RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XII KAMER

A R R E S T

nr. 259.133 van 14 maart 2024
in de zaak A. 233.903/XII-9099

In zake : de BV DEPANNAGE LYBAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Maeyaert en Ellen Verschuere
kantoor houdend te 8200 Brugge
Torhoutse Steenweg 437
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de POLITIEZONE SCHELDE-LEIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Flora Wauters
kantoor houdend te 9770 Kruisem
Simaeyzestraat 4

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 juli 2021, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van de Politiezone Schelde-Leie van 1 juni 2021 […] waarbij perceel 1 van de overheidsopdracht getiteld 'Opdracht voor het takelen van voertuigen op de openbare weg op het grondgebied van de gemeenten De Pinte, Gavere, Nazareth en Sint-Martens-Latem' […] wordt gegund aan de bv Gar. Dep. [V. K.], alsook van de impliciete beslissing om deze opdracht niet aan de [bv Depannage Lybaert] te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 251.255 van 12 juli 2021 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 december 2023.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ellen Verschuere, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Flora Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘het takelen van voertuigen op de openbare weg op het grondgebied van de gemeenten De Pinte, Gavere, Nazareth en Sint-Martens-Latem’.

Er wordt gekozen voor een openbare procedure.

De opdracht is opgedeeld in drie percelen in functie van het gewicht van de te takelen voertuigen. De drie percelen zijn:
- Perceel 1: takelen van voertuigen ≤ 3,5 ton;
- Perceel 2: takelen van voertuigen >3,5 ton en ≤ 7,5 ton;
- Perceel 3: takelen van voertuigen > 7,5 ton.

Het voorliggende geschil heeft betrekking op de gunning van perceel 1.

3.2. In de administratieve bepalingen van het bestek worden twee gunningscriteria bepaald, namelijk 1) Prijs, onderverdeeld in 5 subcriteria – totaal gewicht 80 – en 2) Kwaliteit van de dienstverlening, niet onderverdeeld in subcriteria – gewicht 20.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 7 mei 2021. Twee inschrijvers, namelijk de verzoekende partij en de bv Gar. Dep. V. K., dienen een offerte in, elk voor de drie percelen.

3.4. In het verslag van nazicht van 1 juni 2021 wordt voorgesteld om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de bv Gar. Dep. V. K. en de percelen 2 en 3 aan de verzoekende partij.

3.5. Perceel 1 wordt bij beslissing van 1 juni 2021 gegund aan de bv Gar. Dep. V. K.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekende brief van 3 juni 2021 bezorgt de verwerende partij de bestreden beslissing aan de bv Gar. V. K., samen met een uittreksel uit het verslag van nazicht.

3.6. Percelen 2 en 3 worden bij beslissing van diezelfde datum gegund aan de verzoekende partij.

Met een aangetekende brief van 3 juni 2021 bezorgt de verwerende partij deze beslissing aan de verzoekende partij, samen met een uittreksel uit het verslag van nazicht.

3.7. Op vraag van de verzoekende partij wordt haar bij e-mailbericht van 16 juni 2021 het uittreksel uit het verslag van nazicht voor perceel 1 meegedeeld, zoals het ook werd meegedeeld aan de voor dit perceel gekozen inschrijver.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4.1. Wat de regelmatigheid van de rechtspleging betreft, merkt de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord en laatste memorie op dat de verwerende partij geen volledig administratief dossier heeft ingediend waardoor, wat het tweede middel betreft, cruciale informatie zou zijn onthouden aan haarzelf en de Raad van State. Zo zou de verwerende partij nagelaten hebben om een administratief dossier in te dienen met betrekking tot de vergadering van de politieraad van 25 februari 2021, waardoor niet kan worden nagegaan of deze op digitale wijze werd georganiseerd omwille van de coronapandemie en de continuïteit van de openbare dienst en op welke wijze deze vergadering alsdan plaatsvond, behalve het feit dat deze middels Teams werd gehouden.

4.2. De verwerende partij repliceert in haar laatste memorie dat de verzoekende partij voorbijgaat aan het gegeven dat zij enkel het administratief dossier betreffende het bestreden besluit van 1 juni 2021 diende neer te leggen en niet dat van de beslissing van de politieraad van 25 februari 2021.

4.3. Artikel 6, § 2, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bepaalt dat de verwerende partij, indien zij in het bezit is van het administratief dossier, over een termijn van zestig dagen beschikt om aan de griffie een memorie van antwoord en het volledige administratief dossier toe te zenden. Dit verplicht toe te zenden administratief dossier betreft het volledige dossier dat bestond op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen en dus alle stukken die tijdens de administratieve voorbereiding van de bestreden beslissing zijn bijeengebracht.

Te dezen was de verwerende partij ertoe gehouden om het volledige administratief dossier neer te leggen met betrekking tot de bestreden gunningsbeslissing van 1 juni 2021.

De verzoekende partij stelt dan ook ten onrechte dat het administratief dossier van de beslissing van de politieraad van 25 februari 2021 diende te worden neergelegd en laat in ieder geval na te preciseren welke stukken uit het administratief dossier van de bestreden gunningsbeslissing van 1 juni 2021 ontbreken.

Hierna zal voorts blijken dat het onderzoek van de door de verzoekende partij aangevoerde middelen kan gebeuren aan de hand van de stukken van het door de verwerende partij neergelegde administratief dossier. Er is dan ook geen aanleiding om alsnog een aanvulling van dat dossier te bevelen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel:

> “Doordat, het bestek bepaalt dat de inschrijvers een 7 dagen op 7- en 24-urendienst dienen te garanderen, hetgeen als een minimale en/of substantiële bestekbepaling dient te worden beschouwd;
> En doordat, de milieuvergunning van 23 augustus 2012 van de gekozen inschrijver […] niet toelaat om de door deze inschrijver voorgestelde stalplaats […] te exploiteren tussen 19.00 uur en 07.00 uur, noch op zon- en feestdagen, zodat deze inschrijver de verplichte 7 dagen op 7- en 24-urendienst niet kan garanderen en de offerte van deze inschrijver derhalve substantieel onregelmatig is en diende te worden geweerd;
> En doordat, de verzoekende partij wel een beroep kan doen op een vergunning die een exploitatie tussen 19.00 uur en 07.00 uur, alsook op zon- en feestdagen, toelaat zodat zij de verplichte 7 dagen op 7- en 24-urendienst wel kan garanderen;
> En doordat de offertes van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver derhalve onvergelijkbaar zijn, en dat de offerte van de gekozen inschrijver eens te meer substantieel onregelmatig is gezien zij een schending inhoudt van een milieuvoorschrift dat strafrechtelijk wordt gesanctioneerd;
> Terwijl een zorgvuldige aanbesteder in dergelijke omstandigheden dient te besluiten dat de offerte van een dergelijke, gekozen inschrijver substantieel onregelmatig is en nietig moet worden verklaard;
> Zodat de bestreden beslissing is genomen in strijd met artikel 76 van het KB Plaatsing 2017 en met het beginsel van de materiële motivering en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

De verzoekende partij licht toe dat het garanderen van een 24-urendienst een essentieel karakter heeft maar dat de sectorale milieuvoorwaarden die van toepassing zijn op inrichtingen bedoeld in rubriek 15 van de indelingslijst van de bijlage 1 bij het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 ‘houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne’ (hierna: Vlarem II), waaronder volgens haar het takelen van voertuigen valt, bepalen dat rustverstorende activiteiten verboden zijn op werkdagen tussen 19 uur en 7 uur en op zon- en feestdagen, tenzij anders vermeld in de omgevingsvergunning (artikel 5.15.0.6, § 1, Vlarem II).

Volgens de verzoekende partij kan niet aangenomen worden dat de omgevingsvergunning van de gekozen inschrijver dergelijke uitzondering op het voormelde artikel 5.15.0.6, § 1, Vlarem II bevat, aangezien de vergunningverlenende overheid door de gekozen inschrijver niet ingelicht werd over de 24/24-uuruitbating van een takeldienst.

Dit blijkt volgens de verzoekende partij in de eerste plaats uit de vergunningsaanvraag van de gekozen inschrijver waarin geen enkel verzoek tot afwijking van artikel 5.15.0.6, § 1, Vlarem II werd geformuleerd en voorts enkel aangegeven werd dat de garagewerkplaats open is tijdens de normale werkuren tussen 7 uur en 19 uur en dat er slechts ongeveer tien maal per jaar een wrak wordt afgehaald. Zij benadrukt daarbij dat de vergunningsaanvraag op grond van artikel 5, § 2, van het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 'houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning' (hierna: Vlarem I) nochtans alle gegevens moest bevatten die als verplicht zijn aangeduid in het model van aanvraagformulier dat als bijlage 4 bij Vlarem I was opgenomen, met alle toepasselijke bijlagen bij dit formulier. Bijgevolg had de uitbating van de garagewerkplaats met 24/24-uurtakeldiensten uitdrukkelijk in de aanvraag moeten worden opgenomen zodat de deputatie deze continue uitbating kon beoordelen.

De onmogelijkheid om een 24-urendienst te garanderen, blijkt volgens de verzoekende partij ook uit de omgevingsvergunning zelf van de gekozen inschrijver (milieuvergunning verleend door de deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen op 23 augustus 2012), die geen andersluidende bepaling in de zin van artikel 5.15.06, § 1, Vlarem II bevat. Het onderdeel van de vergunning waarin gesteld wordt dat de inrichting continu mag worden geëxploiteerd met uitzondering van brandstofleveringen die niet toegelaten zijn tussen 19 uur en 7 uur, moet volgens de verzoekende partij gelezen worden in samenhang met de andere motieven van de omgevingsvergunning, zodat deze toelating enkel betrekking heeft op het tankstation en geenszins op de uitbating van de werkplaats met 24/24- uurtakeldiensten.

In het licht van de bepalingen van de omgevingsvergunning, kan er volgens de verzoekende partij ook geen betwisting bestaan over het feit dat de activiteit van het takelen van voertuigen in elk geval als rustverstorend dient te

worden beschouwd. De verzoekende partij benadrukt dat de vergunningverlenende overheid aan de gekozen inschrijver uitdrukkelijk verbod heeft opgelegd om brandstoffen te laten leveren door tankwagens tussen 19 uur en 7 uur gezien de woningen gelegen nabij de exploitatie. Er valt volgens de verzoekende partij dan ook niet in te zien waarom het stationeren van takelwagens tussen 19 uur en 7 uur, wat meer geluid zou voortbrengen, wel toegelaten zou zijn.

Aangezien de gekozen inschrijver niet beschikt over de voor de verwezenlijking van de opdracht vereiste vergunning of afwijking, is er volgens de verzoekende partij sprake van een discriminerend voordeel, concurrentievervalsing en een onmogelijkheid om de offerte van de gekozen inschrijver met die van de verzoekende partij te vergelijken zodat de offerte van de gekozen inschrijver op grond van artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 als substantieel onregelmatig had moeten worden beschouwd. De verzoekende partij benadrukt dat haar situatie fundamenteel anders is, nu zij in het kader van haar offerte wat haar stalplaats gelegen te Nazareth betreft, een beroep doet op de draagkracht van een onderaannemer, de bv D., die wel een afwijking vroeg en verkreeg in de zin van artikel 5.15.0.6, § 1, Vlarem II.

De verzoekende partij verwijst daarbij ook naar rechtspraak van de Raad van State (arrest nr. 230.797 van 7 april 2015, nv G4S Cash Solutions) waarbij de Raad inzake een overheidsopdracht voor bewakingsdiensten oordeelde dat de aanbesteder niet mocht voorbijgaan aan het feit dat één van de inschrijvers niet in het bezit was van de vereiste vergunning. De conclusies uit dit arrest gelden volgens de verzoekende partij ook in de onderhavige zaak aangezien de bedoelde vergunning als essentieel moet worden beschouwd, de offertes niet vergelijkbaar zijn en ook hier de bedoelde vergunning niet puur als een uitvoeringseis kan worden begrepen. De verzoekende partij benadrukt daarbij dat de substantiële bestekeis die een 24-urendienst oplegt, door de verwerende partij werd opgenomen onder hoofdstuk III ‘Technische bepalingen’ van het bestek, en niet onder hoofdstuk II ‘Contactuele bepalingen’ die bij de uitvoering op de opdracht van toepassing zijn.

Het gebrek aan noodzakelijke vergunningen en afwijkingen, nodig voor het realiseren van de 24-urendienst leidt er volgens haar ook toe dat de verbintenis van de gekozen inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren, onbestaande, onvolledig of onzeker is.

Daarnaast vormt de niet-naleving van het milieurecht overeenkomstig artikel 76, § 1, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt, ook een substantiële onregelmatigheid.

Ten slotte schendt de verwerende partij volgens de verzoekende partij minstens het zorgvuldigheidsbeginsel, door een gebrek aan onderzoek omtrent de voor de verwezenlijking van de opdracht noodzakelijke vergunningen en door ondanks het niet voorliggen van deze vergunning, of de nodige afwijkingen ter zake, de opdracht toch aan de gekozen inschrijver te gunnen. In deze omstandigheden ligt volgens haar ook een schending voor van de materiële motiveringsplicht nu de beslissing niet op rechtsgeldige motieven in feite en in rechte steunt.

6. De verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord niet dat het vereiste dat de opdrachtnemer een 24-urendienst garandeert en dit 7 dagen op 7, een essentiële bestekbepaling betreft. Wel betwist zij uitvoerig het beweerde gebrek aan een toereikende omgevingsvergunning in hoofde van de gekozen inschrijver om de 24-urendienst in het kader van de opdracht te kunnen garanderen.

Voorts stelt de verwerende partij de vraag of de offerte van de verzoekende partij zelf niet substantieel onregelmatig is in de zin van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zij verwijst daarvoor naar de informatie en de foto's van haar kantoor met ontvangstruimte die de verzoekende partij bij haar offerte voegde. Deze foto's en toelichting zouden geen betrekking hebben op de site gelegen te Eke (Nazareth), maar wel op de site van de verzoekende partij gelegen te Gent (buiten het grondgebied van de politiezone Schelde-Leie), terwijl artikel III.3 van het bestek uitdrukkelijk oplegt dat getakelde voertuigen ≤ 3,5 ton enkel kunnen worden gestald op een gesloten parking binnen de politiezone.

7. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de bewering van de verwerende partij dat het woord “servicestation” in het omgevingsvergunningsdossier niet enkel het tankstation zou bedoelen, niet strookt met de uiteenzetting en de bewoordingen van het vergunningsdossier en de beslissing van de deputatie. Dit geldt volgens haar ook voor de bewering dat het woord “inrichting” betrekking zou hebben op alle activiteiten van de locatie. De verwerende partij blijft volgens haar ook het antwoord schuldig op de vraag uit welke elementen de deputatie kon afleiden dat de takeldiensten 24/24 uur actief zouden zijn, wanneer de aanvrager vermeldt dat de garagewerkplaats enkel van 7 tot 19 uur wordt uitgebaat. De omvang van de takelactiviteiten komt nergens aan bod en kan dus enkel verbonden worden aan de uitbating van de garagewerkplaats van 7 uur tot 19 uur.

Zij stelt voorts dat de bewering dat er nooit klachten van omwonenden geweest zijn over de uitbating door de gekozen inschrijver niet relevant is om te bepalen wat er al dan niet werd vergund en of een uitzondering werd toegestaan. De verwijzing naar facturen van en aan de verzoekende partij voor takeldiensten geleverd door de gekozen inschrijver is evenmin relevant nu er op de verzoekende partij geen onderzoeksplicht rustte omtrent de omgevingsvergunning van de gekozen inschrijver. Ook de verwijzing naar artikel 12, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ is niet relevant want die bepaling heeft betrekking op de uitvoering van de opdracht en niet op de gunning.

De vraag van de verwerende partij omtrent de regelmatigheid van haar offerte betreft volgens de verzoekende partij ten slotte slechts een hypothetisch geval waaraan geen geloof kan worden gehecht.

8. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat de vereiste omgevingsvergunning wel degelijk een voorwaarde voor de regelmatigheid van de offerte betreft.

Voorts valt volgens haar niet in te zien waarom takeldiensten geen onderdeel zouden vormen van de "garagewerkplaatsactiviteiten". Het niet in acht nemen van takeldiensten als onderdeel van de in rubriek 15 van de indelingslijst van de bijlage 1 bij Vlarem II omschreven inrichtingen en activiteiten leidt volgens haar tot een zeer artificiële constructie. Ook het onderscheid tussen het stallen van geaccidenteerde en niet-geaccidenteerde voertuigen is volgens haar niet pertinent. Bij de beoordeling van een omgevingsvergunningsaanvraag is de vergunningverlenende overheid volgens haar ertoe gehouden om, rekening houdend met alle concrete gegevens van de zaak en de erbij betrokken belangen, de hinder en de risico's voor de mens en het milieu te onderzoeken en, op grond van de precieze bevindingen van dat onderzoek, de passende eindconclusies te trekken.

9. De verwerende partij betwist van haar kant in haar laatste memorie nog uitvoerig de gegrondheid van het middel, telkens onder verwijzing naar het auditoraatsverslag.

Beoordeling

10. In zoverre de door de verwerende partij opgeworpen vraag of de verzoekende partij niet zelf zou zijn afgeweken van het bestek, beschouwd kan worden als een exceptie van gebrek aan belang bij het middel, dient zij te worden verworpen. Het blijkt immers niet dat deze vermeende onregelmatigheid in de bestreden beslissing door de verwerende partij is vastgesteld, laat staan ingeroepen om de betrokken offerte te weren.

11. Artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

> "§ 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.
> De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.
> Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde

voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.
De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :
1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;
2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;
3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.
§ 2. De offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengen, wordt niet nietig verklaard.
§ 3. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, verklaart de aanbestedende overheid de substantieel onregelmatige offerte nietig. Dit is ook het geval voor een offerte die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat wanneer de cumulatie of combinatie ervan de in paragraaf 1, derde lid, bedoelde gevolgen teweeg brengt.
[…].”

12. Het op de opdracht toepasselijk bestek vermeldt in de technische bepalingen onder titel III.3 ‘Interventietermijn en bergingen’:

“De opdrachtnemer garandeert een 24-urendienst om binnen een tijdsbestek van maximaal 30 (dertig) minuten (Perceel 1) en maximaal 45 (vijfenveertig) minuten (Percelen 2 en 3) ter plaatse te komen, de takel- en bergingswerkzaamheden aan te vatten en desgevallend het of de voertuigen weg te brengen volgens de richtlijnen van de politie en de wensen van de eigenaar.
De inschrijver kan zelf kortere interventietijden voorstellen. Bij gunning van de Opdracht gelden de kortere termijnen als verplichting.
[…]
De tijdslimieten zijn steeds geldig, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden (ad hoc te beoordelen).
[…]
De voertuigen getakeld als gevolg van fout parkeren, moeten ondergebracht worden binnen het domein van de opdrachtnemer.
Het stallen van voertuigen dient als volgt te gebeuren:
- Lichte voertuigen (tot MTM 3,5 ton) op een gesloten parking, gelegen binnen de politiezone, met een capaciteit van tenminste 10 voertuigen en een overdekte en gesloten ruimte van tenminste 4 voertuigen;
- Zware voertuigen op een afsluitbaar terrein.

[…]
Er moet worden voorzien in een toegang tot de opslagplaats van de getakelde voertuigen tussen 08h00 en 20h00, 7 dagen op 7, inclusief

wettelijke feestdagen. Tussen 20h00 en 07h00 wordt het voertuig uiterlijk binnen het uur na contactname terug gegeven."

De partijen zijn het erover eens dat de vereiste dat de opdrachtnemer een 24-urendienst garandeert en dit 7 dagen op 7, een essentiële bestekbepaling betreft waarvan de inschrijvers niet mochten afwijken op straffe van substantiële onregelmatigheid van hun offerte.

13. De verzoekende partij voert in essentie aan dat takeldiensten een onderdeel vormen van de "garagewerkplaatsactiviteiten", die vallen onder rubriek 15 'Garages, parkeerplaatsen en herstellingswerkplaatsen voor motorvoertuigen' van de indelingslijst vervat in bijlage 1 bij Vlarem II.

Hiervoor gelden de sectorale milieuvoorwaarden vermeld in hoofdstuk 5.15 'Garages, parkeerplaatsen en herstellingswerkplaatsen voor motorvoertuigen' van Vlarem II.

Op grond van artikel 5.15.0.6, § 1, Vlarem II zijn, onverminderd de bepalingen van hoofdstuk 4.5 die betrekking hebben op de beheersing van geluidshinder, rustverstorende werkzaamheden verboden op werkdagen tussen 19 uur en 7 uur en op zon- en feestdagen, tenzij anders vermeld in de omgevingsvergunning voor de exploitatie van de ingedeelde inrichting of activiteit.

De verzoekende partij betoogt dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard omdat deze niet zou beschikken over een omgevingsvergunning met een andersluidende bepaling in de zin van voormeld artikel 5.15.0.6, § 1, Vlarem II, hetgeen vereist zou zijn om de voormelde 24-urendienst te garanderen.

14. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan bestekbepalingen, zij het dat de Raad van State desgevraagd mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

Het bestek schrijft niet voor, als voorwaarde voor de regelmatigheid van de offerte, dat de inschrijvers bij het indienen van hun offerte over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke vergunningen en afwijkingen dienen te beschikken. Het verwijst enkel, in het kader van de technische bekwaamheid, naar "alle nodige vergunningen" in hoofde van een onderaannemer op wiens draagkracht een beroep zou worden gedaan, voor het beantwoorden aan de selectievoorwaarden.

Het middel doet bijgevolg de vraag rijzen of de verwerende partij bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes de omgevingsvergunning waarover de betrokken inschrijvers of hun onderaannemers beschikten, op dit vlak uitgebreider diende te toetsen dan zij heeft gedaan.

15. In dit verband toont de verzoekende partij vooreerst niet aan dat de verwerende partij uit het gegeven dat er in de omgevingsvergunning waarover de gekozen inschrijver beschikt geen sprake is van takeldiensten, had moeten afleiden dat de betrokken omgevingsvergunning niet volstond om de voormelde 24-urendienst te garanderen.

Vastgesteld dient immers te worden dat de indelingslijst van Vlarem II geen afzonderlijke rubriek "takeldiensten" blijkt te bevatten. Het is dan ook niet bevreemdend dat noch de omgevingsvergunning van de gekozen inschrijver, noch de omgevingsvergunning van de bv D., onderaannemer van de verzoekende partij, melding maakt van een afzonderlijk vergunde rubriek inzake het takelen van voertuigen. Dat er in het opschrift van de omgevingsvergunning van de onderaannemer van de verzoekende partij sprake is van een "takeldienst" en in het opschrift van de omgevingsvergunning van de gekozen inschrijver niet, doet geen afbreuk aan het voorgaande.

16. Voorts valt op te merken dat de omgevingsvergunning van 13 september 2018 waarover de bv D., onderaannemer van de verzoekende partij,

beschikt, binnen de voormelde rubriek 15 verwijst naar de subrubrieken 15.1.1° 'Stallen van max 25 autovoertuigen of aanhangwagens, die geen personenwagens zijn' en 15.6.2° 'Stallen van max. 400 geaccidenteerde voertuigen'.

Ook de omgevingsvergunning van de gekozen inschrijver van 23 augustus 2012 blijkt een toelating in te houden voor het stallen van voertuigen. Bij die inschrijver gaat het om de subrubrieken 15.1.1° 'Stallen van maximum 20 voertuigen' en 15.6.1° 'Stallen van maximum 25 geaccidenteerde voertuigen'.

Met de verwerende partij kan worden aangenomen dat de vergunning voor het stallen van voertuigen tevens de impliciete toelating voor het takelen van de betrokken voertuigen inhoudt.

17. Uit de omgevingsvergunning van de gekozen inschrijver blijkt voorts dat onder een artikel 3, § 3, 'Bijzondere milieuvoorwaarden', met betrekking tot de werktijden wordt vermeld dat de inrichting continu mag worden geëxploiteerd, in afwijking van de beperking van de exploitatie-uren in de sectorale voorwaarden. Evenwel zijn er geen brandstofleveringen (vullen van een ondergrondse houder) toegelaten tussen 19 uur en 7 uur.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt, blijkt er in de omgevingsvergunning van de gekozen inschrijver bijgevolg wel een uitzondering te zijn opgenomen met betrekking tot het verbod op rustverstorende activiteiten op werkdagen tussen 19 uur en 7 uur, zoals bedoeld in het door de verzoekende partij vermelde artikel 5.15.0.6, § 1, van Vlarem II.

In de voornoemde bepaling van de vergunning is er sprake van een "inrichting" die continu mag worden geëxploiteerd. In zoverre de verzoekende partij betoogt dat de toelating tot continue exploitatie beperkt zou zijn tot het tankstation, kan zij niet worden bijgevallen. De omgevingsvergunning bevat geen enkel element dat erop wijst dat deze toelating geen betrekking zou hebben op de vergunde rubrieken 15.1.1° en 15.6.1° en dus op het stallen van voertuigen.

18. De verzoekende partij voert nog aan dat de gekozen inschrijver in zijn omgevingsvergunningsaanvraag de deputatie onjuist zou hebben geïnformeerd over de uitbating van de garagewerkplaats.

Van de aanbestedende overheid kan in de gegeven omstandigheden niet worden verwacht dat zij in het kader van het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes de overeenstemming onderzoekt tussen de aan een inschrijver afgeleverde omgevingsvergunning en de informatie opgenomen in de omgevingsvergunningsaanvraag, en in het licht daarvan het toereikend karakter van de omgevingsvergunning van een inschrijver eventueel in vraag stelt.

Dit geldt te dezen des te meer nu ook een 'conformiteitsverklaring milieuwetgeving' bij de offerte van de gekozen inschrijver was gevoegd. Daarin werd door een extern milieucoördinator verklaard dat de gekozen inschrijver de inrichting exploiteert conform de vigerende milieuwetgeving.

De verzoekende partij gaat in haar argumentatie ook telkens eraan voorbij dat de verwerende partij niet optreedt als vergunningverlenende overheid, maar als aanbestedende overheid.

Daarnaast kan worden aangenomen dat de deputatie, wanneer zij een vergunning verleent voor het stallen van voertuigen onder rubriek 15.6.1° van Vlarem II, waarbij het gaat om geaccidenteerde voertuigen, zich ervan bewust is dat de bedoelde voertuigen met behulp van een takelvoertuig zullen worden aangevoerd en dat dit mogelijks ook buiten de normale werkuren gebeurt. Niettemin heeft de deputatie de aanvoer van geaccidenteerde voertuigen niet uitgesloten van de toelating tot continue exploitatie, zoals zij wel heeft gedaan met de levering van brandstoffen.

19. In het licht van al het voorgaande blijkt niet dat de verwerende partij in het kader van het regelmatigheidsonderzoek had moeten vaststellen dat

de gekozen inschrijver niet over een toereikende omgevingsvergunning zou beschikken om een 24-urendienst te kunnen leveren inzake het takelen van voertuigen. Evenmin blijkt dat de verwerende partij zou hebben gehandeld in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen door niet te besluiten tot substantiële onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver op grond dat deze niet zou kunnen voldoen aan een minimale bestekvereiste dan wel dat de gekozen inschrijver de opdracht slechts zou kunnen uitvoeren in strijd met de milieuvoorschriften.

20. Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 33 en 184 van de Grondwet, de artikelen 25/6, 26/1 en 27/2 van de wet van 7 december 1998 ‘tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus’ (hierna: WGP), de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel,

> “Doordat, de vergadering van de politieraad van 25 februari 2021 waarbij werd overgegaan tot goedkeuring van het bestek en de wijze van gunnen digitaal werd georganiseerd en de zitting slechts toegankelijk was na voorafgaand verzoek;
> Terwijl, de vergaderingen van de politieraad bij gebrek aan andersluidende reglementaire grondslag fysiek en openbaar moeten plaatsvinden;
> Zodat, de bestreden beslissing is gesteund op een beslissing die werd aangenomen door een onbevoegde overheid wegens de onregelmatige samenstelling en besluitvorming, deze laatste beslissing buiten toepassing moet worden gelaten op grond van artikel 159 van de Grondwet en de rechtsgeldigheid van de bestreden beslissing daardoor wordt aangetast.”

De verzoekende partij stelt dat de wettelijk voorgeschreven samenstelling en beraadslaging van administratieve organen de openbare orde raakt, en bijgevolg desnoods ambtshalve moet worden opgeworpen.

Zij betoogt dat uit de ingeroepen bepalingen van de WGP volgt dat de beraadslagingen van de politieraad fysiek en openbaar moeten plaatsvinden, aan welke vereisten de vergadering van de politieraad van 25 februari 2021, die digitaal werd gehouden en waarbij het bestek en de gunningswijze met betrekking tot de voorliggende overheidsopdracht werden goedgekeurd, niet zou beantwoorden. Deze onwettige beslissing, die op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten, leidt volgens de verzoekende partij eveneens tot de onwettigheid van de bestreden gunningsbeslissing van 1 juni 2021, aangezien het een complexe rechtshandeling betreft.

Volgens haar volgt uit de ingeroepen bepalingen van de WGP dat de beraadslagingen van de politieraad steeds fysiek moeten plaatsvinden, en bieden ze geen wettelijke grondslag om regels omtrent het houden van digitale vergaderingen vast te stellen. Wanneer de politieraad niet op rechtsgeldige wijze bijeenkomt, kan de raad evenmin op rechtsgeldige wijze beslissen. Wanneer de politieraad de vergaderingen digitaal organiseert, zoals het geval was voor de vergadering van 25 februari 2021, worden volgens de verzoekende partij de leden van de politieraad, in strijd met het in de WGP bepaalde aanwezigheidsquorum, als aanwezig beschouwd, en worden de beslissingen door de politieraad genomen in strijd met het in de WGP bepaalde beslissingsquorum.

De beslissing van de politieraad van 25 februari 2021 werd volgens de verzoekende partij bovendien ten onrechte niet genomen in een “openbare” vergadering. Zij doet gelden dat uit artikel 25/6 van de WGP blijkt dat de vergaderingen van de politieraad in principe openbaar zijn. De openbaarheid van de vergadering van de politieraad vereist dat elke persoon de (fysieke) vergadering op eender welk moment moet kunnen vervoegen of verlaten zonder dat hij of zij voordien enige handeling zou moeten verrichten. Om de vergadering van 25 februari 2021 (online) te kunnen volgen, moesten belangstellenden echter, in strijd hiermee, een link opvragen bij de verwerende partij.

22. De verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord uitvoerig de gegrondheid van het middel.

Zij werpt voorts een exceptie van gebrek aan belang op nu het normdoel van artikel 25/6 WGP in ieder geval werd bereikt. Eenieder die de vergadering wenste bij te wonen, heeft volgens haar de mogelijkheid gehad om dit te doen. Het valt volgens haar op geen enkele wijze in te zien hoe de verzoekende partij of derden een nadeel hebben geleden door de keuze voor een digitale vergadering. Zij wijst erop dat het middel het belang van de verzoekende partij geenszins dient aangezien de percelen 2 en 3 van de opdracht, die aan háár werden gegund, ook zijn aanbesteed op grond van het bestek goedgekeurd tijdens de vergadering van 25 februari 2021.

Voorts is het volgens de verwerende partij opvallend dat de verzoekende partij dit middel pas voor het eerst in het kader van het beroep tot nietigverklaring aanvoert, terwijl dit niet werd aangevoerd in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de verzoekende partij ook eerder op geen enkele wijze enige opmerking of enig voorbehoud heeft geformuleerd ten aanzien van de digitale vergadervorm en zij zich zonder meer heeft ingeschreven als kandidaat op basis van het bestek.

23. In haar memorie van wederantwoord brengt de verzoekende partij in herinnering dat de onbevoegdheid van de steller van de handeling een vernietigingsgrond is die de openbare orde raakt en die overeenkomstig artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State aanleiding geeft tot nietigverklaring, zelfs ongeacht het belang van de verzoekende partij bij het middel. Het volstaat dat een verzoekende partij belang heeft bij haar beroep zelf. De verwerende partij betwist volgens haar ook niet dat de regels over de wettelijk voorgeschreven samenstelling en beraadslaging van administratieve organen, in dit geval de politieraad, de openbare orde raken.

Wat de gegrondheid van het middel betreft, merkt zij op dat de verwerende partij zich niet kan beroepen op de op dat moment geldende coronamaatregelen nu de politieraad op grond van het ministerieel besluit van

28 oktober 2020 ‘houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’ fysieke vergaderingen mocht organiseren, als onderdeel van een dienst die noodzakelijk was voor de bescherming van de vitale belangen van de Natie en de behoeften van de bevolking.

De verwerende partij kan zich volgens de verzoekende partij evenmin beroepen op de continuïteit van de openbare dienst. Dit beginsel kan niet *contra legem* worden ingeroepen tegen een uitdrukkelijke bevoegdheidsregeling in, en dus ook niet in strijd met de wijze waarop beslissingen moeten worden genomen. Bovendien kan het continuïteitsbeginsel enkel in zeer uitzonderlijke gevallen worden ingeroepen, en enkel op geldige wijze wanneer er geen expliciete wettelijke regeling voorhanden is.

Voorts kan de verwerende partij zich, volgens de verzoekende partij, ook niet steunen op de richtlijnen van het voorjaar 2020 van de FOD Binnenlandse Zaken en de Vlaamse Vereniging van Steden en Gemeenten. Het is volgens haar niet duidelijk op welke richtlijnen de verwerende partij precies doelt. In elk geval strookt de werkwijze van de politieraad volgens de verzoekende partij om meerdere reden niet met de aanbeveling van de FOD Binnenlandse Zaken en de Vlaamse Vereniging van Steden en Gemeenten van 2 april 2020.

24. In haar laatste memorie betoogt de verzoekende partij dat in het auditoraatsverslag geen rekening werd gehouden met de door haar aangevoerde argumentatie inzake de onverenigbaarheid van de werkwijze van de politieraad met de voornoemde aanbeveling van de FOD Binnenlandse Zaken en de Vlaamse Vereniging van Steden en Gemeenten.

Zij doet tevens gelden dat, in de mate dat verwezen wordt naar het verschil met het decreet lokaal bestuur, pas met het decreet van 16 juli 2021 ‘tot wijziging van diverse decreten, wat betreft versterking van de lokale democratie’ de regel werd toegevoegd dat vergaderingen in beginsel fysiek plaatsvinden en in uitzonderlijke omstandigheden digitaal. Het standpunt dat geen uitdrukkelijke wettelijke regeling nodig zou zijn voor het houden van digitale

vergaderingen, gaat volgens de verzoekende partij voorbij zowel aan het gegeven dat het organiseren van dergelijke vergaderingen andere regels vereist als aan de verschillende wetgevende initiatieven die werden genomen om in een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te voorzien.

Ten slotte benadrukt zij dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen, enerzijds, de situatie waarbij de vergadering fysiek moet worden gehouden omdat dit uit de toepasselijke regelgeving blijkt, en, anderzijds, de mogelijkheid voor de burger om, als aanvullende modaliteit, deze vergadering ook vanop afstand te volgen.

25. In haar laatste memorie handhaaft de verwerende partij haar exceptie van gebrek aan belang bij dit middel en betwist zij nog uitvoerig de gegrondheid ervan.

Beoordeling

26. In het tweede middel wordt de onwettigheid van de bestreden gunningsbeslissing afgeleid uit de onwettigheid van de daaraan voorafgaande beslissing van de politieraad van 25 februari 2021, waarbij het bestek en de gunningswijze met betrekking tot de voorliggende overheidsopdracht werden goedgekeurd. De vergadering van die dag werd digitaal gehouden.

27. Ondanks de beweerde gebrekkigheid van de beslissing van de politieraad van 25 februari 2021, waarbij het bestek en de gunningswijze werden goedgekeurd, heeft de verzoekende partij een offerte ingediend en dus deelgenomen aan de procedure. Bovendien blijken de percelen 2 en 3 van de opdracht aan haar te zijn gegund, ook op grond van het bestek dat tijdens de betrokken vergadering werd goedgekeurd.

Door de beweerde schending is zij dan ook niet benadeeld en dreigt zij ook niet te worden benadeeld, voorwaarde om krachtens artikel 14 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', de gevraagde nietigverklaring te verkrijgen.

Zij toont niet aan een nadeel te hebben geleden dat in verband zou kunnen staan met de aangevoerde onwettigheid en dat zij niet zou hebben geleden indien de beweerde onregelmatigheid niet was gebeurd.

28. Anders dan de verzoekende partij het ziet, raakt de aangevoerde onregelmatigheid niet de openbare orde; hoogstens zou blijken dat de steller van de akte bij het aannemen van de voorafgaande beslissing van de politieraad van 25 februari 2021 niet alle voorgeschreven vormvereisten heeft gerespecteerd. Een zodanige onwettigheid raakt evenwel niet de openbare orde.

29. De exceptie is gegrond. Het middel is onontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op veertien maart tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	De voorzitter
Greta Scheveneels	Paul Lemmens