

In zake: de NV COEMAN REPATRIËRING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart De Becker
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Loofstraat 39
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Tess Van Gaal
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 februari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Administrateur-generaal van het agentschap Wegen en Verkeer van 25 januari 2022, waarbij:

- de overheidsopdracht voor aanneming van diensten voor het “Project F.A.S.T.” (Incidentafhandeling op de autosnelwegen in de provincie West-Vlaanderen. Takelen en afvoeren van voertuigen met een maximaal toegelaten massa (MTM) > 3,5 ton), perceel 3: deel Zuid-Oost, werd gegund aan Depannage Lybaert bvba;
- (impliciet) werd beslist de voormelde overheidsopdracht niet toe te wijzen aan de nv Coeman Repatriëring.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 maart 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Nathan De Laruelle, die *loco* advocaat Bart De Becker verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Kris Wauters en Tess Van Gaal, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont 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, afdeling West-Vlaanderen, schrijft in naam en voor rekening van het Vlaamse Gewest een overheidsopdracht uit voor de aanneming van diensten met als voorwerp “Project F.A.S.T. Incidentafhandeling op de autosnelwegen in Provincie West-Vlaanderen. Takelen en afvoeren van voertuigen met Maximaal Toegelaten Massa (MTM) > 3,5 ton”.

De opdracht is onderverdeeld in drie percelen:

- Perceel 1 – deel Noord
- Perceel 2 – deel Zuid-West
- Perceel 3 – deel Zuid-Oost.

De voorliggende vordering heeft betrekking op perceel 3.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 augustus 2021 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 augustus 2021. Er worden ook verschillende wijzigingsberichten gepubliceerd.

3.3. De opdracht wordt geplaatst via een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.4. Het bestek met referte WWV/INV/2021/9 is van toepassing.

3.4.1. Het bestek bepaalt dat een onderneming voor meer dan één perceel mag inschrijven, ook al beschikt zij niet over de gecumuleerde technische capaciteit om alle percelen waarvoor zij een offerte heeft ingediend, gegund te kunnen krijgen. Indien een onderneming voor meer dan één perceel inschrijft, moet zij een voorkeursvolgorde opgeven (p. 12).

De minimale hoeveelheden aan personeel, materieel en terreinen waarover de dienstverlener moet beschikken om voor gunning in aanmerking te komen worden per perceel bepaald. Een onderneming kan maar die percelen gegund krijgen waarvoor zij over de voor dat perceel relevante aantallen beschikt (p. 15).

3.4.2. Wat de criteria betreft waaraan een inschrijver moet voldoen om geselecteerd te worden, bepaalt het bestek, onder een hoofding “Art. 68. Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid”, dat de inschrijver moet 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”. Voor de specificaties waaraan het personeel en de stelplaats moeten voldoen, wordt verwezen naar de desbetreffende bepalingen in deel 3, punt 3.1, van het bestek, en voor de specificaties waaraan het materieel moet voldoen, naar de bepalingen in deel 3, punt 3.3, van het bestek (p. 18).

De eisen, die voor elk perceel afzonderlijk worden vastgesteld, luiden voor perceel 3 als volgt (pp. 18-20):

“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.

(...)

c. Voor perceel 3 beschikte de dienstverlener minimaal over:

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

Eisen op gebied van stelplaats

De inschrijver voegt bij zijn offerte een verklaring (specifieke document in bijlage aan dit bestek is te gebruiken) met lijst (adres opgenomen) van alle terreinen die, gedurende het kalenderjaar voorafgaandelijk aan de publicatie van dit bestek, in gebruik waren van de onderneming en welke activiteiten hier plaats vonden met betrekking tot de takelwerkzaamheden.

De dienstverlener beschikt minimaal over 1 stelplaats mét omgevingsvergunning klasse 3. De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat deze stelplaats voldoet aan de eisen.

Eisen op gebied van interventievoertuigen

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 interventievoertuigen (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. Enkel interventievoertuigen geschikt voor werkzaamheden aan voertuigen met een MTM van 44 ton of meer komen in aanmerking. [...]

c. Voor perceel 3 beschikte de dienstverlener minimaal over:

- 4 interventievoertuigen geschikt voor takelwerkzaamheden aan voertuigen tot 44t. De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elk interventievoertuig voldoet aan de eisen.
- 2 interventievoertuigen, uitgerust bijkomend met hydraulische hijskraan, geschikt voor takelwerkzaamheden aan voertuigen tot 44t; De inschrijver toont in zijn bij de offerte te voegen verklaring aan dat elk interventievoertuig voldoet aan de eisen.”

Het bestek bevat voorts bepalingen in verband met de toepassing van de genoemde vereisten in het geval dat verscheidene ondernemingen samenwerken, of een onderneming inschrijft voor meer dan één perceel (p. 20):

“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 maatschap of in de structuur van hoofd- en onderaannemers, dan moet één van de partners uit de samenwerking van een tijdelijke maatschappij of als hoofdaannemer beschikken over minstens de helft van de hiervoor aangehaalde aantallen wat betreft personeel, stelplaatsen en interventievoertuigen. 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.”

3.4.3. Het bestek bevat voorts “technische bepalingen” in verband met de uitvoering van de opdracht.

Een “algemeen deel” van die bepalingen (punt 3.1 van het bestek) begint met de opmerking dat “de capaciteit en de uitrusting van de inschrijver [...] van zeer groot belang is” (p. 49).

Er volgen voorts gedetailleerde voorschriften in verband met de stelplaats, het rollend materieel (voertuigen, hijskraan, en dergelijke), personeel (aantal personeelsfunctie, voor de respectieve percelen, en specificaties betreffende de onderscheiden categorieën van personeelsleden) en bereikbaarheid en beschikbaarheid (permanentie) (pp. 49-57).

De “technische bepalingen” bevatten verder ook bepalingen in verband met de technische kenmerken waaraan voertuigen moeten voldoen (punt 3.3) en in verband met een “lijst met beschikbaar materieel en materiaal” (punt 3.5). Die laatste bepaling luidt als volgt:

“Naast de bovenstaande posten dient de dienstverlener een lijst op te geven met materieel en materiaal dat hij ter beschikking heeft en dat eventueel zou kunnen ingezet worden bij een interventie. De dienstverlener dient een

dergelijke lijst met duidelijke prijzen (excl. BTW) ter beschikking [te] stellen van de overheid (de lijst kan gedurende de duur van het contract jaarlijks aangepast worden). Deze lijst kan zaken omvatten als laadschoppen, reinigingsmachines, koelwagens, containers, verlichting, stroomgeneratoren, ...

Indien nodig kan de dienstverlener gevraagd worden om dit materieel en materiaal te gebruiken binnen een F.A.S.T.-interventie. Dit zowel op het eigen als op een ander perceel.

[...]

Deze lijst met beschikbaar materieel en materiaal maakt geen onderdeel uit van de gunningscriteria” (p. 97).

3.4.4. Ten slotte moet melding gemaakt worden van een bepaling die betrekking heeft op de inhoud van de in te dienen offerte (pp. 20-21). In die bepaling worden een aantal documenten opgesomd die bij het offerteformulier gevoegd moeten worden. In het kader van de voorliggende vordering zijn de volgende onderdelen van belang:

“[...] Verder dienen bij het offerteformulier de volgende documenten te worden gevoegd:

1) [...]

2) De documenten die vereist zijn voor de selectie (zie art. 66 e.v. Wet 2016 art. 59 e.v. KB Plaatsing);

3) De documenten die vereist zijn voor de gunning (zie art. 81 Wet 2016);

4) [...]

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’ [...] toont aan dat:

a. Oproepen altijd zullen beantwoord worden en accuraat behandeld worden.

b. Het personeel zodanig georganiseerd is dat de gestelde aanrijtijden altijd kunnen gehaald worden.

c. Het gepaste materieel (interventie-, signalisatievoertuigen) zodanig georganiseerd is om de gestelde aanrijtijden altijd te kunnen halen.

o Er voldoende materieel 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 [...];

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

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

8) [...]

9) De voorkeursvolgorde;

10) De eventuele overeenkomsten met onderaannemers.”

3.5. De offertes worden geopend op 24 september 2021. Voor perceel 3 blijken de verzoekende partij en de bv Depannage Lybaert een offerte te hebben ingediend.

3.6. Op 5 november 2021 worden de verzoekende partij en de bv Depannage Lybaert verzocht om aanvullende informatie.

Het verzoek gericht aan de bv Depannage Lybaert luidt als volgt:

“Gelieve alsnog de volgende documenten te bezorgen in kader van art. 68.

1. Eisen op gebied van personeel. Als hoofdaannemer moet je minstens beschikken over de helft van het aantal personeel, dat wil zeggen dat er minstens 50% VTE administratieve werkkraft moet opgegeven zijn, wat niet het geval is. Er is wel 100% VTE opgegeven bij een onderaannemer. Gelieve aan te tonen dat u gedurende het volledige kalenderjaar voorafgaandelijk aan de publicatie van dit bestek beschikt over minimum 50% VTE administratieve werkkraft.

2. Eisen op gebied van interventievoertuigen (sic) nr 5: 1DYC674, MTM = 31 ton. Gelieve aan te tonen via technische fiches van dit voertuig dat dit voertuig minimum 44 ton MTM sleep heeft.

3. Eisen op gebied van stelplaats. Als hoofdaannemer moet u minstens over een stelplaats klasse 3 beschikken, minimum 50% van de opgelegde capaciteit bezitten het kalenderjaar voorafgaand aan de publicatie van dit bestek. Er wordt ingeschreven met stelplaats van onderaannemer DSI en Demunster. Gelieve dit aan te tonen.”

Aan de verzoekende partij wordt gevraagd om aan te tonen dat vier interventievoertuigen, bijkomend uitgerust met hydraulische hijskraan, voldoen aan de technische eisen beschreven in deel 3 van het bestek.

Op 8, 16, 18 en 19 november 2021 bezorgt de bv Depannage Lybaert de gevraagde informatie. De verzoekende partij doet van haar kant hetzelfde met een schrijven van 10 november 2021.

3.7. Het gunningsverslag voor perceel 3 dateert van 18 januari 2022.

Beide inschrijvers worden voorlopig geselecteerd op grond van het door hen ingevuld uniform Europees aanbestedingsdocument. Beide offertes worden vervolgens regelmatig bevonden.

Ten aanzien van de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte, zijnde de bv Depannage Lybaert, wordt dan nagegaan of deze zich al dan niet in een geval van uitsluiting bevindt (verplicht of facultatief) en of hij voldoet aan de selectiecriteria.

Vastgesteld wordt dat de bv Depannage Lybaert zich niet in een geval van uitsluiting bevindt.

Voorts bevat het gunningsverslag de volgende motieven met betrekking tot haar technische en beroepsbekwaamheid:

“De inschrijver diende volgens art. 71 Wet Overheidsopdrachten en art. 68 KB Plaatsing zijn technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen door de voorlegging van:

1. Aantonen dat nodige personeel aanwezig is (art. 68) (bijlage 4.5)
[...]
2. Aantonen dat nodige materieel en materiaal aanwezig is (bijlage 4.6.)
[...]
3. Nota omtrent de organisatie van het perceel (bijlage 4.7.)
[...]
4. Aantonen dat de stelplaats voldoet (bijlage 4.8.)
[...]
5. Lijst met beschikbaar materieel en materiaal (bijlage 4.9)
[...]

Inschrijver:	Aantonen dat nodige personeel aanwezig is (art. 68): Bijlage 4.5.)	Aantonen dat nodige materieel en materiaal aanwezig is: (bijlage 4.6)	Nota omtrent de organisatie Van het perceel: (bijlage 4.7.)	Aantonen dat de stelplaats voldoet: (bijlage 4.8.)	Lijst met beschikbaar materieel en materiaal: (bijlage 4.9.)
Depannage Lybaert BVBA (3)	OK (1)	OK (2)	OK (3)	OK (4)	NOK (5)

(1) Als hoofdaannemer moet je minstens beschikken over de helft van het aantal personeel, dat wil zeggen dat er minstens 50% VTE administratieve werkkraft moet opgegeven zijn, wat niet het geval is. Er is 100% VTE opgegeven bij een onderaannemer.

Werd per schrijven d.d. 5/11/21 nogmaals opgevraagd. Met het verkregen antwoord is voldaan aan deze technische eis.

(2) Art. 68 de dienstverlener beschikt minimaal over 4 interventie voertuigen + 2

interventievoertuigen bijkomend uitgerust met hijskraan die gedurende het kalenderjaar voorafgaandelijk aan de publicatie van dit bestek ingezet werden binnen de onderneming.

Er worden 4 interventievoertuigen opgegeven waarvan:

- nr 5: 1DYC674 de MTM op 31 ton staat. De MTM sleep ontbreekt van dit voertuig.

Werd per schrijven d.d. 5/11/21 nogmaals opgevraagd. Met het verkregen antwoord voldoet het interventievoertuig nr 5.

(3) Bij contract/overeenkomst met onderaannemer Demunster wordt verwezen naar bestek WOV/INV/2021/10 ipv dit contract WWV/INV/2021/9 (p.10)

P. 56 opnieuw verwijzing naar contract in Oost-Vlaanderen.

(4) Als hoofdaannemer moet u minstens over een stelplaats klasse 3 beschikken, minimum 50% van de opgelegde capaciteit bezitten het kalenderjaar voorafgaand aan de publicatie van dit bestek.

Er wordt ingeschreven met stelplaats van onderaannemer[s] DSI en Demunster.

Werd per schrijven d.d. 5/11/21 nogmaals opgevraagd. Met het verkregen antwoord is voldaan aan deze technische eis.

(5) Lijst extra materiaal niet aanwezig, maar maakt ook geen deel uit van de gunningscriteria.”

Besloten wordt dat de bv Depannage Lybaert “voldoet aan art. 68 Technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid inzake organisatie van het perceel”.

3.8. “Gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling” gunt de administrateur-generaal van de Afdeling Wegen en Verkeer West-Vlaanderen de opdracht voor perceel 3 op 25 januari 2022 aan de bv Depannage Lybaert.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekend schrijven van 2 februari 2022 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

3.9. Met e-mailberichten van 8 en 14 februari 2022 vraagt de verzoekende partij om inzage in (delen van) de offerte van de gekozen inschrijver. Dat verzoek wordt door de verwerende partij verworpen op grond dat het gaat om een vertrouwelijk stuk.

Op 16 februari 2022 stelt de verzoekende partij tegen de weigeringsbeslissingen beroep in bij de beroepsinstantie openbaarheid van bestuur. Ter terechtzitting delen de partijen mee dat zij nog geen weet hebben van een beslissing over dat beroep.

IV. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

4. De verzoekende partij vraagt om haar offerte als vertrouwelijk te behandelen.

De verwerende partij vraagt om ook de offerte van de gekozen inschrijver, de vragen van 5 november 2021 om bijkomende informatie, en de antwoorden daarop van de inschrijvers als vertrouwelijk te behandelen.

5. Artikel 26 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: ‘wet rechtsbescherming’) bepaalt het volgende:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

Te dezen stelt de Raad van State vast dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd commerciële gegevens bevatten die effectief als vertrouwelijk beschouwd kunnen worden. Die stukken zijn afzonderlijk neergelegd, en de vertrouwelijkheid ervan is uitdrukkelijk aangegeven en vermeld in de inventaris.

Wat de afweging betreft van het recht van de verzoekende partij op een effectieve rechtsbescherming, haar recht van verweer en haar recht op een eerlijk proces tegen het recht van haar concurrente op bescherming van de door haar ter beschikking gestelde vertrouwelijke informatie, is de Raad van State van oordeel dat het lichten van de vertrouwelijkheid te dezen niet nodig is om aan de verzoekende partij de voornoemde rechten te waarborgen. De verzoekende partij heeft immers kennis van de motieven vervat in het gunningsverslag. Zoals zal blijken uit de bespreking van het enig middel, voegen de bijkomende inlichtingen die de verwerende partij gevraagd heeft aan de bv Depannage Lybaert en het antwoord daarop van deze inschrijver niets wezenlijks toe aan die motivering in het gunningsverslag. Ten slotte kan de Raad van State de vertrouwelijke stukken bij zijn beoordeling betrekken.

In de huidige stand van het geding worden de verzoeken tot vertrouwelijke behandeling van de als zodanig aangemerkte stukken dan ook ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

6. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, in zoverre deze strekt tot de schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij. Volgens de verwerende partij is de schorsing of nietigverklaring van een dergelijke beslissing slechts mogelijk als het absoluut zeker is dat de aanbestedende overheid geen andere keuze heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. Op dit ogenblik bestaat die zekerheid volgens haar echter niet.

7. Wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft, toont de verzoekende partij in de huidige stand van de procedure niet aan dat, in de veronderstelling dat het enig middel ernstig zou zijn, dit tot de uitzonderlijke vaststelling zou leiden dat de verwerende partij geen andere keuze meer heeft dan de opdracht aan haar te gunnen.

De verzoekende partij is immers slechts voorlopig geselecteerd op basis van het uniform Europees aanbestedingsformulier en de verwerende partij

heeft nog niet nagegaan of zij zich niet in een uitsluitingstoestand bevindt noch of zij voldoet aan de selectie-eisen inzake technische en beroepsbekwaamheid. In die omstandigheden kan voorshands niet worden aangenomen dat de impliciete weigeringsbeslissing vatbaar zou zijn voor een schorsing van de tenuitvoerlegging ervan.

In zoverre is de vordering tot schorsing dan ook onontvankelijk.

VI. Schorsingsvoorwaarden

8. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet rechtsbescherming, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij roept een enig middel in, afgeleid uit de schending van de artikelen 66, 78 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 73 en 76 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ van 18 april 2017 (hierna: koninklijk besluit plaatsing), van de formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 4 en 5 van de wet rechtsbescherming en in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van de materiële motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsplicht en het gelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, alsook van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*,

“Doordat de aanbestedende overheid de offerte van de geselecteerde inschrijver eerst als onregelmatig en vervolgens als regelmatig heeft beoordeeld, terwijl de motivering in de gunningsbeslissing niet toelaat om te

weten waarom die offerte eerst als onregelmatig aanzien werd, om dan naderhand plots toch als regelmatig te worden beschouwd, en doordat de opdracht is gegund aan een onregelmatige inschrijver, die niet voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria, waarbij ook de onderaannemer niet voldoet aan die kwalitatieve selectiecriteria, met als resultaat dat de aanbestedende overheid in strijd met het gunningscriterium van haar eigen bestek de opdracht niet heeft gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte (vastgesteld op basis van de prijs en dit rekening houdend met het hoogste kortingspercentage), en doordat de geselecteerde inschrijver essentiële elementen van zijn offerte heeft gewijzigd, met als resultaat de ongeoorloofde regularisatie van een substantieel onregelmatige offerte.”

10. De verzoekende partij licht in verband met het eerste onderdeel toe dat noch de inhoud van de vraagstellingen van het bestuur in de brief van 5 november 2021, noch het antwoord erop vanwege de bv Depannage Lybaert zijn opgenomen in de bestreden gunningsbeslissing, zodat de verzoekende partij niet weet op grond van welke redenen de offerte van de bv Depannage Lybaert alsnog regelmatig is bevonden.

In verband met het tweede onderdeel licht de verzoekende partij toe dat de bv Depannage Lybaert de opdracht voor 100% uitbesteedt aan onderaannemers. Zij meent te weten dat de bv Depannage Lybaert en haar onderaannemers niet voldoen aan de kwalitatieve selectievereisten inzake personeel en stelplaats. Met name voldoet de bv Depannage Lybaert niet aan het vereiste om zelf te beschikken over een administratieve werkkraft van minstens 50%. Voorts is de onderaannemingsovereenkomst tussen de bv Depannage Lybaert en één van haar onderaannemers, de nv Demunster, gebrekkig, omdat daarin wordt verwezen naar een verkeerd bestek. De bv Depannage Lybaert voldoet voorts niet aan het vereiste om zelf te beschikken over een stelplaats van klasse 3 en over minstens de helft van de opgelegde capaciteit. Bovendien is in de gunningsbeslissing voor perceel 2 geoordeeld dat de nv Demunster niet aan de selectievoorwaarden voldoet, waaruit volgt dat de bv Depannage Lybaert, die op die onderaannemer een beroep doet, zelf niet kan voldoen aan de selectiecriteria. Daarbij komt dat de nv Demunster eventuele middelen (materieel, personeel en dergelijke), die zij heeft aangewend voor de inschrijving voor perceel 2, niet ook kan aanwenden voor perceel 3.

De verzoekende partij vermoedt dat de bv Depannage Lybaert de concurrentie vervalst door in te schrijven op een perceel terwijl zij voor de betrokken opdracht zelf niet over voldoende materieel en personeel beschikt, om dan uiteindelijk de volledige opdracht uit te besteden aan onderaannemers. De bv Depannage Lybaert heeft immers al ingeschreven voor percelen voor takelingen F.A.S.T. in Oost-Vlaanderen, terwijl het materieel en het personeel die werden opgegeven voor Oost-Vlaanderen niet een tweede keer kunnen worden ingezet in West-Vlaanderen. Met haar depot in Eke (Oost-Vlaanderen) kan zij niet voldoen aan de verplichte aanrijtijden van 20 minuten in geval van een ongeval op een autosnelweg in West-Vlaanderen.

In verband met het derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de aanvullende informatie verstrekt door de bv Depannage Lybaert inzake personeel, de onderaannemingsovereenkomst met de nv Demunster en de stelplaats, niet-toegelaten wijzigingen inhoudt van essentiële elementen van haar offerte. Die wijzigingen hebben meer bepaald betrekking op de tewerkstellingsvoorwaarden en de beschikbaarheid van het personeel (administratieve werkkraft), de verwijzing in de onderaannemingsovereenkomst met de bv Demunster naar een bepaald bestek, en de beschikbaarheid van een stelplaats die aan de voorwaarden van het bestek voldoet.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

11. Alvorens nader in te gaan op de grieven aangevoerd in de drie onderdelen, stelt de Raad van State met de verwerende partij vast dat de inlichtingen en documenten die de verwerende partij op 5 november 2021 heeft opgevraagd, verband houden met de kwaliteiten van de inschrijver, meer bepaald met de technische en beroepsbekwaamheid van de bv Depannage Lybaert, en niet met de vereisten waaraan haar offerte moet voldoen om regelmatig te zijn.

Hieruit volgt dat het middel niet ontvankelijk is in zoverre het is afgeleid uit een schending van artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 en

artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing. Die bepalingen houden immers verband met het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes.

Derde onderdeel

12. Artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

“Onverminderd artikel 39, § 6, tweede lid, kan de aanbestedende overheid, wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.”

Op grond van die bepaling beschikt de aanbestedende overheid onder de daarin vermelde voorwaarden, waaronder de inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, over de mogelijkheid om een inschrijver te vragen de door hem ingediende inlichtingen en documenten aan te vullen of toe te lichten. Zo kan de overheid een inschrijver vragen, in het raam van de kwalitatieve selectie, om bijkomende inlichtingen of documenten te bezorgen, voor zover het bestek niet voorschrijft dat die inlichtingen of documenten op straffe van nietigheid in of bij de offerte zelf worden voorgelegd.

Te dezen heeft de verwerende partij van die mogelijkheid gebruik gemaakt wat de selectie-eisen inzake beschikbaar personeel, materieel en werkplaats betreft. Het derde onderdeel heeft meer bepaald betrekking op de vragen om bijkomende inlichtingen en documenten in verband met het beschikbare personeel en de beschikbare stelplaats.

Opgemerkt moet worden dat de onderaannemingsovereenkomst tussen de bv Depannage Lybaert en de nv Demunster niet het voorwerp uitmaakt van het schrijven van de verwerende partij van 5 november 2021 en ook niet van

het antwoord verstrekt door de bv Depannage Lybaert. In dit opzicht lijkt het onderdeel dus feitelijke grondslag te missen.

13. Blijkens het administratief dossier heeft de bv Depannage Lybaert bij haar offerte een ingevuld uniform Europees aanbestedingsdocument gevoegd, waarin zij verklaarde te voldoen aan de voorgeschreven selectiecriteria en desgevraagd de nodige bewijsstukken te zullen leveren.

In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat het bij de initiële offerte voegen van de documenten met het oog op de selectie van de inschrijvers niet op straffe van nietigheid lijkt te zijn opgelegd.

Zoals hiervoor al is opgemerkt (randnummer 11), zijn de eisen inzake personeel en stelplaats, waaromtrent de verwerende partij op 5 november 2021 bijkomende inlichtingen vroeg aan de bv Depannage Lybaert, eisen die te maken hebben met de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers. Het gaat met andere woorden om voorwaarden die door de aanbestedende overheid zijn opgelegd “opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren” (artikel 68, § 1, koninklijk besluit plaatsing).

In haar nota verklaart de verwerende partij dat de bv Depannage Lybaert in haar offerte de indruk gaf de in het bestek onder “artikel 68” vermelde vereisten inzake personeel en stelplaats te lezen als gunningscriteria, met als gevolg dat die inschrijver gegevens aanbracht die betrekking hadden respectievelijk op de personen die de opdracht effectief zouden uitvoeren en op de stelplaats die effectief gebruikt zou worden voor de uitvoering van de opdracht. De verwerende partij legt uit dat zij met het schrijven van 5 november 2021 aan de bv Depannage Lybaert de kans heeft geboden om dit onjuiste begrip van het bestek recht te zetten. Uit de formulering van de vragen naar informatie, geciteerd in de nota van de verwerende partij, blijkt inderdaad dat die vragen betrekking hebben op de capaciteit aan personeel en stelplaats in het kalenderjaar voorafgaand aan de publicatie van het bestek. Aldus wordt om bijkomende inlichtingen gevraagd in verband met de technische en beroepsbekwaamheid van de bv Depannage Lybaert,

niet om inlichtingen die verband houden met de uitvoering van de opdracht en de regelmatigheid van de offerte.

De gevraagde aanvullende inlichtingen, die betrekking hebben op het kalenderjaar voorafgaand aan de publicatie van het bestek, lijken voorts louter objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens te betreffen. Door dergelijke inlichtingen te vragen, lijkt de verwerende partij de gelijkheid onder de inschrijvers dan ook niet in het gedrang te hebben gebracht.

Het derde onderdeel is niet ernstig.

Eerste onderdeel

14. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij “de offerte” van de bv Depannage Lybaert eerst als “onregelmatig” en vervolgens, na ontvangst van de aanvullende inlichtingen, als “regelmatig” heeft beoordeeld, zonder nadere motivering.

De Raad van State begrijpt deze grief als betrekking hebbend op een beslissing inzake de technische en beroepsbekwaamheid van de bv Depannage Lybaert, niet als betrekking hebbend op een beslissing inzake de regelmatigheid van haar offerte (zie randnummer 11).

15. Opdat de bestreden beslissing zou beantwoorden aan de formele motiveringsplicht lijkt het te dezen voldoende dat in het gunningsverslag de redenen worden opgegeven waarom geoordeeld wordt dat de bv Depannage Lybaert voldoet aan de vereisten inzake technische en beroepsbekwaamheid.

In het gunningsverslag wordt aangegeven dat de bv Depannage Lybaert voldoet (“OK”) aan de vereisten inzake het aanwezige personeel, het aanwezige materieel en materiaal, de organisatie van het perceel en de stelplaats, en dat zij niet voldoet (“NOK”) aan het vereiste inzake de lijst met beschikbaar materieel en materiaal, maar dat de aanwezigheid van “extra materieel” geen deel uitmaakt van de “gunningscriteria”. De grief in het eerste onderdeel heeft meer

bepaald betrekking op de motivering inzake het personeel, de stelplaats en één van de interventievoertuigen (voertuig nr. 5).

Met betrekking tot die drie laatste elementen wordt in het gunningsverslag aangegeven dat informatie over bepaalde gegevens ontbrak in de offerte, dat de verwerende partij die informatie op 5 november 2021 heeft opgevraagd, en dat met het verkregen antwoord is voldaan aan de respectieve vereisten.

Die motivering lijkt te volstaan. Zij maakt immers duidelijk dat aanvankelijk werd getwijfeld of de bv Depannage Lybaert wel voldeed aan de betrokken vereisten inzake technische en beroepsbekwaamheid, en dat die twijfel door de bijkomende inlichtingen is weggenomen.

Anders dan de verzoekende partij aanvoert, lijkt de formelemotiveringsplicht niet te vereisen dat enige bijkomende motivering wordt gegeven, bijvoorbeeld een nadere uitleg over wat er precies in het antwoord van de bv Depannage Lybaert op de vraag om bijkomende inlichtingen staat. Dit geldt te dezen des te meer nu de verwerende partij dat antwoord als vertrouwelijk beschouwt en die kwalificatie in de huidige stand van het geding ook door de Raad van State aanvaard wordt (zie randnummer 5).

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

16. In het tweede onderdeel betwist de verzoekende partij dat de bv Depannage Lybaert en haar onderaannemer de nv Demunster voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria.

17. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de bv Depannage Lybaert niet voldoet aan de selectievereisten inzake beschikbaar personeel en stelplaats, volstaat het voorshands vast te stellen dat het tegendeel is gebleken uit de aanvullende inlichtingen aangereikt door de voornoemde inschrijver op vraag van de verwerende partij. Zoals uit de medegedeelde vertrouwelijke stukken blijkt,

hebben die inlichtingen wel degelijk betrekking op de capaciteit aan personeel en stelplaats waarover de bv Depannage Lybaert, zijnde de hoofdaannemer, zelf beschikte in het jaar voorafgaand aan het bestek.

18. In zoverre de verzoekende partij erop wijst dat in de onderaannemingsovereenkomst tussen de bv Depannage Lybaert en de nv Demunster wordt verwezen naar het bestek WOV/INV/2021/10 (voor een perceel in Oost-Vlaanderen) in plaats van naar het te dezen toepasselijke WOV/INV/2021/9, en zij daaruit afleidt dat de bv Depannage Lybaert mogelijks niet voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria, antwoordt de verwerende partij dat het duidelijk gaat om een materiële vergissing en dat uit het geheel van de overeenkomst blijkt dat deze wel degelijk is gesloten met het oog op het indienen van een offerte in het raam van de voorliggende overheidsopdracht.

De bedoelde overeenkomst wordt als vertrouwelijk behandeld. In haar nota wijst de verwerende partij evenwel op het opschrift ervan en op de vermelding daarin van het perceel 3 Zuid-Oost. Die verwijzingen blijken correct te zijn. Op grond van de twee genoemde gegevens acht de Raad van State de uitleg van de verwerende partij in de huidige stand van het geding aannemelijk. Die uitleg lijkt overigens te verklaren waarom in het gunningsverslag de verschrijving wel wordt vermeld, maar daaraan verder geen gevolg wordt verbonden.

In het kader van de beoordeling van de “organisatie van het perceel”, en gelet op de voornoemde overeenkomst gesloten tussen de bv Depannage Lybaert (als hoofdaannemer) en de nv Demunster (als onderaannemer), lijkt er dan ook geen beletsel te zijn voor de verwerende partij om rekening te houden met het personeel en het materieel waarover de nv Demunster beschikt.

19. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de nv Demunster niet voldoet aan de selectievoorwaarden, voert zij in feite twee onderscheiden grieven aan.

19.1. Zij voert in de eerste plaats aan dat in de gunningsbeslissing voor perceel 2 (deel Zuid-West) wordt vastgesteld dat de nv Demunster niet voldoet aan

de selectievoorwaarden voor dat perceel. Daaruit volgt volgens haar *ipso facto* dat de nv Demunster ook niet voldoet aan de selectievoorwaarden voor het te dezen toepasselijke perceel 3.

De nv Demunster, die had ingeschreven voor perceel 2, is door de verwerende partij inderdaad niet geselecteerd voor de betrokken opdracht. Uit het desbetreffende gunningsverslag blijkt dat de nv Demunster ter ondersteuning van haar technische bekwaamheid interventievoertuigen van de nv Depannage Lybaert had opgegeven. De verwerende partij was van oordeel dat zij geen rekening kon houden met die voertuigen omdat de nv Depannage Lybaert niet was voorgesteld als onderaannemer. Thans vermeldt de offerte van de bv Depannage Lybaert de nv Demunster echter wel uitdrukkelijk als een onderaannemer. In die omstandigheden lijkt de bv Depannage Lybaert zich wel degelijk te kunnen beroepen op de draagkracht van de nv Demunster om te voldoen aan de selectievoorwaarden.

Het feit dat de nv Demunster niet geselecteerd is voor perceel 2 lijkt dus op het eerste gezicht niet als zodanig te impliceren dat haar capaciteit en ervaring niet in aanmerking kunnen komen voor de beoordeling van de technische en beroepsbekwaamheid van de bv Depannage Lybaert voor perceel 3.

19.2. De verzoekende partij voert voorts aan dat de middelen die de nv Demunster heeft aangewend ten gevolge van de inschrijving voor het perceel 2 niet kunnen worden aangewend voor het perceel 3, zodat de bv Depannage Lybaert zich te dezen niet kan beroepen op de draagkracht van de nv Demunster.

In dit verband merkt de Raad van State vooreerst op dat het bestek zich niet ertegen lijkt te verzetten dat een onderneming inschrijft voor meer dan één perceel, ook al beschikt zij niet over de gecumuleerde technische capaciteit om alle percelen waarvoor zij een offerte indient, gegund te krijgen. Voorts moet vastgesteld worden dat perceel 2 niet aan de nv Demunster is toegewezen: zo er al sprake zou zijn van de mogelijkheid van een dubbele inzet van voertuigen volgens de betrokken offertes, lijkt die dubbele inzet in de praktijk niet mogelijk.

20. In zoverre de verzoekende partij opmerkt dat de hoofdaannemer volgens het bestek moet aantonen dat een eventuele onderaannemer voldoet aan bepaalde technische vereisten inzake personeel en materieel, en dat het voldoen aan de desbetreffende vereisten zal moeten blijken uit de “lijsten van beschikbaar materieel” en de “nota inzake organisatie [van het perceel]”, begrijpt de Raad van State deze argumentatie als bedoelend dat uit de twee voornoemde stukken niet blijkt dat de onderaannemers van de bv Depannage Lybaert aan de bedoelde vereisten voldoen.

De Raad van State stelt vast dat de verwerende partij deze documenten bij haar beoordeling heeft betrokken en op hun merites heeft beoordeeld. Zo krijgt de nota omtrent de organisatie van het perceel de beoordeling “OK”, en wordt ten aanzien van de lijst van beschikbaar “extra” materieel vastgesteld dat deze weliswaar niet wordt bijgebracht, maar dat hij ook geen deel uitmaakt van de “gunningscriteria”. In de huidige stand van het geding kan de Raad van State hieruit niet afleiden dat de verwerende partij niet op wettige wijze zou hebben geconcludeerd dat de bv Depannage Lybaert, in combinatie met haar onderaannemers, op deze punten voldoet aan de toepasselijke vereisten inzake technische en beroepsbekwaamheid.

21. Ten slotte toont de uiting door de verzoekende partij van “een sterk vermoeden dat Depannage Lybaert de concurrentie vervalst”, op het eerste gezicht de gebrekkigheid niet aan van de beoordeling dat de bv Depannage Lybaert aan alle vereisten inzake technische en beroepsbekwaamheid beantwoordt.

22. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

23. In zoverre de vordering tot schorsing ontvankelijk is, is geen van de onderdelen van het enig middel 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 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zestien maart tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens