

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER**

**A R R E S T**

**nr. 254.354 van 30 augustus 2022  
in de zaak A. 236.964/XII-9250**

In zake: de BV E+DRIVE  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Koen Geelen, Wouter Moonen en Thomas Christiaens  
kantoor houdend te 3500 Hasselt  
Gouverneur Roppesingel 131  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partijen:

1. de NV ELECTRABEL  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Jens Mosselmans, Stef Feyen en Mathijs Van Haver  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Terhulpsessesteenweg 120  
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV TOTALENERGIES MARKETING BELGIUM  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Frank Judo en Vincent Ost  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Keizerslaan 3  
bij wie woonplaats wordt gekozen

## *I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 4 augustus 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Vlaamse Regering, Departement Mobiliteit en Openbare Werken, ondertekend [...] op 21 juli 2022, waarbij werd besloten tot toewijzing van de concessie van openbare dienst met als voorwerp ‘het leveren, installeren, onderhouden en exploiteren van publiek toegankelijke normale Laadinfrastructuur voor Elektrische Voertuigen’ aan Electrabel NV (voor de percelen 1, 3 en 4) en aan TotalEnergies Marketing Belgium NV (voor de percelen 2 en 5)”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 18 augustus 2022 hebben de nv Electrabel en de nv TotalEnergies Marketing Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 augustus 2022.

Kamervoorzitter Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaten Jens Mosselmans, Mathijs Van Haver en Stef Feyen, die verschijnen voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Vincent Ost, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

### *III. Feiten*

3.1. De verwerende partij schrijft een concessie uit met als voorwerp “het leveren, installeren, onderhouden en exploiteren van publiek toegankelijke normale Laadinfrastructuur voor Elektrische Voertuigen in Vlaamse Steden en gemeenten”. De concessie is onderverdeeld in verschillende percelen.

De opdracht wordt geplaatst via de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie. Naast de oorspronkelijke aankondiging worden nog verschillende wijzigingsberichten gepubliceerd.

3.2. Het bestek omschrijft de opdracht als volgt:

“Vlaanderen heeft het doel om in 2025 35.000 Charge Point Equivalenten (CPE) gerealiseerd te hebben.

[...]

Het doel van 35.000 CPE tegen 2025 wordt gehaald door in te zetten op verschillende soorten laadinfrastructuur. Een deel daarvan wordt geplaatst op het openbare domein. Het departement MOW organiseert hiertoe plaatsingsprocedures voor normaalladen en voor inter- en intrastedelijk snelladen. Binnen deze concessie gaat het enkel over het normaalladen op het Openbaar Domein.

Deze laadinfrastructuur is primair bedoeld voor bewoners of bedrijven die geen eigen oprit, garage of parkeerplaats hebben. Secundair biedt deze laadinfrastructuur een oplossing voor bezoekers, pendelaars en voor deelwagens en taxi's (zie ook het BVR).

De snellaadinfrastructuur voor inter- en intrastedelijk snelladen op Openbaar domein, wordt via een aparte opdracht in de markt gezet en zit niet in de scope van onderhavige oproep.”

Verder bepaalt het bestek dat de opdracht per perceel wordt gegund aan de economisch meest voordelige offerte, met als gunningscriteria de prijs (40 punten) en de kwaliteit (60 punten).

Het gunningscriterium “prijs” is opgesplitst in een subcriterium “Laaddienstprij per kWh aan de e-rijder” dat meetelt voor 37 punten en een subcriterium “Vergoeding – Verplaatsen Laadpaal tijdens de Exploitatietermijn” dat meetelt voor 3 punten.

Wat het subcriterium “Laaddienstprij per kWh aan de e-rijder” betreft, legt het bestek een aangeboden maximale laaddienstprij op en bepaalt het bestek dat offertes die op dit subcriterium een nulscore behalen niet aan de minimale eisen van het bestek voldoen en als substantieel onregelmatig worden aangemerkt.

Het bestek bepaalt nog dat een nulscore zal worden toegekend wanneer een bepaalde maximale laadprijs per kWh wordt overschreden.

3.3. Bij de opening van de offertes op 10 juni 2022 blijkt dat vijf inschrijvers een offerte hebben ingediend, waaronder de nv Electrabel en de nv TotalEnergies Marketing Belgium.

De verzoekende partij heeft geen offerte ingediend maar heeft een mededeling aan de verwerende partij gestuurd waarin zij stelt dat het gunningscriterium “prijs” het indienen van een regelmatige offerte onmogelijk maakt. Meer bepaald geeft de verzoekende partij aan dat zij geen prijs kan aanbieden die beantwoordt aan de vooropgestelde maximumprijs per oplaadbeurt.

3.4. Op 23 juni 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld. Hierin wordt vastgesteld dat één inschrijver niet voldoet aan de kwalitatieve selectievoorwaarden. De offertes van de andere inschrijvers worden allen inhoudelijk beoordeeld. Deze beoordeling leidt tot de volgende rangschikking, per perceel:

**VVR 1: Limburg**

| Beschrijving                | Maximum aantal punten | Electrabel nv | Total Belgium | Ubitricity  |
|-----------------------------|-----------------------|---------------|---------------|-------------|
| <b>Totaalscore</b>          | <b>100</b>            | <b>71,5</b>   | <b>61</b>     | <b>56,5</b> |
| Gunningscriterium Prijs     | 40                    | 32            | 12            | 19,5        |
| Gunningscriterium Kwaliteit | 60                    | 39,5          | 49            | 37          |

**VVR 2: Leuven en Vlaams Brabant**

| Beschrijving                | Maximum aantal punten | Electrabel nv | Total Belgium | Ubitricity  |
|-----------------------------|-----------------------|---------------|---------------|-------------|
| <b>Totaalscore</b>          | <b>100</b>            | <b>70,5</b>   | <b>73</b>     | <b>56,5</b> |
| Gunningscriterium Prijs     | 40                    | 31            | 24            | 19,5        |
| Gunningscriterium Kwaliteit | 60                    | 39,5          | 49            | 37          |

**VVR 3: Antwerpen, Mechelen en Kempen**

| Beschrijving                | Maximum aantal punten | Electrabel nv | Total Belgium | Ubitricity  |
|-----------------------------|-----------------------|---------------|---------------|-------------|
| <b>Totaalscore</b>          | <b>100</b>            | <b>71,5</b>   | <b>61</b>     | <b>56,5</b> |
| Gunningscriterium Prijs     | 40                    | 32            | 12            | 19,5        |
| Gunningscriterium Kwaliteit | 60                    | 39,5          | 49            | 37          |

**VVR 4: Gent, Vlaamse Ardennen, Waasland en Aalst**

| Beschrijving                | Maximum aantal punten | Electrabel nv | Total Belgium | Ubitricity  |
|-----------------------------|-----------------------|---------------|---------------|-------------|
| <b>Totaalscore</b>          | <b>100</b>            | <b>70,5</b>   | <b>61</b>     | <b>56,5</b> |
| Gunningscriterium Prijs     | 40                    | 31            | 12            | 19,5        |
| Gunningscriterium Kwaliteit | 60                    | 39,5          | 49            | 37          |

**VVR 5: Oostende, Westhoek, Brugge, Midwest en Kortrijk**

| Beschrijving                | Maximum aantal punten | Electrabel nv | Total Belgium | Ubitricity  |
|-----------------------------|-----------------------|---------------|---------------|-------------|
| <b>Totaalscore</b>          | <b>100</b>            | <b>72,5</b>   | <b>73</b>     | <b>56,5</b> |
| Gunningscriterium Prijs     | 40                    | 33            | 24            | 19,5        |
| Gunningscriterium Kwaliteit | 60                    | 39,5          | 49            | 37          |

Het besluit van de beoordeling in het gunningsverslag luidt:

“Op basis van de in het bestek vermelde gunningscriteria blijkt dat Electrabel in perceel 1 (VVR Limburg), perceel 3 (VVR's Antwerpen, Mechelen en Kempen) en perceel 4 (VVR's Gent, Vlaamse Ardennen, Waasland en Aalst) de economisch voordeligste en regelmatige offerte heeft ingediend. Derhalve wordt voorgesteld de bovenvermelde concessie voor deze drie percelen toe te wijzen aan Electrabel.

Op basis van de in het bestek vermelde gunningscriteria blijkt dat Total Belgium in perceel 2 (VVR's Leuven en Vlaamse Rand) en perceel 5 (VVR's Oostende, Westhoek, Brugge, Midwest en Kortrijk) de economisch voordeligste en regelmatige offerte heeft ingediend. Derhalve wordt voorgesteld de bovenvermelde concessie voor deze twee percelen toe te wijzen aan Total Belgium.”

3.5. Op 21 juli 2022 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Electrabel voor de percelen 1, 3 en 4 en aan de nv TotalEnergies Marketing Belgium voor de percelen 2 en 5. Dit is de bestreden beslissing.

#### *IV. Tussenkost*

4. De nv Electrabel en de nv TotalEnergies Marketing Belgium blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moeten hun verzoeken tot tussenkost worden ingewilligd.

#### *V. Ontvankelijkheid van de vordering*

##### *Standpunt van de partijen*

5. De verwerende partij betwist in een exceptie van niet-ontvankelijkheid het belang van de verzoekende partij bij de vordering. Zij voert aan dat de verzoekende partij geen offerte heeft ingediend doch integendeel op 9 juni 2022 aan de verwerende partij heeft meegedeeld dat zij “jammer genoeg onmogelijk een offerte [kan] indienen die voldoet aan de eisen van de Oproep, zonder verlies te maken vanaf de aanvang van de concessie”. Voor zover de verzoekende partij zich voor het aantonen van haar belang beroept op de onwettigheid van het bestek, merkt de verwerende partij met verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State op dat de verzoekende partij in dat geval moet aantonen dat een gebrek in het bestek haar effectief belemmerde om in te schrijven of haar benadeelde ten aanzien van andere mogelijke inschrijvers. Volgens de verwerende partij is niet voldaan aan deze hypothese.

6. De tussenkomende partijen volgen de exceptie van de verwerende partij.

7. Anticiperend op de voornoemde exceptie, zet de verzoekende partij uiteen dat zij wel beschikt over het vereiste belang bij haar vordering. Zij was belanghebbende om de kwestieuze opdracht gegund te krijgen en zij wilde zich als

inschrijver voor de opdracht manifesteren maar zij achtte het onmogelijk om binnen de contouren van het bestek een offerte in te dienen. Ondergeschikt meent de verzoekende partij dat zij eveneens een belang zou hebben als potentiële inschrijver en als contractant onder de zogenaamde Smartvilleraamovereenkomst.

### *Beoordeling*

8. De artikelen 14 en 15 van de van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ voorzien dat de beslissingen van een aanbestedende instantie kunnen worden vernietigd of hun tenuitvoerlegging kan worden geschorst op verzoek van elke persoon die belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht of concessie te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld.

In beginsel heeft een verzoekende partij die niet zelf aan de gunningsprocedure heeft deelgenomen geen belang bij het beroep tegen een beslissing die met het oog op de gunning van deze opdracht wordt genomen, tenzij onder meer wanneer de gevolgde gunningswijze de verzoekende partij heeft belet een offerte in te dienen, wanneer een gebrek in de bekendmaking wordt aangevoerd of wanneer de verzoekende partij een beroep heeft ingesteld tegen de selectie- of besteksvoorwaarden die haar verhinderen om deel te nemen aan de opdracht.

Op het eerste gezicht heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn arrest van 28 november 2018 in de zaak C-328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità*, eveneens geoordeeld dat de deelname aan een aanbestedingsprocedure in beginsel, gelet op artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’, een voorwaarde kan vormen die vervuld moet zijn om aan te tonen dat de betrokken persoon belang heeft bij de gunning van de

betrokken opdracht of door de beweerde onrechtmatigheid van het besluit tot gunning van die opdracht, is of dreigt te worden geschaad.

9. Concreet heeft de verzoekende partij op 9 juni 2022 langs elektronische weg aan de verwerende partij meegedeeld dat zij “jammer genoeg onmogelijk een offerte [kan] indienen die voldoet aan de eisen van de Oproep, zonder verlies te maken vanaf de aanvang van de concessie”.

Uit die mededeling van 9 juni 2022 blijkt dat de verzoekende partij zelf ervan uitgaat dat zij beschikt over de gevraagde referenties en managementprofielen en dat zij een plan van aanpak heeft dat eveneens voldoet aan de gestelde eisen. De verzoekende partij stelt ervan overtuigd te zijn te voldoen aan de selectiecriteria en de technische specificaties van de opdracht. Zij vervolgt in die mededeling evenwel dat het gunningscriterium “prijs” het indienen van een regelmatige offerte onmogelijk maakt. De verzoekende partij stelt dat in artikel II.12 van de oproep maximumtarieven voor oplaadbeurten vastgesteld worden en expliciet wordt bepaald dat een offerte onregelmatig zal zijn indien de voorziene prijs voor een oplaadbeurt 0,42 EUR/kWh (exclusief btw) of meer bedraagt. Dergelijke uitgangspunten zouden de verzoekende partij niet toelaten om op een duurzame en structurele wijze en onder een normale, marktconforme vergoeding voor de installatie, investering, financiering en onderhoud in een uitbating van de laadinfrastructuur te voorzien. Dit gunningscriterium zou te streng zijn omschreven en niet evenredig zijn met het voorwerp van de opdracht. Hierdoor zou de verzoekende partij onmogelijk een offerte kunnen indienen die voldoet aan de eisen van de oproep, zonder verlies te maken vanaf de aanvang van de concessie.

10. Op het eerste gezicht koppelt de verzoekende partij de voorgehouden onmogelijkheid om een offerte in te dienen dus aan het in het bestek opgelegde maximumtarief waarboven een offerte als onregelmatig zal worden geweerd.

De verzoekende partij verwijst in haar mededeling van 9 juni 2022 uitdrukkelijk naar de voorziene maximumprijs per oplaadbeurt van

0,42 EUR/kWh, exclusief btw, doch zonder aan te geven welke prijs voor haar wel als aanvaardbaar voorkomt.

Verder blijkt uit het administratief dossier dat de verwerende partij op 20 mei 2022 een terechtwijzend bericht heeft gepubliceerd met een aanpassing van de maximale laaddienstprijzen en waarin als reden voor die aanpassing de stijging van de energieprijzen in de afgelopen maanden wordt aangegeven. Om aan de fluctuerende prijzen van elektriciteit tegemoet te komen wordt de tabel aangepast en wordt de toegestane maximumprijs per oplaadbeurt verhoogd naar 0,55 EUR/kWh, exclusief btw. Deze aanpassing volgt overigens op een eerdere aanpassing in een terechtwijzend bericht, gepubliceerd op 12 mei 2022, waarmee de toegestane maximumprijs per oplaadbeurt reeds werd verhoogd van de oorspronkelijk in het bestek bepaalde maximumprijs van 0,35 EUR/kWh tot 0,42 EUR/kWh, telkens exclusief btw. Ook voor die aanpassing werden de fluctuerende prijzen van elektriciteit opgegeven als verantwoording voor de wijziging.

Daarnaast blijkt uit het administratief dossier dat in de gepubliceerde vragen en antwoorden in antwoord op vraag 68 uitdrukkelijk wordt verwezen naar de maximumprijs per oplaadbeurt en dat de publicatie wordt aangekondigd van een terechtwijzend bericht waarin rekening zal worden gehouden met de stijgende elektriciteitsprijzen.

Tot slot blijkt uit het administratief dossier dat verschillende inschrijvers een offerte hebben ingediend die door de verwerende partij in overeenstemming wordt beschouwd met het prijs criterium.

11. In het licht van het voorgaande kan de verzoekende partij op het eerste gezicht niet worden bijgevalen wanneer zij stelt dat zij zich als inschrijver wilde manifesteren maar dat het onmogelijk was om binnen de contouren van het bestek een offerte in te dienen.

De verzoekende partij houdt immers geen rekening met het voornoemde (tweede) terechtwijzend bericht waarmee de in het bestek vermelde

maximumprijs nogmaals werd verhoogd om tegemoet te komen aan de fluctuerende elektriciteitsprijzen. Noch in haar mededeling van 9 juni 2022 noch in het inleidend verzoekschrift geeft de verzoekende partij concreet aan waarom ook de aldus verhoogde maximumprijs te laag zou zijn om een regelmatige offerte in te dienen. Zij maakt evenmin aannemelijk dat de bekendmaking van het terechtwijzend bericht op 20 mei 2022 het haar onmogelijk heeft gemaakt tijdig een offerte in te dienen.

Derhalve toont de verzoekende partij *prima facie* niet voldoende concreet aan waarom het bestek en de daaropvolgende terechtwijzende berichten het haar onmogelijk zouden hebben gemaakt een offerte in te dienen. In de huidige stand van het geding kan dan ook reeds met voldoende zekerheid worden aangenomen dat de verzoekende partij niet beschikt over het rechtens vereiste belang bij haar vordering.

12. Voor zover de verzoekende partij in ondergeschikte orde stelt dat zij belang bij haar vordering zou hebben als contractant onder de zogenaamde Smartvilleraamovereenkomst, laat zij op het eerste gezicht evenwel na om aan te tonen hoe dit haar concreet zou hebben verhinderd om te dezen een offerte in te dienen.

In de mate dat de verzoekende partij in de uiteenzetting van haar belang verwijst naar de uitholling van een bestaande overeenkomst tussen haarzelf en derden, dient te worden opgemerkt dat een onderzoek van die contractuele verhouding een probleem van rechtsmacht doet rijzen indien dergelijk onderzoek van de Raad van State wordt gevraagd.

13. De door de verwerende partij opgeworpen exceptie vertoont een dergelijke graad van ernst, dat ze reeds in de huidige stand van de procedure moet worden bijgevalen.

Uit wat voorafgaat volgt dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet ontvankelijk is.

## **BESLISSING**

**1. De verzoeken van de nv Electrabel en de nv TotalEnergies Marketing Belgium tot tussenkomst worden ingewilligd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vordering.**

**3. 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.**

**De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig augustus tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Carlo Adams, kamervoorzitter,  
bijgestaan door

Greta Scheveneels, griffier.

**De griffier**

**De voorzitter**

**Greta Scheveneels**

**Carlo Adams**