

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.455 van 9 mei 2019
in de zaak A. 227.851/XII-8720**

In zake:

1. de BVBA WILLER
2. de NV A.B.O.G.
samen vormend een tijdelijke vennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA TUSSENGEMEENTELIJKE MAATSCHAPPIJ
DER VLAANDEREN VOOR WATERVOORZIENING
(TMVW)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de OV INTRADURA (Intradura)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1082 Brussel
Keizer Karellaan 586/9
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV VDV CLEANING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 april 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de beslissing van de raad van bestuur van de bv o.v.v. cvba Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Watervoorziening [...], van 25 oktober 2018, houdende de selectie van de kandidaat ‘opdrachthoudende vereniging Intradura’ voor verdere deelname aan de fase 2 van de overheidsopdracht voor de raamovereenkomst voor ruimen van straatkolken, met referentie DOM-ALL-18-A01-Z;
- de gunningsbeslissing van de raad van bestuur van de bv o.v.v. cvba Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Watervoorziening [...], van 28 februari 2019, inzake de overheidsopdracht voor de raamovereenkomst voor ruimen van straatkolken, met referentie DOM-ALL-18-A01-Z, waarbij de offerte van [de bvba Willer en de nv ABOG] niet gekozen is voor de percelen 1 Affligem, 2 Asse, 5 Brakel, 10 Destelbergen, 13 Erpe-Mere, 16 Halle, 20 Lede, 21 Liedekerke, 25 Maarkedal, 29 Oosterzele, 30 Ronse, 32 Sint-Lievens-Houtem, 34 Ternat, 35 Wemmel, 36 Wichelen, 38 Zaventem, 42 Zwalm;
- de gunningsbeslissing van de raad van bestuur van de bv o.v.v. cvba Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Watervoorziening [...], van 28 februari 2019, inzake de overheidsopdracht voor de raamovereenkomst voor ruimen van straatkolken, met referentie DOM-ALL-18-A01-Z, waarbij de offerte van de opdrachthoudende vereniging Intradura als enige inschrijver gekozen is voor de percelen 11 Dilbeek, 12 Drogenbos, 23 Linkebeek, 26 Machelen
- de impliciete beslissing om de voormelde percelen van deze raamovereenkomst voor ruimen van straatkolken, met referentie DOM-ALL-18-A01-Z niet aan TV Willer bvba – ABO[G] nv te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 19 en 23 april 2019 hebben de ov Intradura en de nv VDV Cleaning gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 mei 2019, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Alexandre Peytchev, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Maxim Lecomte, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Lisa Van Besouw, die *loco* advocaat Joris Wouters verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 TMVW schrijft een overheidsopdracht voor diensten in de speciale sectoren uit met als omschrijving “Raamovereenkomst voor het ruimen van straatkolken”.

De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

De selectieleidraad en het bestek omschrijven het voorwerp van de opdracht als volgt:

“Teneinde een efficiënte afvoer van hemelwater te verzekeren en zodoende problemen door wateroverlast te vermijden, dienen steden / gemeenten de straatkolken op hun grondgebied op regelmatige basis te (laten) ruimen. Om de steden / gemeenten in haar werkingsgebied hierin bij te staan, wil TMVW voor elk van de hierna vermelde percelen een raamovereenkomst voor het ruimen van straatkolken sluiten.”

De opdracht bestaat uit 42 percelen, overeenstemmend met gemeenten, waarvoor de TMVW middels onderhavige opdracht een raamovereenkomst wenst te sluiten: Perceel 1: Affligem, Perceel 2: Asse, Perceel 3: Beersel, Perceel 4: Blankenberge, Perceel 5: Brakel, Perceel 6: Buggenhout, Perceel 7: De Haan, Perceel 8: De Pinte, Perceel 9: Deinze (Deinze / Nevele), Perceel 10: Destelbergen, Perceel 11: Dilbeek, Perceel 12: Drogenbos, Perceel 13: Erpe-Mere, Perceel 14: Gavere, Perceel 15: Gent, Perceel 16: Halle, Perceel 17: Knesselare, Perceel 18: Kruishoutem, Perceel 19: Lebbeke, Perceel 20: Lede, Perceel 21: Liedekerke, Perceel 22: Lierde, Perceel 23: Linkebeek, Perceel 24: Lovendegem, Perceel 25: Maarkedal, Perceel 26: Machelen, Perceel 27: Middelkerke, Perceel 28: Oostende, Perceel 29: Oosterzele, Perceel 30: Ronse, Perceel 31: Ruiselede, Perceel 32: Sint-Lievens-Houtem, Perceel 33: Sint-Martens-Latem, Perceel 34: Ternat, Perceel 35: Wemmel, Perceel 36: Wichelen, Perceel 37: Wortegem-Petegem, Perceel 38: Zaventem, Perceel 39: Zelzate, Perceel 40: Zomergem, Perceel 41: Zuienkerke en Perceel 42: Zwalm.

De totale kostprijs voor deze opdracht wordt geraamd op 7.200.000,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt op 14 juni 2018 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 16 juni 2018 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De raad van bestuur van de TMVW beslist op 25 oktober 2018 om naast de verzoekende partijen en Intradura, de volgende acht ondernemingen te selecteren: de bvba Aquamella, de bvba Audenaert A., de nv De Bree Solutions, de bvba De Vlieger R. en Cie, de nv Dekeyser Cleaning, de nv VDV Cleaning, de nv Verhelle en de bvba Cocquyt.

Met een brief en een e-mailbericht van 26 oktober 2018 worden de kandidaten hiervan in kennis gesteld.

3.4. Volgens het bestek worden de offertes voor alle percelen beoordeeld in het licht van de volgende drie gunningscriteria: prijs op 70 %, de kwaliteit van de dienstverlening op 10 % en de duurzaamheid op 20 %.

kwaliteit van de dienstverlening op 22,5 % en maatregelen maatschappelijk verantwoord ondernemen op 7,5 %.

3.5. De tien geselecteerde kandidaten dienen voor meerdere percelen een offerte in.

De verzoekende partijen dienen een offerte in voor de percelen 1, 2, 5, 10, 13, 16, 20, 21, 25, 29, 30, 32, 34, 35, 36, 38 en 42.

Intradura dient een offerte in voor de percelen 1, 2, 3, 11, 12, 16, 21, 23, 26, 34, 35 en 38.

3.6. Bij nader onderzoek stelt de TMVW een algemene stijging van de ingediende prijzen vast in vergelijking met die van de in 2015 gegunde raamovereenkomst. Zij nodigt daarop de inschrijvers met een e-mailbericht van 13 december 2018 uit voor een onderhandelingsgesprek om een beter zicht te krijgen op de door hen gehanteerde prijszetting. Voorafgaandelijk aan deze onderhandelingen, die op 14 en 15 januari 2019 plaatsvinden, worden de inschrijvers uitgenodigd om hun prijszetting voor post 1: “Ruimen van straatkolk volgens 12.2.25 (incl. slibverwerkingskost)” toe te lichten – een zogenoemde *price-breakdown* – wat zij hebben gedaan.

3.7. Met een e-mailbericht van 15 januari 2019 verzoekt de TMVW de inschrijvers om hun offerte tegen uiterlijk 21 januari 2019 waar nodig aan te passen of aan te vullen. De verzoekende partijen en Intradura hebben op 18 januari 2019 en 17 januari 2019 een aangepaste offerte ingediend.

3.8. Met een e-mailbericht van 22 januari 2019 worden de inschrijvers uitgenodigd om uiterlijk 28 januari 2019 een BAFO in te dienen.

3.9. In het gunningsverslag wordt onder hoofding 6.3 “Abnormale (eenheids)prijzen” opgemerkt dat “[n]a onderzoek op het niveau van de totale inschrijvingsprijzen en de eenheidsprijzen [...] geen anomalieën [werden] vastgesteld”.

Vervolgens wordt vastgesteld dat voor de percelen 7, 11, 12, 15, 22, 23, 26, 27 en 41 slechts één inschrijver een offerte heeft ingediend. Daarbij wordt opgemerkt dat de voor de betrokken percelen ingediende offertes als marktconform mogen worden beschouwd.

Voor de overige percelen worden de BAFO-offertes getoetst aan de gunningscriteria en dienovereenkomstig gerangschikt.

3.10. Op 28 februari 2019 beslist de raad van bestuur van de TMVW, in overeenstemming met het gunningsverslag, de percelen 1, 2, 3, 11, 12, 16, 21, 23, 26, 34, 35 en 38 te gunnen aan Intradura terwijl de andere percelen, met uitzondering van perceel 6, dat niet wordt gegund, aan andere inschrijvers worden toegewezen. Aan de verzoekende partijen wordt geen perceel gegund.

IV. Tussenkost

4. De ov Intradura en de nv VDV Cleaning blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg worden hun verzoeken tot tussenkost ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partijen hebben een pleitnota ingediend.

In een dergelijk stuk is niet voorzien in de rechtspleging. Het wordt slechts in aanmerking genomen in de mate dat het de neerslag vormt van wat de verzoekende partijen ter terechtzitting naar voren brengen.

VI. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

6. De verwerende partij en de eerste verzoekende partij tot tussenkost vragen om een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen.

Met toepassing van artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake

overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' (hierna: rechtsbeschermingswet) worden de verzoeken ingewilligd. Het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken wordt door geen enkele partij betwist. Voorts mag de Raad deze stukken bij zijn beoordeling betrekken.

VII. Ontvankelijkheid van de vordering

7. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij en de eerste tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. 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.

VIII. Schorsingsvoorwaarden

8.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

8.2. Te dezen is evenwel ook de rechtsbeschermingswet van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

IX. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9.1.1. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 18 juni 2017), samen genomen met artikel 41 van de Grondwet en met artikel 2, §§ 1 en 2, artikel 396, § 1, 397, tweede lid, en artikel 398, §§ 1 en 2, 3°, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ (hierna: DLB).

9.1.2. In een eerste middelonderdeel wordt in essentie aangevoerd dat de bestreden beslissingen de kandidatuurstelling en de offerte van Intradura ten onrechte niet hebben geweerd als substantieel onregelmatig aangezien de deelname en de offerte van Intradura aan de voorliggende overheidsopdracht onwettig en niet bindend is gelet op haar decretale en statutaire handelingsbevoegdheid die beperkt is tot het territorium van haar vennoten.

Een gemeente mag overeenkomstig artikel 41 van de Grondwet en artikel 2, §§ 1 en 2, DLB enkel het belang van haar burgers behartigen binnen het grondgebied van haar eigen gemeente. Artikel 396, § 1, en 398, § 1, DLB verlenen aan de gemeenten de mogelijkheid om zich te verenigen in een intergemeentelijk samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid om doelstellingen te verwezenlijken die behoren tot één of meerdere beleidsdomeinen van de gemeente en daarbij de beheersbevoegdheid over te dragen. Wanneer de oprichting van een dergelijk samenwerkingsverband gepaard gaat met een beheersoverdracht voor een bepaald beleidsdomein aan het

samenwerkingsverband, impliceert dit volgens de verzoekende partijen dat de deelnemende gemeente de uitvoeringsbevoegdheid van dat bepaalde beleidsdomein aan het samenwerkingsverband toevertrouwt. In de mate dat de beslissingsbevoegdheid van de gemeente beperkt is tot haar territorium, spreekt het volgens de verzoekende partijen voor zich dat de aan het samenwerkingsverband overgedragen uitvoeringsbevoegdheid zich ook beperkt tot het territorium van de deelnemende gemeenten. Elke statutaire bepaling van een opdrachthoudende vereniging die strijdig is met artikel 41 van de Grondwet is volgens hen onwettig en niet bindend. De aanvraag tot deelname en de offerte van een opdrachthoudende vereniging die betrekking heeft op uitvoeringshandelingen die buiten de grenzen van het territorium van de deelnemende gemeenten reikt, is volgens de verzoekende partijen bijgevolg onwettig en niet bindend, wat hier het geval is met Intradura.

Voorts merken de verzoekende partijen op dat Intradura inschrijft als intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging op een overheidsopdracht. Zij handelt niet binnen het kader van de haar verleende decretale bevoegdheden. Statutair is er volgens de verzoekende partijen bovendien bepaald dat de vennoten een limitatief aantal opdrachten met beheersoverdrachten aan de vereniging mogen toevertrouwen.

Bovendien omzeilt de verwerende partij volgens de verzoekende partijen door een overheidsopdracht te gunnen aan een intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging eveneens de regels inzake toetreding tot een intergemeentelijk samenwerkingsverband.

9.1.3. In een tweede middelonderdeel wordt in essentie aangevoerd dat de bestreden beslissingen de kandidatuurstelling en de offerte van Intradura ten onrechte niet hebben uitgesloten als substantieel onregelmatig, aangezien deze deelname en de offerte onwettig en dus niet bindend zijn, gelet op haar decretale en statutaire doel waarbij wordt gestipuleerd dat haar verbintenissen geen handelskarakter mogen hebben zodat Intradura door haar deelname aan de overheidsopdracht het algemeen belang van de burgers van de deelnemende gemeenten niet nastreeft.

Volgens de verzoekende partijen heeft “het inschrijven op de overheidsopdracht” wel degelijk een handelskarakter. Immers de inschrijvers hebben de verplichting om in een winstmarge te voorzien. Artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 schrijft volgens de verzoekende partijen duidelijk voor dat alle algemene en financiële kosten alsmede de winst, in verhouding tot hun belangrijkheid, worden verdeeld over de onderscheiden posten. Deze verplichting om realistische en normale prijzen in te dienen, beoogt volgens de verzoekende partijen het voorkomen van speculatie en het garanderen van een goede en besteksconforme uitvoering van de overheidsopdracht. Wanneer er niet in een winstmarge is voorzien, kan een onderneming die meedingt naar een overheidsopdracht niet op behoorlijke wijze haar werking financieren en komt de goede uitvoering van de overheidsopdracht in het gedrang.

In de mate dat Intradura volgens de verzoekende partijen geen verbintenis met handelskarakter mag aangaan, mag zij ook geen offerte indienen voor een overheidsopdracht. Door de offerte te aanvaarden, creëert de TMVW volgens hen een ongelijke behandeling omdat zij rekening houdt met een onwettig aanbod van Intradura. Immers, zo vervolgen de verzoekende partijen, is het discriminerend en doet het afbreuk aan de gelijkheid der inschrijvers indien de verzoekende partijen wel als handelaar of ondernemer worden beschouwd, bijgevolg ook als onderworpen aan de bepalingen van het Wetboek Economisch Recht en als ondernemer in de zin van artikel 2, 10°, van de wet overheidsopdrachten 2016 worden aangemerkt, terwijl Intradura wel een ondernemer zou zijn in de zin van de voormelde wet maar geen handelaar of ondernemer in de zin van het Wetboek Economisch Recht.

Bovendien is Intradura als publiekrechtelijke rechtspersoon er volgens de verzoekende partijen toe gehouden om taken van algemeen belang uit te oefenen, wat precies de ontstentenis van winstbejag veronderstelt. Het ontplooiën van commerciële activiteiten, zelfs indien deze verband houden met het doel van Intradura, is een handelwijze die strijdig is met het verbod op verbintenissen met een handelskarakter zoals voorzien in het DLB.

Beoordeling

9.2.1. Het middel, zonder dat dient te worden ingegaan op de ontvankelijkheidsbezwaren, is niet ernstig om de volgende redenen.

9.2.2. Wat het eerste middelonderdeel betreft, lijkt de argumentatie van de verzoekende partijen, waarbij zij op algemene wijze betogen dat een opdrachthoudende vereniging geen verbintenissen mag aangaan die buiten de territoriale grenzen van de overgedragen uitvoeringsbevoegdheid ligt, op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd.

Zoals de Raad reeds oordeelde, onder meer in de arresten nr. 190.341 van 10 februari 2009, nv Van Gansewinkel en nr. 237.577 van 7 maart 2017, nv Sita Treatment & Recycling, lijkt een opdrachthoudende vereniging als rechtspersoon over de juridische mogelijkheid te beschikken om buiten het grondgebied van haar gemeenten rechtsverhoudingen aan te gaan ook al zouden deze dan contractueel van aard zijn. Deze rechtspraak kwam tot stand in het kader van artikel 41 van de Grondwet en het decreet van 6 juli 2001 ‘houdende de intergemeentelijke samenwerking’ waarvan de hier relevante bepalingen in wezen hernomen werden in het DLB.

Ook mag hier worden gewezen op artikel 4 van de statuten van Intradura waarin onder meer is bepaald dat kolkenruiming rechtstreeks verband houdt met haar doel en dat “[d]e Vereniging [...] alle technische, commerciële, economische, financiële, sociale en andere activiteiten [mag] ontplooien in eigen bedrijf of op enige andere wijze, die rechtstreeks met voormeld doel verband houden, en zulks al dan niet in samenwerking met derden, hieronder verstaan: andere intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, gemeenten en/of andere privaot- of publiekrechtelijke rechtspersonen”. Hierbij lijkt vooralsnog te mogen worden aangenomen dat het voor Intradura om bijkomstige activiteiten gaat die de haar statutair opgedragen taken niet in het gedrang brengen en die lijken te kaderen in de zorg om de beschikbare capaciteit beter te benutten.

Ten slotte lijkt het, wat de gemeenten gelegen binnen het territorium van Intradura betreft en die zij voor de kolkruiming zou bedienen met

de kwestieuze overheidsopdracht, dat kolkruiming geen deel uitmaakt van een effectieve beheersoverdracht zodat de grief over een omzeiling van de regels inzake statutaire toetreding tot Intradura evenmin ernstig lijkt.

9.2.3. Wat het tweede middelonderdeel betreft, mag worden aangenomen, zoals reeds blijkt uit de rechtspraak onder randnummer 9.2.2, dat een intergemeentelijke vereniging mag deelnemen aan een overheidsopdracht. Onder het begrip ondernemer zoals gedefinieerd in artikel 2, 10°, van de wet overheidsopdrachten 2016 kan een publiekrechtelijke rechtspersoon worden verstaan. Zo ook wordt in artikel I.1, 1°, van het Wetboek van Economisch Recht een publiekrechtelijke rechtspersoon die goederen of diensten op een markt aanbiedt, als een onderneming gedefinieerd. Hier mag ook worden verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 23 december 2009 in de zaak C-305/08, CoNISMa/Regione Marche waarin het Hof voor recht verklaart dat “het begrip ‘ondernemer’ [...] aldus [moet] worden uitgelegd dat op grond daarvan aan een openbare aanbesteding van diensten kan worden deelgenomen door lichamen die hoofdzakelijk andere doelstellingen dan winst nastreven, niet als een onderneming zijn georganiseerd en evenmin op een regelmatige basis op de markt aanwezig zijn, zoals universiteiten en onderzoeksinstituten alsook combinaties bestaande uit universiteiten en overheidsinstanties”.

In dit licht overtuigen de verzoekende partijen niet dat louter uit het verschil in statuut tussen henzelf en Intradura een schending van het gelijkheidsbeginsel valt af te leiden.

Voorts lijkt artikel 397, tweede lid, DLB waarin is bepaald dat de verbintenissen van het samenwerkingsverband geen handelskarakter hebben, op het eerste gezicht niet zo te mogen worden begrepen dat dit op algemene wijze elke deelname aan een overheidsopdracht zou uitsluiten of dat dit commerciële activiteiten in elk geval uitsluit.

Ten slotte lijken de verzoekende partijen hier met het door hen ingeroepen artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 niet aan te tonen dat de overheidsopdrachtenregelgeving inschrijvers verplicht in een winstmarge te voorzien; dit artikel lijkt een voorschrift in de strijd tegen de praktijk van *front*

loading. Hierbij lijkt ook te mogen worden gewezen op het arrest van het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie van 13 juni 2013 in de zaak C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG/Kreis Düren waarin wordt overwogen dat “een overeenkomst [moet] worden geacht te zijn gesloten ‘onder bezwarende titel’ in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18, zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten”.

9.2.4. Er dient niet nader te worden ingegaan op de grieven die de verzoekende partijen ter terechtzitting naar voren brengen en waarin een schending wordt aangevoerd van de artikelen 2, 17°, 30 en 31 van de wet overheidsopdrachten 2016. Dit lijken nieuwe grieven die de verzoekende partijen hadden kunnen aanvoeren in hun verzoekschrift.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9.3. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 43, 44 en 45 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, de artikelen 33, 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, artikel VI.104 van het Wetboek van Economisch Recht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidbeginsel en het formele- en materiële motiveringsbeginsel en van de artikelen 2 en 3 de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Volgens de verzoekende partijen heeft Intradura handelingen gesteld die de normale mededingingsvoorwaarden vertekenen doordat Intradura een opdrachthoudende vereniging is die volgens haar retributiereglement haar prestaties verricht tegen vastgestelde tarieven, die louter kostendekkend zijn.

Daarnaast heeft deze inschrijver volgens de verzoekende partijen een abnormaal lage prijs voorgesteld die een derde goedkoper is dan hun

prijs en dit doordat Intradura overheidssteun geniet. Volgens de verzoekende partijen wordt de werking van Intradura immers gesubsidieerd door de overheden die er deel van uitmaken. De verwerende partij is hiervan op de hoogte en had naar aanleiding van het prijsonderzoek om een prijsverantwoording moeten verzoeken, minstens Intradura moeten bevragen omtrent de impact van de overheidssteun die zij ontvangt en of deze overheidssteun verenigbaar is met de interne markt. Bovendien was er volgens hen eveneens een aanmeldingsverplichting.

Beoordeling

9.4.1. Zonder dat nader dient te worden ingegaan op de ontvankelijkheidsbezwaren, is het middel niet ernstig om de volgende redenen.

9.4.2. In de mate dat de verzoekende partijen de schending aanvoeren van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ is het middel niet ernstig omdat de opdracht zich hier situeert in de speciale sectoren.

9.4.3.1. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij wel degelijk een prijsonderzoek heeft gevoerd met toepassing van artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 dat tot dergelijk onderzoek noopt.

Dit onderzoek blijkt uit het e-mailbericht van 30 november 2018 waarin algemeen wordt vastgesteld dat voor de meeste percelen de prijzen opmerkelijk gestegen zijn, allicht ook gelet op de impact van milieu- en transportheffingen, evenals uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken; aldus kan worden verwezen naar de stukken 24a en 24b die vergelijkende prijzentabellen bevatten en waarin per perceel niet alleen de prijzen van de inschrijvers worden vergeleken doch tevens afgezet tegenover de huidige prijzen en waaruit beduidende prijsstijgingen blijken en naar de als stukken 14a tot 14j bijgebrachte e-mailberichten van 13 december 2018 inzake de uitnodiging tot de onderhandelingen met bijhorend verzoek om prijsstoelichting aan alle inschrijvers, evenals de door de inschrijvers hierop verstrekte prijsberekeningen.

9.4.3.2. De aanbestedende overheid overwoog in het gunningsverslag bij het prijsonderzoek dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn. De verzoekende partijen tonen op het eerste gezicht niet aan dat de aanbestedende overheid te dezen met betrekking tot dit prijsonderzoek een ruimere motivering diende op te nemen in de bestreden gunningsbeslissing of in het gunningsverslag.

9.4.3.3. Bij de vraag naar de deugdelijkheid van het prijsonderzoek moet worden opgemerkt dat een aanbestedende overheid, zeker bij een onderhandelingsprocedure, over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt bij het onderzoek naar abnormale prijzen. De verwerende partij lijkt hier op het eerste gezicht een uitvoerig prijsonderzoek te hebben verricht. Daarbij valt overigens op dat het veeleer de hoogte van de prijzen lijkt te zijn die haar ertoe lijkt te hebben aangezet om een onderhandelingsronde te organiseren en om alle inschrijvers in het kader van het algemeen prijsonderzoek nog om prijsstoelichting te vragen.

In zoverre de verzoekende partijen het abnormale prijskarakter afleiden uit het feit dat de prijzen van Intradura 30 % lager zijn dan hun prijzen, valt op dat de verzoekende partijen zelf steeds ruim de hoogste prijs hebben geboden, met uitzondering van één perceel, ook wanneer zij in concurrentie kwamen met andere inschrijvers dan Intradura; deze laatste heeft overigens ook niet altijd de laagste prijs geboden.

Uit het administratief dossier, meer bepaald de vertrouwelijke stukken waarop de Raad vermag acht te slaan en zoals door de verwerende partij zelf weergegeven in haar nota, blijkt dat de kosten voor Intradura en de verzoekende partijen in dezelfde grootteorde liggen maar dat het prijsverschil bij de gevraagde prijsstoelichting verklaard wordt doordat Intradura werkt tegen kostprijs, een lager uurloon hanteert voor haar personeel en een iets hoger rendement bereikt.

9.4.3.4. De voornoemde elementen lijken erop te wijzen dat de verwerende partij tijdens de onderhandelingsprocedure geen ondeugdelijk prijsonderzoek heeft gevoerd en tot de conclusie mocht komen dat de geboden prijs van Intradura in beginsel niet abnormaal was.

Aldus lijkt de verwerende partij niet te mogen worden verweten dat zij Intradura met toepassing van artikel 44, § 3, laatste lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 niet heeft bevraagd omtrent de verenigbaarheid van steun met de interne markt. Immers, een aanbestedende overheid lijkt hiertoe slechts te zijn gehouden wanneer zij vaststelt dat een offerte abnormaal laag lijkt ten gevolge van door de inschrijver verkregen overheidssteun en zij beoogt om de offerte af te wijzen.

9.4.4. In de mate dat de verzoekende partijen de schending aanvoeren van bepalingen inzake gelijkheid en niet-discriminatie onder de ondernemers lijkt het te volstaan in hoofdzaak te verwijzen naar de beoordeling van het tweede onderdeel van het eerste middel.

De verzoekende partijen voeren in dit verband wel nog aan dat eventuele verliezen van Intradura steeds door de deelnemende gemeenten zouden worden gedekt. Deze bewering wordt echter op geen enkel wijze gestaafd en wordt door de verwerende partij uitdrukkelijk tegengesproken. De verzoekende partijen tonen hier in ieder geval niet concreet aan hoe de grieven een inbreuk op de eerlijke handelspraktijken vormen in de zin van het Wetboek van Economisch Recht.

Ten slotte, in zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat er sprake zou zijn van overheidssteun die niet verenigbaar zou zijn met de interne markt, valt op te merken dat in het middel geen expliciete schending van artikel 107 van het Verdrag van 25 maart 1957 ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ wordt aangevoerd. Het middel lijkt dan ook op het eerste gezicht en in het kader van de huidige procedure slechts zo te mogen worden begrepen dat de verzoekende partijen hiernaar verwijzen in het licht van de bevragingsprocedure zoals vervat in het voormelde artikel 44, § 3, laatste lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, waarvan de schending hiervoor werd verworpen. Overigens verwijzen de verzoekende partijen zelfs niet naar de voorwaarden uitgewerkt in de rechtspraak van het Hof van Justitie opdat sprake zou zijn van staatssteun, noch motiveert zij waarom de beweerde staatssteun niet verenigbaar zou zijn met de interne markt.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

9.5. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 6 van de wet overheidsopdrachten 2016, evenals van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel.

De verzoekende partijen betogen dat acht gemeenten in hun hoedanigheid van aandeelhouder van Intradura en twee gemeenten, via aandeelhouderschap in een ander intergemeentelijk samenwerkingsverband, dat aandeelhouder is van Intradura, eveneens aandeelhouder zijn van de TMVW.

“Gelet op de duidelijke belangenvermenging (al is het maar de voorkennis die Intradura had nu een deel van haar vennoten betrokken was bij de uitschrijving van de overheidsopdracht) had [volgens de verzoekende partijen] TMVW moeten handelen overeenkomstig artikel 6 van de [wet overheidsopdrachten] 2016, en had zij aldus de nodige maatregelen moeten treffen teneinde een vertekening van de mededinging te vermijden en de gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren”. Uit niets blijkt dat de verwerende partij bij deze problematiek heeft stilgestaan.

Beoordeling

9.6.1. Zonder dat nader dient te worden ingegaan op de ontvankelijkheidsbezwaren, is het middel niet ernstig om de volgende redenen.

9.6.2.1. Het begrip belangenconflict wordt in artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, gedefinieerd als “ten minste iedere situatie waarin een bij de plaatsing of de uitvoering betrokken ambtenaar, openbare gezagsdrager of andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is, met inbegrip van de namens de aanbesteder optredende aanbieder van aanvullende aankoopactiviteiten, alsook elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben, direct of indirect, financiële, economische

of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen”.

9.6.2.2. De verzoekende partijen beperken hun kritiek tot de stelling dat er sprake is van een “duidelijke belangenvermenging” gelet op een aantal gemeenschappelijke aandeelhouders.

Zij laten echter na om concreet aan te tonen – en het blijkt op het eerste gezicht ook niet – waarom dit als een belangenconflict in de zin van artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 dient te worden begrepen, en waarbij er sprake dient te zijn van financiële, economische of andere persoonlijke belangen die geacht kunnen worden de onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen.

Hierbij moet worden beklemtoond dat de bestreden beslissingen uitgaan van de raad van bestuur van de verwerende partij waarvan de leden worden benoemd door de algemene vergadering van de verwerende partij.

Overigens maken de verzoekende partijen hier op het eerste gezicht niet duidelijk hoe Intradura zou zijn beoordeeld. Het enige door hen vermelde concrete element betreft de beweerde voorkennis die Intradura zou hebben gehad doordat een deel van haar vennoten betrokken zou zijn geweest bij de uitschrijving van de overheidsopdracht. De vraag rijst echter of dit uitgangspunt wel aannemelijk is aangezien de bestreden beslissingen uitgaan van de raad van bestuur van de verwerende partij. Overigens lijkt op het eerste gezicht de in het geding zijnde opdracht niet dermate complex van aard dat voorkennis vereist zou zijn om een offerte te kunnen indienen. De verzoekende partijen houden in elk geval niet voor dat een gebrek aan voorkennis hen zou verhinderd hebben om een degelijke offerte in te dienen. Ten slotte, indien er al sprake zou zijn van voorkennis in hoofde van Intradura, lijkt dit in de eerste plaats voort te vloeien uit het feit dat zij reeds zittende dienstverlener is met betrekking tot een aantal percelen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

9.7. De verzoekende partijen voeren de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het gelijkheidsbeginsel, transparantiebeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel, van artikel 67, § 5, van de richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ “afzonderlijk of in combinatie met de beginselen van Europees recht van gelijkheid en transparantie inzake overheidsopdrachten gelezen alsook met art. 153 *juncto* art. 81” van de wet overheidsopdrachten 2016.

Volgens de verzoekende partijen is de bij het tweede en het derde gunningscriterium gehanteerde beoordelingsmethode in strijd met de voormelde bepalingen en beginselen. Zij wijzen erop dat in het bestek weliswaar een beoordelingsmethodiek werd aangekondigd voor beide criteria, doch dat daarbij geenszins werd verduidelijkt wat de globale startscore inhield en met hoeveel punten de startscore zou worden vermeerderd of verminderd in geval van “opvallende plus- of minpunten”. Een dergelijke bijzondere beoordelingsmethode werd volgens hen pas voor het eerst verduidelijkt in de gunningsbeslissing zelf en was hun dus niet op voorhand gekend. Uit geen enkel stuk blijkt voorts dat de beoordelingsmethode vóór de opening van de offertes werd vastgesteld en uitgewerkt. Aldus kan er volgens de verzoekende partijen wel degelijk sprake zijn van een risico op favoritisme.

Bovendien is de bepaling van de startwaarde waaraan pluspunten en minpunten worden toegerekend, volgens hen van aard het relatieve gewicht van het gunningscriterium te beïnvloeden. Dit geldt volgens hen tevens voor de bepalingen van het aantal punten dat per pluspunt of minpunt wordt afgetrokken.

Beoordeling

9.8.1. Zonder dat nader dient te worden ingegaan op de ontvankelijkheidsbezwaren, is het middel niet ernstig om de volgende redenen.

9.8.2.1. In het bestek wordt voor het tweede of het derde gunningscriterium telkens de volgende beoordelingsmethodiek vermeld: “Voor de beoordeling van dit criterium wordt uitgegaan van een globale startscore. Opvallende plus- of minpunten zullen positief, respectievelijk negatief worden beoordeeld. De verkregen quotatie wordt vervolgens gepondereerd naar [22,5 % of 7,5 %]”.

In het gunningsverslag wordt, alvorens over te gaan tot de beoordeling van het tweede of het derde gunningscriterium telkens vermeld: “Methodiek beoordeling[:] Voor de beoordeling van dit criterium wordt uitgegaan van een globale startscore van 60/100. Opvallende plus- of minpunten zullen positief, respectievelijk negatief (+5/-5) worden beoordeeld. De verkregen quotatie wordt vervolgens gepondereerd naar [22,5 % of 7,5 %]”.

9.8.2.2. Uit de omschrijving van de beoordelingsmethodiek in het bestek blijkt dat bij de beoordeling van het tweede en het derde gunningscriterium, die beide kwalitatief van aard zijn, aan de inschrijvers een startscore zou worden toegekend waarna vervolgens opvallende positieve of negatieve elementen in aanmerking worden genomen.

Zoals de Raad reeds oordeelde in de zaak die geleid heeft tot het arrest nr. 243.734 van 19 februari 2019, lijkt een dergelijke methode op het eerste gezicht zo te mogen worden begrepen dat aan alle offertes een gelijk aantal punten, dit is de startscore, wordt gegeven, waarvan dan vervolgens punten worden afgetrokken voor opvallend negatieve elementen en waarbij punten worden bijgeteld voor opvallend positieve elementen. Het hier hanteren van een startscore die omzeggens de helft bedraagt van de maximaal toe te kennen punten, namelijk 60 %, waarvan dan vervolgens punten worden afgetrokken of bijgeteld, al naargelang de beoordeling van de verschillende elementen in de offertes, lijkt binnen de omschrijving te vallen van de in het bestek zelf aangekondigde

beoordelingsmethodiek. De verzoekende partijen tonen voorts ook in deze zaak niet aan dat de keuze voor deze bepaalde startscore nader diende te worden toegelicht alleen al omdat deze keuze, zoals hiervoor opgemerkt, een logische invulling lijkt van wat in het bestek is aangekondigd.

In de mate dat de verzoekende partijen nog aanvoeren dat niet blijkt dat de beoordelingsmethode op voorhand werd vastgesteld, moet worden opgemerkt dat de hier toegepaste startscore met de concrete beoordelingsmethode lijkt te vallen binnen de omschrijving van de in het bestek aangekondigde beoordelingsmethodiek.

Ten slotte tonen de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet aan dat de toegepaste beoordelingsmethodiek de weging van de criteria zou hebben gewijzigd. De startscore lijkt op het eerste gezicht aan de aanbestedende overheid immers de mogelijkheid te bieden om de volledige waaier van het puntenaantal te gebruiken om positieve maar ook negatieve beoordelingen uit te drukken in de vergelijking met de andere offertes.

X. Besluit

10. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De verzoeken van de ov Intradura en de nv VDV Cleaning tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, een bijdrage van 40 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkommsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 mei 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra