

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 261.117 van 21 oktober 2024
in de zaak A. 243.088/XIV-39.655**

In zake: de NV D.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de POLITIEZONE 5421 ASSENEDE-EVERGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9620 Zottegem
Gentse Steenweg 323
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 september 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:
- “- de beslissing van 10 september 2024 van het Politiecollege van de Politiezone Assenede-Evergem, houdende gunning van perceel 1, perceel 2 en perceel 3 van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten ‘Takelen van voertuigen op de openbare weg op het grondgebied van de gemeente Assenede en Evergem’, bestek b/2024/Politie01 aan [een derde],
 - de beslissing om de offerte van verzoekster voor perceel 2 en perceel 3 van de voormelde overheidsopdracht substantieel onregelmatig te verklaren.”

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 oktober 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Manik Peferoen, die *loco* advocaat Wim Rasschaert 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 politieraad van de Politiezone Assenede-Evergem keurt op 20 februari 2024 het bijzonder bestek en de plaatsingsprocedure goed voor een opdracht voor de aanneming van diensten met als voorwerp het takelen van voertuigen op de openbare weg op het grondgebied van de gemeenten Assenede en Evergem.

3.2. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 4 april 2024 uit de verzoekende partij twee kritieken op het bestek. Zij verzoekt de verwerende partij om het bestek aan te passen zowel wat het vereiste betreft om in het kader van de selectie een EMAS-certificaat voor te leggen als wat de onvoldoende opsplitsing van de posten inzake het toepasselijke tijdsvenster en de toepasselijke aard van de incidenten betreft.

Op 10 april 2024 beslist de verwerende partij om de lopende plaatsingsprocedure stop te zetten.

3.3. Vervolgens schrijft zij een nieuwe overheidsopdracht van diensten uit met als voorwerp het takelen van voertuigen op de openbare weg op het grondgebied van de gemeenten Assenede en Evergem.

Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.4. Uit de beschrijving van de opdracht in deel I ‘Administratieve bepalingen’ van het toepasselijke bijzonder bestek blijkt dat de opdracht is opgedeeld in drie percelen volgens de volgende categorieën te takelen voertuigen:

- Perceel 1 “Takelen van voertuigen $\leq 3,5$ ton, inclusief motorfietsen en bromfietsen”
- Perceel 2 “Takelen van voertuigen $> 3,5$ ton en $\leq 7,5$ ton”
- Perceel 3 “Takelen van voertuigen $> 7,5$ ton”

De administratieve bepalingen van het bestek bepalen voorts dat de opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen prijslijst.

In punt I.10 van het bestek worden de gunningscriteria, die per perceel worden toegepast, als volgt omschreven:

“

Nr.	beschrijving		gewicht
1	prijs		75 punten
	Subcriterium 1 Forfaitair tarief op weekdays tussen 08h00 en 20h00 (zijnde het tijdstip van de vordering door de politie) exclusief btw	max. 15 punten	
	Subcriterium 2 Forfaitair tarief op weekdays tussen 20h00 – 08h00 (zijnde het tijdstip van de vordering door de politie) exclusief btw	max. 15 punten	

	Subcriterium 3 Forfaitair tarief op weekenddagen en wettelijke feestdagen tussen 00h00 en 24h00 (zijnde het tijdstip van de vordering door de politie) exclusief btw W	max. 15 punten	
	Subcriterium 4 Forfaitair tarief voor nutteloze verplaatsingen (max. 75% van de respectieve tarieven) exclusief btw	max. 15 punten	
	Subcriterium 5: Forfaitair tarief voor stallingskosten per volledige dag (24h), exclusief btw	max. 15 punten	
	Beoordeling: Per subcriterium ontvangt de laagste regelmatige inschrijver het maximum van de punten. De andere inschrijvers ontvangen de punten volgens de formule: [punten subcriterium] x prijs van de goedkoopste offerte / prijs van de te beoordelen offerte De punten van de subcriteria worden samengeteld en geven de score op het gunningcriterium 'prijs'.		
2	Kwaliteit van de dienstverlening		25 punten
	De inschrijver [...] geeft aan op welke wijze de dienstverlening wordt georganiseerd, met minstens toelichting (aan de hand van een nota) over: • de interventietijden die kunnen worden gegarandeerd en de wijze waarop deze worden gegarandeerd • de wijze waarop wordt omgegaan met piekmomenten • de wijze waarop de chauffeurs en passagiers van getakelde voertuigen worden opgevangen • de capaciteit van de opslagplaats		
	Beoordeling: Er wordt een kwalitatieve totaalbeoordeling gedaan van de offertes voor dit criterium. Inschrijvers die geen gegevens aanleveren met betrekking tot dit gunningcriterium, krijgen een score '0'. Uitstekend: 25 punten Zeer goed: 20 punten Goed: 15 punten Matig: 10 punten Zwak: 5 punten Heel zwak: 0 punten		
Totaal			100 punten

De gunningscriteria worden vermeld in afnemende volgorde van belangrijkheid. De opdracht zal gegund worden aan de inschrijver welke volgens de evaluatie van al deze criteria de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.”

In deel II ‘Contractuele bepalingen’ van het bestek wordt onder meer bepaald dat de opdracht een duurtijd heeft van 48 maanden, dat op de opdracht geen prijsherziening van toepassing is en dat de kosten voortvloeiend uit het takelen en eventueel bewaren van een voertuig, alsook de kosten voortvloeiend uit een eventuele nutteloze verplaatsing, door de dienstverlener rechtstreeks gefactureerd dienen te worden aan de betrokken eigenaars/bestuurders.

In deel III ‘Technische bepalingen’ wordt de takelopdracht nader omschreven als volgt:

“III.2 Beschrijving van de takelopdracht

III.2.1 Algemeen

De opdracht omvat het takelen en stallen van het voertuig zoals bepaald in het technische gedeelte van dit opdrachtdocument.

Het actiegebied betreft het openbaar domein op het grondgebied van de gemeenten Evergem en Assenede

De opdracht van diensten omvat o.a.:

- Het takelen van foutief geparkeerde voertuigen;
- Het takelen en bergen (1) van defecte of stilstaande voertuigen die het verkeer belemmeren;
- Het takelen en bergen van achtergelaten voertuigen;
- Het verwijderen van voertuigen en alle voorwerpen ingevolge ongeval en het schoonmaken van de rijbaan en/of de pechstrook, alsmede het verwijderen van verloren voorwerpen die tot een incident kunnen leiden;
- Het leveren en opstellen van signalisatie.
- Deze opsomming is niet limitatief.

Onder takeldienst wordt verstaan: de rechtspersoon of de natuurlijke persoon, die belast is met het takelen en bewaren van getakelde voertuigen.

Onder takelen wordt verstaan: het wegslepen of verplaatsen van voertuigen van de openbare weg naar een bewaarplaats voor voertuigen

Onder voertuigen wordt verstaan: ALLE voertuigen tot 3,5 ton en van 3,5 tot 7,5 ton, meer dan 7,5 ton uitgerust met een motor, bestemd om op eigen kracht te rijden, alsmede de aanhangwagens. Zowel benzine-, diesel-, en hybride-uitvoering, alsook elektrisch aangedreven. Spoorwegvoertuigen behoren niet tot deze categorie.

Als de opdrachtnemer ter plaatse komt, volgt hij de instructies van de politie met betrekking tot de volgorde waarin de voertuigen moeten getakeld worden.

Vooraleer de takelopdracht uit te voeren, moet de opdrachtnemer het voertuig controleren op schade.

Als bewijs van de reeds aanwezige schade moet de opdrachtnemer ter plaatse zelf de nodige foto's nemen en bewaren.

De personen belast met de uitvoering van de dienstverlener moeten minimaal over de beroepsbekwaamheid beschikken van automechanici en berger.

Het takelpersoneel dient te beschikken over de nodige kennis en vaardigheden voor het uitvoeren van het takelen en bergen van alle soorten voertuigen (onder meer ook elektrische voertuigen, brom- en motorfietsen, ...) en dit rekening houdende met technologische evoluties binnen de autosector.

(1) Onder bergen wordt verstaan: een voertuig in zijn geheel kunnen opnemen en over een hindernis plaatsen zonder dat enige of extra schade wordt toegebracht

III.2.2 Types van takelingen

III.2.2.1 De administratieve takeling

Er is sprake van een administratieve takeling indien de Politiezone Assenede-Evergem of de gemeenten optreden in het kader van hun administratieve opdracht. Hier gaat het meestal om achtergelaten voertuigen, voertuigen die wegens de openbare orde dienen te worden weggetakeld (bv. voertuigen die reglementair geparkeerd staan doch voor een ontruiming dienen te worden weggetakeld) of voertuigen die dienen te worden getakeld bij het ingaan van een tijdelijk parkeerverbod.

Onder administratieve takeling wordt eveneens de takeling van een voertuig van een buitenlandse overtreder verstaan, die zich in de situatie van 'consignatie van het voertuig' bevindt, wegens een nog niet betaald bedrag van een onmiddellijke inning.

Het voertuig mag aan de eigenaar worden teruggegeven na toestemming van de politie.

Tenzij er gerechtelijke bezwaren zijn tegen de teruggave, is de takeldienst verplicht het voertuig terug te geven aan de eigenaar. Er mag geen retentierecht uitgeoefend worden.

III.2.2.2 Takeling geaccidenteerde voertuigen

Bij geaccidenteerde voertuigen heeft de bestuurder van het te takelen voertuig of zijn gemachtigde – indien één van hen nog ter plaatse aanwezig is – zelf beslissingsrecht welke takeldienst de takeling zal uitvoeren indien dit binnen een redelijke termijn kan gebeuren.

De redelijke termijn kan nooit langer dan 30 minuten bedragen indien de te takelen voertuigen enige hinder veroorzaken voor het doorgaande verkeer (tenzij er extreem zware voertuigen of bijzonder gevaarlijke ladingen betrokken zijn. In dit geval dient aangepast materiaal ter plaatse te komen en wordt een redelijke termijn van maximum 1u aanvaard).

De politie zal de betrokkene binnen de voormelde redelijke termijn steeds op de hoogte brengen van de mogelijkheid een beroep te doen op de opdrachtnemer.

De politie kan echter ten allen tijde beslissen om de takeling toch door de opdrachtnemer te laten uitvoeren in geval van hoogdringendheid (om vb. de veiligheid en vlotheden van het verkeer te waarborgen).

Bij afwezigheid van de bestuurder of zijn gemachtigde zal de politie de opdrachtnemer de takeling laten uitvoeren.

Het voertuig wordt overgebracht naar de bewaarplaats van de takeldienst.

III.2.2.3 De gerechtelijke takeling

De gerechtelijke takelingen zoals omschreven in de ministeriële omzendbrief nr. 62ter van 20 juli 2007 vallen buiten deze opdracht. De

opdrachtnemer dient wel te voldoen aan de voorwaarden van deze Omzendbrief en dit type takelingen in opdracht van de politiezone Assenede-Evergem uit te voeren.”

Onder punt III.3 ‘Interventietermijn en berging’ bepaalt het bestek nog het volgende:

“De opdrachtnemer garandeert een 24-urendienst om ten allen tijde 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.

Het maximale tijdstip om ter plaatse te komen geldt voor gelijk welke locatie binnen de grenzen van de politiezone (wat neerkomt op een locatie binnen de grenzen van de gemeenten Evergem en Assenede; inclusief deelgemeenten) en dit onafgezien van de vertrekplaats van de takelwagens (vertrekplaats al dan niet gelijk aan stalplaats).

De inschrijver kan zelf kortere interventietijden voorstellen. Bij gunning van de opdracht gelden de kortere termijnen als verplichting.

Het uur van VORDERING door de Politiezone, is bepalend om een bepaald tarief aan te rekenen (zie ook hoger, gunningcriteria).

De omschrijving van het voertuig op het inschrijvingsbewijs, bepaalt in welke categorie het voertuig valt.

De tijdslimieten zijn steeds geldig, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden (ad hoc te beoordelen). Weersomstandigheden en verkeerssituaties kunnen slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden aanvaard om de interventietijden niet te respecteren. Wanneer de interventietijden niet kunnen worden gerespecteerd, dan moet de opdrachtnemer onmiddellijk contact opnemen met de dispatching van de politie (CICOV voor de politiezone Assenede-Evergem), om zo mogelijk en nodig de takelvoertuigen onder begeleiding van de politie ter plaatse te voeren om files en andere hindernissen te overwinnen.

Bij onbeschikbaarheid van de opdrachtnemer zal onverwijld kennis worden gegeven aan de oproeper met opgave van reden en de te verwachten tijdsduur waarin de opdrachtnemer niet beschikbaar is. In dit geval heeft de oproeper het recht, in het belang van een goede dienstverlening aan de weggebruikers, tijdelijk een andere takeldienst in te schakelen, zolang de inschrijver niet in staat is zijn werkzaamheden ingevolge deze overeenkomst te verrichten.

Indien de opdrachtnemer eens ter plaatse vaststelt dat hij niet in staat is de takeling en berging op een veilige en gepaste manier uit te voeren, dient hij hiervan onmiddellijk melding te maken aan de politie. In dit geval kan geen vergoeding voor een nutteloze verplaatsing worden aangerekend.

De opdrachtnemer dient ieder voertuig waarvan hij zich meester maakt en waarvan de eigenaar niet gekend is, te stallen op de stelplaats van de gemeente waar het voertuig werd aangetroffen. De achtergelaten voertuigen

worden gestald op de aan te duiden locatie van de gemeente op wiens grondgebied het voertuig gevonden is.

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:

- Voertuigen tot 3,5 ton, motorfietsen en bromfietsen dienen te worden gestockeerd op het grondgebied van politiezone Assenede-Evergem.
- Voor voertuigen die buiten worden gestald, dienen deze voertuigen voor de inschrijver te worden gestockeerd in een overdekte en gesloten ruimte van tenminste 4 voertuigen.
- De getakelde voertuigen moeten worden beschermd tegen diefstal en/of eventuele bijkomende schade waardoor een omheind stalterrein verplicht is, bij voorkeur uitgerust met camerabewaking.
- Indien vereist voor verder sporenonderzoek naar aanleiding van een gerechtelijke inbeslagname moet een voertuig bijkomend op een overdekte en afgesloten stalplaats kunnen worden gestald.
- De stalplaats moet in orde zijn op het vlak van de vereiste vergunningen (milieu, stedenbouw, ...)
- Er moet worden voorzien in een toegang tot de opslagplaats van de getakelde voertuigen tussen 08.00 uur en 20.00 uur, 7 dagen op 7, inclusief wettelijke feestdagen, en dit voor burgers en politie.
- Tussen 20.00 uur en 07.00 uur wordt het voertuig uiterlijk binnen het uur na contactname (door burger of politie) teruggegeven. Zo ook wordt het nodige gedaan om uiterlijk binnen het uur de politie indien nodig toegang te verschaffen tot de gestalde voertuigen.

Het takelen en bergen van lekkende voertuigen dient dermate te gebeuren dat er geen schade wordt toegebracht aan het milieu.

Bij ten onrechte getakelde voertuigen of vergissingen van voertuig bij het takelen ligt de aansprakelijkheid volledig bij de opdrachtnemer.”

Wat betreft het tarief dat de inschrijver aan de betrokken eigenaars/bestuurders mag factureren wordt in de technische bepalingen van het bestek nog verduidelijkt:

“III.5 Tarief

III.5.1 Affichering

De opdrachtnemer verbindt er zich toe om volgens de tarieven van de gunningsbeslissing te werken behoudens andersluidende wettelijke tarieven van toepassing zijn (vb.: gerechtelijke takelingen, takelingen waarbij FAST-tarieven gelden, ...)

[...]

III.5.2 Nutteloze verplaatsing

Indien tussen de oproep van de politie en het ter plaatse komen van de takelwagen van de opdrachtnemer, een voertuig dat in opdracht van de politie diende te worden getakeld, door de eigenaar/bestuurder reeds

verplaatst werd, zodat de reden voor takeling niet meer bestaat, kan de opdrachtnemer de prijs voor een nutteloze verplaatsing aanrekenen.

De prijs van een nutteloze verplaatsing mag maximum 75% bedragen van de prijs van de takeling.

Er is sprake van takeling als het voertuig met minstens 1 wiel van de grond getild is.

Indien de opdrachtnemer werd opgeroepen voor takeling van meerdere voertuigen en deze voertuigen intussen werden verplaatst, kunnen slechts nutteloze verplaatsingen worden aangerekend in functie van het aantal uitgezonden takelwagens. Het bedrag moet evenredig worden verdeeld onder de desbetreffende eigenaars/bestuurders. Deze prijs mag echter niet aangerekend worden wanneer het ter plaatse komen gecombineerd is met het effectief uitvoeren van een takeling per uitgezonden takelwagen, ook al zijn er ondertussen voertuigen waarvoor de oproep verricht werd, verplaatst.

III.5.3 Forfaitair tarief

Onder het forfaitair bedrag per takeling en berging wordt begrepen:

- de rijtijd naar de plaats van tussenkomst;
- pechbestrijding ter plaatse, het optakelen en het afvoeren naar het opslagterrein van de inschrijver of de gemeente of naar de gewenste eindbestemming van de eigenaar of bestuurder (tot 15 km). Verdere afstanden en de stallingkosten zijn niet inbegrepen;
- de kosten voor het verlenen van medewerking bij de ophaling door de eigenaar van het voertuig;
- de verplaatsing van de interventievoertuigen van de stelplaats (of de vertrekplaats) naar de plaats van takeling en terug naar de stelplaats;
- het nemen van de nodige veiligheidsmaatregelen door het aanbrengen van een voorsignalisatie;
- bij niet-gekwetsten, de betrokkenen meenemen met het interventievoertuig of volgwagen en brengen naar de desgewenste locatie, binnen een straal van maximum 15 km, steeds en enkel na uitdrukkelijke vraag van de eigenaar of bestuurder van het voertuig;
- het uitvoeren van de volgende milieuwerkzaamheden (indien dergelijke vaste stoffen of vloeistoffen worden aangetroffen) om de incidentlocatie (bezem)schoon achter te laten:
 - vaste stoffen worden meegenomen naar de eigen vestiging en vanaf daar op verantwoorde wijze afgevoerd;
 - vloeistoffen (tot 5 liter binnen 1 m²) worden opgevangen of geabsorbeerd en in speciale zakken meegenomen naar de eigen vestiging en vanaf daar op verantwoorde wijze afgevoerd.”

De inventaris wordt gevoegd als bijlage B bij het bestek. Daarin worden per perceel telkens vijf posten opgenomen met vermelding van vermoedelijke hoeveelheden en waarvan de omschrijving overeenstemt met de omschrijving van de vijf subgunningscriteria van het eerste gunningscriterium ‘prijs’.

3.5. Op 9 augustus 2024 dient de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad van State gericht tegen het voormelde bestek. Deze zaak is gekend onder het rolnummer G/A.242.708/XIV-39.624.

3.6. Op 16 juli 2024 worden de offertes geopend. Er zijn slechts twee inschrijvers. De verzoekende partij dient enkel een offerte in voor de percelen 2 en 3, de andere inschrijver voor de drie percelen.

3.7. In het verslag van nazicht van de offertes van 3 september 2024 wordt de offerte van de verzoekende partij voor de percelen 2 en 3 “substantieel onregelmatig” bevonden omwille van een gebrek aan voorlegging van een voldoende recent uittreksel uit het strafregister en overzicht van het wagenpark. Na toetsing per perceel van de regelmatig bevonden offerte van de andere inschrijver aan de gunningscriteria, wordt vervolgens voorgesteld om de drie percelen van de opdracht te gunnen aan deze andere inschrijver.

3.8. Op 10 september 2024 beslist het politiecollege van de Politiezone Assenede-Evergem om het verslag van nazicht goed te keuren en de drie percelen van de opdracht te gunnen aan deze andere inschrijver.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 11 september 2024 wordt deze beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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 van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de wet van 17 juni 2013), 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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991), van de artikelen 4 en 5 § 1, 9, 53, 81, 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 2, 4°, en 8°, 36 en 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017), de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden,

“Doordat de bestreden beslissingen gesteund zijn op een bestek met inventaris waarbij de inventaris slechts vijf posten vermeldt die enkel gedifferentieerd zijn in functie van niet-relevante tijdsvensters en het bestek in de technische bepalingen uitdrukkelijk oplegt dat per takeling een forfaitair bedrag moet worden aangeboden,
Terwijl de uitvoering van een takeling zeer divers kan zijn, afhankelijk van de massa van het voertuig, de reden van takeling (defect, fout parkeren, ongeval), de ernst van het defect (lekke band, brand, verlies van lading), de

verontreiniging van het wegdek, het materiaal en materieel dat vereist is en het aantal personen dat moet worden ingezet;

Terwijl de variatie in het soort takeling, de omvang van de takeling en het tijdsvenster waarbinnen de takeling moet worden uitgevoerd, een concrete en relevante impact heeft op de prijszetting;

Terwijl, de super eenvoudige opsplitsing van de inventaris in vijf posten niet toelaat om een realistische prijsbegroting te maken die overeenstemt met de werkelijke kostprijs van elke mogelijke hypothese van takeling; dat de inschrijver gevraagd wordt om een speculatief bedrag te bepalen, zonder zeker te zijn dat dit bedrag elke soort takeling dekt aangezien de kostprijs enorm kan variëren in functie van het type voertuig, de reden van takeling, het in te zetten personeel, materiaal en materieel en het tijdsvenster waarbinnen de takeling moet worden uitgevoerd;

Terwijl zonder nadere opsplitsing van de inventaris in meerdere posten met technische specificaties die concreet nauwkeurig en relevant omschreven zijn en die rekening houden met de diverse elementen van eenvoud en complexiteit die zich kunnen voordoen, het onzorgvuldig is om de opdracht te gunnen op basis van deze vijf posten, wat in het nadeel is van de dienstverlener die moet speculeren en geen zekerheid heeft over een voldoende dekkende prijs en in het nadeel is van de consument die niet op een transparante wijze een aanrekening zal krijgen van de takelkost; dat hierdoor de mededinging wordt vervalst en de gelijkheid onder de inschrijvers wordt aangetast;

Terwijl de voorliggende opdracht, naar voorwerp, vergelijkbaar is met de takelingen die worden behandeld in het kader van een FAST-opdracht van AWW, en AWW een veel gedetailleerder bestek en inventaris hanteert, die toelaten om op precieze wijze een correcte prijs te bepalen voor elke soort takeling in functie van elke post die moet worden ingezet om de takeling te volbrengen; dat het dus wel mogelijk is om op een zorgvuldige manier een bestek en inventaris op te stellen die toelaat een eerlijke mededinging te organiseren en een correcte prijszetting te garanderen;

Terwijl, de bestreden beslissing geen formele en geen materiële motivering bevat waarom er geen dergelijk gedetailleerd bestek en inventaris kan worden opgesteld;

Zodat het bestek en de bestreden beslissingen de verplichting tot een gelijke behandeling van de inschrijvers schenden en dit leidt tot onbeperkte keuzevrijheid in hoofde van de aanbesteder; dat het daarenboven onzorgvuldig is van de aanbesteder om het bestek en de inventaris niet aan te passen aan de diverse kostenposten die bepalend zijn voor de uitvoering van elk type takeling, en daardoor de voormelde wettelijke en reglementaire bepalingen worden geschonden.”

7. In de toelichting bij haar middel zet de verzoekende partij uiteen dat aangezien de opdracht tegen prijslijst wordt gegund, de verwerende partij de verplichting heeft om zelf en op zorgvuldige wijze de leveringen en diensten van de opdracht over verschillende posten te fractioneren en voor iedere post de

hoeveelheid of de wijze van prijszetting te vermelden. Zij betoogt dat de posten van de inventaris van het toepasselijke bestek onvoldoende werden opgesplitst in functie van de verschillende types van takelingen en de verschillende tijdsvensters waarbinnen de takelingen dienen te gebeuren. De eenheidsprijs wordt volgens haar enkel bepaald door de massa van het voertuig en een niet-relevant tijdsvenster. Zij verwijst in dat verband ook naar het F.A.S.T.-bestek van het agentschap Wegen en Verkeer, dat enerzijds een meer gedetailleerde opdeling zou maken aan de hand van de soorten takelingen en anderzijds een meer relevante opdeling zou maken in tijdszones die overeenstemmen met het arbeidsrecht en de betaalverplichtingen van de werkgever. Ten aanzien van post 4 merkt zij op dat ook hier meer detail noodzakelijk is tussen de gekende en ongekende hinderverwekker, welk onderscheid het voornoemde F.A.S.T.-bestek, anders dan het voorliggende bestek, ook zou maken.

Zij doet voorts gelden dat de randvoorwaarden van de opdracht het voor de inschrijver onmogelijk maken om een realistische inschatting te maken van de overeenkomstig de inventaris op te geven eenheidsprijzen. Zij wijst daarbij in het bijzonder op het feit dat de technische voorschriften van het bestek uitdrukkelijk bepalen dat per takeling een forfaitair bedrag moet worden aangeboden, dat de opdracht een looptijd heeft van vier jaar waarbij geen prijsherziening mogelijk is, dat er geen garantie is wat de vermelde vermoedelijke hoeveelheden betreft en dat de opdracht evenmin een exclusiviteitsverbintenis inhoudt.

De verzoekende partij betoogt verder dat ook de technische specificaties van de posten 1 tot en met 3 van elk perceel niet beantwoorden aan de vereiste nauwkeurigheid die nodig is om een correcte en normale eenheidsprijs te bepalen voor elke handeling/prestatie die vereist kan zijn in het kader van de takelingen die onder het voorwerp van de opdracht vallen. In combinatie met het gunningscriterium prijs leidt dit er volgens haar toe dat de inschrijver moet speculeren welke eenheidsprijs hij voor elk van de vijf posten zal bepalen. Dit leidt er volgens de verzoekende partij toe dat de offertes onvergelijkbaar worden omdat iedere inschrijver een andere invulling geeft aan elk van de vijf posten en dat enkel onrealistische prijzen kunnen worden geboden, zodat alleen maar substantieel onregelmatige offertes kunnen worden ingediend.

Zonder een nadere opsplitsing van de inventaris in meerdere posten die concreet en gedetailleerd omschreven zijn en die rekening houden met de diverse elementen van eenvoud en complexiteit die zich kunnen voordoen bij een takeling, is het volgens de verzoekende partij onzorgvuldig om de opdracht te gunnen op basis van slechts vijf posten. Hierdoor beschikt de aanbestedende overheid over een onbeperkte keuzevrijheid, wordt de mededinging vervalst en de gelijkheid onder de inschrijvers aangetast aangezien de inschrijvers geen realistische inschatting kunnen maken van het aantal takelingen en de concrete kenmerken ervan.

Het gebrek aan detail is volgens de verzoekende partij in het nadeel van zowel de dienstverlener die moet speculeren over zijn eenheidsprijs en geen zekerheid heeft over een voldoende dekkende prijs, als in het nadeel van de consument, die niet op een transparante wijze een aanrekening zal krijgen van de takelkost.

Hoewel de verzoekende partij de verwerende partij heeft uitgenodigd om het bestek en de inventaris aan te passen, is de verwerende partij daar niet op ingegaan en blijkt niet op welke formele en materiële motivering zij steunt om het bestek niet in de gevraagde zin aan te passen.

Beoordeling

8. In haar enig middel doet de verzoekende partij in de eerste plaats gelden dat, aangezien de opdracht tegen prijslijst wordt gegund, de verwerende partij de verplichting had om op zorgvuldige wijze de leveringen en diensten die het voorwerp van de opdracht uitmaken over de verschillende posten te verdelen en voor iedere post de hoeveelheid of de wijze van prijszetting te vermelden. Daarbij zou de verwerende partij hebben nagelaten om de inventaris van het toepasselijke bestek voldoende op te splitsen in functie van de verschillende types van takelingen en de verschillende tijdsvensters waarbinnen de takelingen dienen te gebeuren.

9. Op grond van artikel 9 van de wet van 17 juni 2016 worden overheidsopdrachten in beginsel geplaatst op forfaitaire basis.

Het forfaitair karakter van de prijzen kan zowel betrekking hebben op de globale prijs als op de eenheidsprijzen, zoals het geval is bij een opdracht tegen prijslijst zoals de voorliggende opdracht.

Luidens artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 wordt de prijs van de opdracht bepaald volgens één van de prijsvaststellingen vermeld in artikel 2, 3° tot 6°, van hetzelfde besluit en wordt, in de gevallen waarin artikel 9, tweede lid, van de voormelde wet de plaatsing van de opdracht zonder forfaitaire prijsvaststelling toestaat, de opdracht gegund hetzij tegen terugbetaling, hetzij deels tegen terugbetaling, deels tegen forfaitaire prijs.

Artikel 2, 4° van het koninklijk besluit van 18 april 2017 omschrijft de opdracht tegen prijslijst als “de opdracht waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, worden vermoed of worden uitgedrukt binnen een vork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden.”

Artikel 2, 8°, van hetzelfde koninklijk besluit omschrijft de inventaris als “het opdrachtdocument waarin de prestaties van een opdracht voor leveringen of diensten over verschillende posten worden gefractioneerd en waarbij voor iedere post de hoeveelheid of de wijze van prijsvaststelling wordt vermeld.”

10. Te dezen heeft de verwerende partij als prijsvaststelling gekozen voor een opdracht tegen prijslijst, uitgaande van forfaitaire eenheidsprijzen en vermoedelijke hoeveelheden.

Het behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de verwerende partij om als prijsvaststelling te kiezen voor een opdracht tegen prijslijst. Evenzo beschikt de aanbestedende overheid over een beoordelingsbevoegdheid bij het opstellen van de inventaris en het bepalen van de verschillende posten ervan.

De keuze voor een opdracht tegen prijslijst en het feit dat in een inventaris de prestaties van de opdracht over verschillende posten worden verdeeld, lijkt op het eerste gezicht geen verplichting voor de aanbestedende overheid in te houden om voor elk van de mogelijke deelprestaties binnen een opdracht in aparte posten te voorzien in de inventaris.

In de huidige stand van het geding blijkt evenmin dat de op een aanbestedende overheid rustende zorgvuldigheidsplicht de keuzevrijheid van de verwerende partij te dezen zou ombuigen tot een verplichting om de inventaris van het toepasselijke bestek meer op te splitsen in functie van de verschillende types van takelingen en de verschillende tijdsvensters dan zij heeft gedaan.

Zo blijkt de opdracht te zijn opgedeeld in drie percelen volgens drie categorieën te takelen voertuigen: Perceel 1 “Takelen van voertuigen $\leq 3,5$ ton, inclusief motorfietsen en bromfietsen”; Perceel 2 “Takelen van voertuigen $> 3,5$ ton en $\leq 7,5$ ton” en Perceel 3 “Takelen van voertuigen $> 7,5$ ton”. Daarbij werd op het eerste gezicht reeds rekening gehouden met zowel de aard als de massa van het te takelen voertuig. Zoals de verwerende partij opmerkt, wordt in de inventaris voor de drie percelen voorts telkens een onderscheid gemaakt tussen dag en nacht, tussen week en weekend en wordt er ook in een afzonderlijke post voorzien voor nutteloze ritten en stallingskosten.

In zoverre de verzoekende partij betoogt dat de eenheidsprijs enkel wordt bepaald door de massa van het voertuig en een niet-relevant tijdsvenster wordt zij op het eerste gezicht dan ook niet bijgevalen.

Met de verwerende partij wordt ook vastgesteld dat de door haar gehanteerde opsplitsing van de inventaris op het eerste gezicht niet ongebruikelijk is in de sector.

11. Dat het mogelijk is om in de inventaris in een meer gedetailleerde opdeling te voorzien en andere tijdsvensters te hanteren die de verzoekende partij meer wenselijk acht zoals in het F.A.S.T.-bestek van het agentschap Wegen en Verkeer waarnaar zij verwijst, toont op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij, als politiezone, bij de aanneme van het bestek

heeft gehandeld in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen. Overigens laat de verzoekende partij in haar verzoekschrift op het eerste gezicht in het midden waar de grens van een voldoende gedetailleerde inventaris in het voorliggende geval dan wel zou moeten worden gesitueerd.

In elk geval lijkt de context van de takeldiensten die het voorwerp uitmaken van het F.A.S.T.-bestek (Files Aanpakken door Snelle Tussenkost - Incidentafhandeling op de autosnelwegen), dat een tachtigtal posten blijkt te bevatten, niet zonder meer vergelijkbaar met de context van de takeldiensten die moeten worden uitgevoerd op het grondgebied van de betrokken politiezone, zowel naar de snelheid waarmee de takelingen dienen te gebeuren als de vereiste signalisatie en dergelijke meer. Dit lijkt zijn invloed te kunnen hebben op de mogelijke variatie aan prestaties en het in te zetten personeel en materieel.

12. De verzoekende partij betoogt voorts in het middel dat de randvoorwaarden van de opdracht het voor de inschrijver onmogelijk maken om een realistische inschatting te maken van de overeenkomstig de inventaris op te geven eenheidsprijzen.

In zoverre zij daarbij kritiek uit op het feit dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat per takeling een forfaitair bedrag moet worden aangeboden en er geen garantie is wat de vermelde vermoedelijke hoeveelheden betreft, lijkt zij voormeld artikel 9 van de wet van 17 juni 2016, evenals de specifieke aard van een opdracht tegen prijslijst te miskennen.

Het beginsel van de forfaitaire prijs veronderstelt bij een opdracht tegen prijslijst dat de eenheidsprijzen globaal gezien de voor elke post beschreven prestaties dekken. De eenheidsprijzen voor de prestaties zijn forfaitair, waarbij het bedrag wordt vastgesteld door de eenheidsprijzen toe te passen op de hoeveelheden van de te verrichten prestaties. Overeenkomstig artikel 27 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 wordt de inschrijver geacht zijn offertebedrag te hebben vastgesteld volgens zijn eigen bewerkingen, berekeningen en ramingen, rekening houdend met de inhoud en de omvang van de opdracht. Dat daarmee een zeker risico gepaard gaat in hoofde van de inschrijver, lijkt een gevolg te zijn van het forfaitair karakter van de overheidsopdracht.

Dat er geen prijssherzieningsclausules zijn opgenomen in het bestek belet voorts op het eerste gezicht niet dat overeenkomstig artikel 38/9, § 4, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ de regeling vervat in artikel 38/9, §§ 2 en 3, die betrekking heeft op onvoorziene omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer, geacht wordt van rechtswege van toepassing te zijn.

13. Het voorgaande neemt niet weg dat de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze dient te behandelen en dat zij op een transparante en proportionele wijze dient te handelen.

De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt onder meer dat degenen die voor de toewijzing van de opdracht in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offerte.

Te dezen maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht echter niet aannemelijk dat er ten tijde van het indienen van de offerte niet afdoende gegevens beschikbaar waren die het haar als professionele dienstverlener mogelijk maakten om met voldoende kennis van zaken een offerte in te dienen.

Het hanteren van verschillende tijdsvensters bood de inschrijvers op het eerste gezicht de mogelijkheid om de invloed van deze tijdsvensters op de personeelskosten te laten weerspiegelen in de eenheidsprijzen. De opsplitsing van de opdracht in percelen liet de inschrijvers toe om zo nodig rekening te houden met de inzet van ander materieel of meer personeel en werkuren bij de takeling van zwaardere voertuigen. Hoewel met de verzoekende partij kan worden aangenomen dat de uitvoering van een takeling zeer divers kan zijn, maakt zij niet aannemelijk dat zij als professionele dienstverlener in functie van de posten vervat in de inventaris desgewenst geen gemiddelde prijs kon opgeven zonder de vermoedelijke hoeveelheden van elke volgens haar relevante

soort van takeling afzonderlijk te kennen. Zij blijkt voor de percelen 2 en 3 van de opdracht ook effectief een offerte te hebben ingediend.

14. Zowel de omschrijving van het gunningscriterium “prijs” als de inventaris dient bovendien te worden samen gelezen met de overige bestekbepalingen. Zoals blijkt uit het hiervoor weergegeven feitenrelaas heeft de verwerende partij in de administratieve en de technische bepalingen van het bestek een uitvoerige beschrijving gegeven van het geheel van de diensten die moeten worden aangeboden en van wat onder de forfaitaire prijzen dient te worden begrepen.

In zoverre de verzoekende partij daarbij kritiek uit op de vaststelling van de technische specificaties van de posten 1 tot en met 3, valt op te merken dat het aan de aanbestedende overheid toekomt om de technische specificaties in het bestek vast te stellen. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt. Zij beschikt in dit verband eveneens over een beoordelingsruimte, met dien verstande dat deze technische specificaties overeenkomstig artikel 53, § 2, van de wet van 17 juni 2016 verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding moeten staan met de waarde en de doelstelling ervan. De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat dit te dezen niet het geval zou zijn, noch op welk punt deze specificaties onvoldoende nauwkeurig zouden zijn vastgesteld om haar toe te laten een offerte in te dienen. Evenmin toont zij aan dat zij in onzekerheid was over welke prestaties de betrokken posten dienden te dekken.

15. Voorts blijken de voormelde bestekbepalingen en de inventaris, op gelijke wijze te gelden voor alle inschrijvers, zodat op het eerste gezicht en in de huidige stand van het geding, niet wordt aangetoond dat er sprake zou zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel of van onvergeliijkbare offertes, dan wel een vervalsing van de mededinging.

In het licht van al het voorgaande toont de verzoekende partij niet aan dat het voor de inschrijvers niet mogelijk was om op basis van de gegevens opgenomen in het bestek voor de verschillende posten van de inventaris een forfaitaire eenheidsprijs op te geven die rekening houdt met alle kosten die het

leveren van de prestaties, die tijdens de uitvoering van de opdracht binnen die post geleverd moeten worden, meebrengen. Evenmin blijkt waarom de verwerende partij in het kader van een prijsonderzoek geen kennis zou kunnen nemen van de detailberekening op grond waarvan een inschrijver de eenheidsprijs voor zijn post heeft bepaald.

Het gunningscriterium “prijs” werd opgedeeld in vijf subgunningscriteria, in overeenstemming met de posten opgenomen in de inventaris. De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht in het licht van het voorgaande evenmin aannemelijk dat dit gunningscriterium te dezen ertoe zou leiden dat de aanbestedende overheid een onbeperkte keuzevrijheid heeft of niet van aard is om een daadwerkelijke mededinging te kunnen waarborgen.

16. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel nog een schending van de formelemotiveringsplicht opwerpt, die zij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, valt op te merken dat het op een bepaalde overheidsopdracht van toepassing zijnde bestek op het eerste gezicht niet de in de wet van 29 juli 1991 bedoelde individuele strekking heeft, en dienvolgens niet onderworpen lijkt te zijn aan de bepalingen ervan.

Uit de stukken waarop de Raad van State acht mag slaan blijkt voorts dat de keuze onder meer wordt verantwoord door administratieve efficiëntie en eenvoud in prijsvergelijking waarbij ervan uitgegaan wordt dat het in de inventaris gemaakt onderscheid voldoende is om een goed aanbod te krijgen en dat de inschrijvers de vrijheid hebben om in hun offertes een gemiddelde prijs te berekenen die rekening houdt met de variatie in omstandigheden. Dat de verzoekende partij het te dezen anders ziet en om die reden de verwerende partij heeft verzocht om het bestek aan te passen, toont op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij haar appreciatiebevoegdheid te buiten is gegaan door op dit punt niet in te gaan op haar verzoek.

17. Wat de door de verzoekende partij aangevoerde schending betreft van de andere in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen, wordt er, bij gebrek van een specifieke argumentatie dienaangaande, van uitgegaan dat

deze grieven geacht moeten worden ofwel samen te vallen met wat hiervóór al is besproken, ofwel niet ontvankelijk te zijn.

Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

18. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook 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 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op éénentwintig oktober tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Joris Casneuf,

De griffier

Joris Casneuf

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos