

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.932 van 26 juni 2020
in de zaak A. 230.820/XII-8904**

In zake:

1. de BV A3SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV RUIMDIENST DEKEYSER
3. de BVBA GARWIG LOGISTICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Elias Gits
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 31
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING INTER-
COMMUNALE VERENIGING VOOR VUIL-
VERWIJDERING EN -VERWERKING VOOR DE VEURNE
EN OMMELAND (IVVO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV REMONDIS BELGIEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Eyskens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 mei 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van [de opdrachthoudende vereniging Intercommunale Vereniging voor Vuilverwijdering en -verwerking voor de Veurne en Ommeland (IVVO)] van 12 mei 2020 houdende toewijzing van alle 4 percelen van de overheidsopdracht nr. 2020/3P-30 ‘Ophaling aan huis van rest- en gft-afval in diftarcontainers’ aan [de bv Remondis België]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

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

De tussenkommende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

De verzoekende partijen hebben een zittingsnota ingediend.

De verwerende partij en de tussenkommende partij hebben een zittingsnota ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven, dat aan de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

De raadsman van de eerste verzoekende partij heeft nog een “reactie” ingediend.

Het debat is gesloten op 19 juni 2020.

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 opdracht van diensten uit met als voorwerp “Ophaling aan huis van rest- en gft-afval in diftarcontainers” in tien gemeenten in haar werkingsgebied. De opdracht bestaat uit vier percelen, die elk een bepaalde regio van het werkingsgebied van de verwerende partij betreffen. De waarde van de volledige opdracht wordt geraamd op 1.774.000 euro, btw niet inbegrepen, per jaar. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

3.2. Luidens de administratieve bepalingen van het bestek, punt ‘I.13. Keuze van offerte’, mag de inschrijver zijn offerte “aanvullen met verbeteringsvoorstellen die hij per perceel toestaat in geval van samenvoeging van bepaalde percelen waarvoor een offerte wordt ingediend”.

Punt ‘I.5. Uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectie’ van het bestek bevat volgend selectie criterium inzake technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers:

“Selectiecriteria

Nr. 1. Een verklaring welke de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener voor het verlenen van de opdracht beschikt.

Minimumvereisten

min. 3 (perceel 1) en 2 (percelen 2, 3, 4 en dit per perceel) ophaalvoertuigen die voldoen aan technische vereisten bestek

[...]

Deze selectiecriteria gelden voor alle percelen.”

Onder punt ‘I.6. Vorm en inhoud van de offerte’, wordt als “bij te voegen documenten” in het bestek onder meer vermeld “overzicht van het aantal

beschikbare ophaalwagens die uitsluitend voor deze opdracht zullen ingezet worden, met vermelding van EURO-norm motor, merk en type van wagen, van pers en van beladingssysteem, de datum van eerste ingebruikname van de totale uitrusting en van het beladingssysteem, een volledige technische beschrijving incl track&trace systeem, eventueel geïllustreerd met foto's en documentatie van de uitrusting van het in te zetten materiaal. Een beschrijving van de maatregelen om de kwaliteit te waarborgen”, alsook “werkschema’s (ophaalwagens per dag) voor de ophaling van het rest- en gft-afval”.

De contractuele bepalingen van het bestek (punt II.9.6.), alsook de technische bepalingen (punt III.6) stipuleren dat het gebruik van de ophaalwagens met de boordapparatuur van de verwerende partij enkel voor deze opdracht mag worden gebruikt, en indien de inschrijver de ophaalvoertuigen wenst in de zetten voor andere opdrachten, hij een schriftelijke toelating van de verwerende partij dient te verkrijgen.

In punt ‘III.3. Ophaaldata, frequentie en tijdstip van de ophaling’ wordt vooropgesteld dat (in beginsel) de restafvalinzameling en de gft-inzameling met gewichtsdiftar een tweewekelijkse frequentie hebben (26x/jaar) en bij voorkeur beide fracties elkaar week na week afwisselen. De precieze ophaaldata worden in onderling overleg bepaald, met dien verstande dat absolute prioriteit moet worden gegeven aan de wensen van de opdrachtgever, en bij voorkeur dezelfde inzameldagen en -zones van de huidige kalenders worden aangehouden, tenzij optimalisatie mogelijk is.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 29 april 2020. Vijf inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend. De eerste verzoekende partij, de bv A3Services, dient een offerte in voor perceel 4. De tweede verzoekende partij, de nv Ruimdienst Dekeyser, dient een offerte in voor perceel 1 en 2. De derde verzoekende partij, de bvba Garwig Logistics, dient een offerte in voor perceel 2 en 3. De bv Remondis België dient een offerte in voor elk van de vier percelen, en een offerte voor perceel 1, 2, 3 en 4 met prijsvermindering bij samenvoeging van percelen.

3.4. Op 11 mei 2020 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Geen enkele van de inschrijvers wordt uitgesloten, zij worden alle vijf geselecteerd. Hun diverse offertes voor de diverse percelen worden alle regelmatig beschouwd.

Wat het prijsonderzoek betreft, worden voor de vier percelen in diverse offertes abnormaal hoge en lage totaalprijzen vastgesteld. Het besluit van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes luidt:

“Een prijsverantwoording werd gevraagd aan de economisch meest voordelige bieder, met name Remondis België sprl mbt de gegroepeerde offerte voor perceel 1+2+3+4 gezien de forse prijsreductie bij samenvoeging van alle percelen tov de basisofferte.

Hun verduidelijking luidt als volgt:

“De prijszetting bij gunning van alle percelen is identiek aan de prijszetting voor de afzonderlijke percelen. Met dien verstande dat alle bijkomende kosten zoals een planner, reservewagens, kosten van een site en dergelijke zich slechts eenmaal voordoen.

Zo komen we op een totaalprijs van 1.794.530,65 per jaar excl. btw. Hiervoor werd dezelfde inzet gerekend als in de afzonderlijke percelen.

Er worden 6 nieuwe wagens aangeschaft alsook 2 reservewagens paraat gemaakt om uitsluitend ingezet te worden voor deze opdracht.

Er wordt een site gezocht en gehuurd die specifiek ingezet wordt voor deze opdracht.

Er wordt een planner aangesteld die zich uitsluitend focust op deze aanbesteding.’

Eveneens wordt vastgesteld dat deze gegroepeerde offerte slechts 1,11% afwijkt van de geraamde som van alle percelen.”

Vervolgens worden de offertes per perceel vergeleken aan de hand van de gunningscriteria. Per perceel wordt een finale rangschikking van de regelmatige offertes opgemaakt. Daarna vergelijkt de verwerende partij “de beste offerte” per perceel met de groepsofferte van de bv Remondis België, en wordt een tweede finale rangschikking opgemaakt, waaruit volgt dat deze laatste voor elk van de vier percelen de economisch meest voordelige offerte is. Er wordt dan ook voorgesteld de vier percelen van de opdracht te gunnen aan de bv Remondis België voor een totaalbedrag van 1.794.530,65 euro, btw inbegrepen.

3.5. Op 12 mei 2020 beslist de verwerende partij om de opdracht voor de vier percelen te gunnen aan de bv Remondis België.

Dit motivering van dit besluit luidt:

“Gelet op het verslag van nazicht dd. 11/05/2020 omvattende een kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het regelmatigheidsonderzoek van de offertes en de vergelijking van de offertes op basis van de gunningscriteria;

Gelet op het totale gunningsbedrag van de beste bidder volgens de gegroepeerde offerte van Remondis wat neerkomt op een bedrag van € 1.794.530,65 excl Btw (raming P1 tem P4: 1.774.000 per jaar) sterk afwijkt van de andere biedingen waardoor een prijsverantwoording werd opgevraagd en verkregen;

Gezien uit de prijsverantwoording van de beste bidder waaruit blijkt dat door samenvoeging van percelen de bijkomende kosten zoals planner, reservewagens, huur site kunnen gespreid worden over 4 percelen en waarbij voldoende ophaalcapaciteit kan gegarandeerd worden met de ophaalwagens (6+2=8) die inzetbaar zijn voor meerdere percelen;

Gezien bij de selectiecriteria een minimumeis is voorzien met betrekking tot het minimum aantal ophaalvoertuigen per perceel doch dat dit niet kan doorgetrokken worden bij samenvoeging van alle vier de percelen. Er kan gesteld worden dat voor elk van de afzonderlijke percelen het nodige en vereiste materiaal kan ingezet worden. Dit hoeft niet cumulatief geïnterpreteerd te worden: ook bij gunning aan bijvoorbeeld 4 afzonderlijke opdrachtnemers wordt niet verwacht of vereist dat het materiaal exclusief voor de te gunnen opdracht/perceel ingezet wordt. De indiener kan mits akkoord van IVVO deze wagens die uitgerust worden met ident- en weegapparatuur van IVVO ook gebruiken voor ophalingen in andere regio's. Er wordt enkel vereist dat er prioritair voldoende capaciteit aanwezig is voor de uitvoering van deze opdracht, op de data dat de ingeplande ophalingen moeten uitgevoerd worden. Het is dus geen minimum vereiste bij samenvoeging van percelen gezien de Voertuigen voor 1 of meerdere percelen kunnen ingezet worden en zo de inzet wordt geoptimaliseerd.”

De verzoekende partijen worden in kennis gesteld van de beslissing tot gunning bij aangetekende brieven en e-mailberichten van 13 mei 2020.

IV. Tussenkost

4. De bv Remondis België blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de 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.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Te dezen is evenwel ook 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’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partijen voeren in het eerste middel de schending aan van de artikelen 76, § 1 en § 3, *juncto* artikel 58, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en artikel 49 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 *juncto* de artikelen 35 en 36, § 1 en § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juni 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), artikel I.5 van het bestek en van het transparantiebeginsel.

Zij betogen dat de tussenkomen partij ten onrechte werd geselecteerd niettegenstaande onvoldoende ophaalvoertuigen worden ingezet, minstens de prijsverantwoording die gegrond is op een onvoldoende inzet van ophaalvoertuigen, had moeten worden verworpen. Voorts dat het transparantiebeginsel de aanbesteder verplicht om de inschrijvers op voorhand duidelijk te maken hoe zij moeten inschrijven en hoe hun offerte zal worden geëvalueerd om een zo eerlijke mededinging te verzekeren.

De verzoekende partijen lichten het middel toe als volgt:

“Er worden door [de gekozen inschrijver] permanent 6 in plaats van 9 ophaalvoertuigen ingezet. De reservewagens inclusief zijn er slechts 8 in plaats van 9 ophaalvoertuigen.

Aldus voldoet [de gekozen inschrijver] niet aan de minimumvereiste inzake ophaalvoertuigen in het bestek en had minstens haar gegroepeerde offerte niet mogen geselecteerd worden.

Als verwerende partij in de bestreden beslissing — die pas werd bekendgemaakt na de protesten van eerste verzoeksters — stelt dat de

aantallen per perceel ‘niet cumulatief zijn’ en dat ‘mits akkoord van IVVO’ de ophaalvoertuigen ook voor andere regio's kunnen ingezet worden, dient benadrukt te worden dat (a) zulks niet in het bestek staat. Integendeel heet het dat de selectiecriteria voor alle percelen gelden; (b) er voorwaardelijkheid is, — het voorafgaand akkoord van verweerster en (c) de effectieve inzet van de opgelegde ophaalvoertuigen nodig zijn en zeker voor het eerste perceel.

Dit betreft een substantiële onregelmatigheid op basis waarvan de offerte moet geweerd worden.

Het is het ene of het andere. Ofwel werd de verkozen groepsofferte van [de gekozen inschrijver] geselecteerd, niettegenstaande [de gekozen inschrijver] bij de prijsverantwoording uitdrukkelijk toegeeft niet te beantwoorden aan de technische selectiecriteria, ofwel heeft [de gekozen inschrijver] bij de prijsverantwoording een toelichting gegeven die strijdt met de eigen inschrijving (en met de in de offerte opgelegde verklaring inzake technische uitrusting), en dan moet de prijsverantwoording onvermijdelijk geweerd worden. Een prijsverantwoording die immers wordt gegeven op basis van een technische uitrusting die niet conformeert aan de minimumvereisten van het bestek, is noodzakelijkerwijze een ontoelaatbare prijsverantwoording.

En in elk geval blijkt uit de bestreden beslissing en het daaraan onderliggende verslag van nazicht niet waarom, niettegenstaande de eigen verklaring van [de gekozen inschrijver], toch aan de minimumvereisten zou worden voldaan en/of toch een aanvaardbare prijsverantwoording zou voorliggen.

Doordat de bestreden beslissing de offerte van [de gekozen inschrijver] niet heeft geweerd, is ze onwettig.”

8. In hun zittingsnota voegen de verzoekende partijen nog het volgende toe aan hun betoog:

“In het bestek wordt rechtstreeks noch onrechtstreeks voorzien dat deze minimumvereisten niet zou gelden bij een gegroepeerde offerte. Zulks blijkt evenmin (expliciet of impliciet) uit de bepalingen van het bestek. De enige wettelijke, intuïtieve en logische lezing van het bestek is dat de minimumvereisten voor de 4 percelen wel degelijk cumulatief gelden bij een gegroepeerde offerte.

Anders oordelen zou een evidente schending van het gelijkheids- en niet-discriminatie-beginsel inhouden. Ten eerste konden andere inschrijvers geenszins veronderstellen dat zij minder ophaalwagens zouden moeten inzetten bij een gegroepeerde offerte. Ten tweede is het volkomen onduidelijk hoeveel ophaalwagens er minimaal moeten worden ingezet bij

een gegroepeerde offerte. Zes? Drie? Of zelfs maar één? Het stilzwijgen van het bestek zou volledige willekeur mogelijk maken.

Verzoekers wijzen verder op de wijze waarop in het verslag van nazicht wordt overgegaan tot een controle van de selectiecriteria ... waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de basisoffertes en de gegroepeerde offerte van Remondis. Uit de woorden ‘eventuele tekortkomingen zijn niet essentieel’ in dit verslag kan geenszins worden afgeleid dat de inschrijvers zomaar konden afwijken van de minimumvereisten inzake ophaalvoertuigen.”

Beoordeling

9. Overeenkomstig artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 peilen selectiecriteria naar het vermogen van de inschrijver om de te gunnen opdracht naar behoren uit te voeren. De aanbestedende overheid beschikt in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsruimte bij het uitleggen en het toepassen van de selectiecriteria. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe de kandidaten te beoordelen vanuit het oogpunt van de technische bekwaamheid aan de hand van de vereisten daaromtrent gesteld in de opdracht-documenten, en om daarbij de in dat verband de voorgelegde documenten en inlichtingen te betrekken. Wel dient de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de kandidaten de regels die zij zelf heeft vastgesteld in de opdracht-documenten te respecteren, alsook de beginselen van behoorlijk bestuur. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen bestek te schenden.

10. Er wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat de aanbestedende overheid, door een minimumaantal voor de uitvoering van de diverse percelen van de opdracht beschikbare “ophaalvoertuigen die voldoen aan technische vereisten bestek” op te nemen als selectie criterium, heeft willen garanderen dat de inschrijvers over de nodige ophaalcapaciteit zouden beschikken om de percelen van de opdracht naar behoren uit te voeren. De doelstelling van het betrokken selectie criterium is dat de inschrijvers dienen aan te tonen over het vereiste minimumaantal ophaalvoertuigen te beschikken om elk van de betrokken percelen naar behoren uit te voeren op het ogenblik dat zij uitgevoerd moeten worden.

Met de verwerende partij lijkt te moeten worden vastgesteld dat het aantal ophaalvoertuigen dat per perceel wordt vermeld in het betrokken selectiecriterium niet cumulatief geldt. Uit de in het bestek opgenomen mogelijkheid voor de inschrijvers om de ophaalvoertuigen in te zetten voor andere opdrachten, mits een schriftelijk akkoord van het bestuur, lijkt integendeel te volgen dat ophaalvoertuigen mogelijks voor meerdere percelen kunnen worden gebruikt, bijvoorbeeld op andere dagen in de week. Het bestek bepaalt dat er aan het betrokken selectiecriterium voldaan moet zijn ‘per perceel’, wat enkel lijkt in te houden dat er dient te worden aangetoond dat de inschrijver over het vereiste aantal wagens kan beschikken om het betrokken perceel uit te voeren.

11. Uit de als vertrouwelijk neergelegde offerte van de tussenkommende partij – waar de Raad van State acht op mag slaan – blijkt dat voor elk van de vier percelen een “voorstel voor de ophaalkalender” wordt gedaan waaruit kan worden afgeleid dat zij kan voldoen aan de minimumvereiste van minimum drie (voor perceel 1) en minimum twee (voor de percelen 2, 3, 4 en dit per perceel) ophaalvoertuigen. Er wordt bij elk perceel uitdrukkelijk verklaard dat bij gunning van dit perceel het vereiste aantal nieuwe wagens zal worden aangekocht, met name drie wagens voor perceel 1 en twee wagens voor perceel 2, 3 en 4, en dat bij gunning van de percelen 1 tot 4 er zes nieuwe wagens zullen worden aangekocht.

In antwoord op de door de verwerende partij gevraagde prijsverantwoording wordt nog toegelicht dat zes nieuwe wagens aangeschaft zullen worden alsook twee reservewagens paraat gemaakt om uitsluitend ingezet te worden voor deze opdracht.

De tussenkommende partij maakt aannemelijk dat in geval van een “gegroepeerde” offerte zij de efficiënte organisatie van haar dienstverlening kan verhogen door het gebruik van de ophaalvoertuigen slim te plannen over ophaalde kalenders van de vier percelen heen, zodat elk individueel voertuig maximaal, namelijk elke dag, kan rijden, en dat een goed georganiseerde ophaalkalender maakt dat het dagelijks aantal te gebruiken voertuigen op piekmomenten kan worden beperkt tot zes (laagseizoen) of zeven (hoogseizoen) ophaalvoertuigen.

In de mate dat de verzoekende partijen met hun kritiek *de facto* willen opleggen dat de ophaalvoertuigen exclusief voor één welbepaald perceel moeten worden gebruikt en hetzelfde fysieke ophaalvoertuig dus niet voor meerdere percelen binnen de opdracht zou mogen worden ingezet, lijken zij op het eerste gezicht meer in het bestek te lezen dan wat er redelijkerwijs mag worden uit afgeleid.

Uit wat voorafgaat lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat de verwerende partij, door te beslissen dat uit de prijsverantwoording van de tussenkomen de partij blijkt dat voldoende ophaalcapaciteit kan worden gegarandeerd met de ophaalvoertuigen (6+2=8) die inzetbaar zijn voor meerdere percelen, een invulling aan het selectie criterium heeft gegeven die niet strijdig is met de in het middel aangevoerde bepalingen.

12. In de mate dat de verzoekende partijen de schending aanvoeren van het transparantiebeginsel, maken zij niet aannemelijk dat het bestek wat het betrokken selectie criterium betreft, zo onduidelijk zou zijn dat dit een eerlijke mededinging in de weg zou staan. Waar de verzoekende partijen in hun zittingsnota nog in het bijzonder de schending van het gelijkheidsbeginsel aanvoeren, lijken zij aan het middel een nieuwe wending te geven die zij eerder in het debat hadden kunnen en moeten brengen, zodat deze argumentatie niet ontvankelijk is.

13. Het middel dient, voor zover ontvankelijk, op het eerste gezicht als niet ernstig te worden verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partijen voeren in het tweede middel de schending aan van de artikelen 83 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35, 36, § 1 tot § 3, en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

15. In een eerste onderdeel voeren zij het volgende aan:

“Uit de toelichting in het verslag van nazicht kan niet worden uitgemaakt dat aan [de gekozen inschrijver] prijsverantwoording is gevraagd voor de abnormaal hoge totaalprijzen, wat haar basisofferte betreft. Integendeel, er is schijnbaar enkel om prijsverantwoording gevraagd ‘mbt de gegroepeerde offerte voor perceel 1+2+3+4 gezien de forse prijsreductie bij samenvoeging van alle percelen tov de basisofferte’.

Door geen prijsverantwoording gevraagd te hebben voor wat betreft de abnormale hoge eenheidsprijzen van [de gekozen inschrijver], minstens door desbetreffend niets te hebben gemotiveerd, worden alle in het tweede middel omschreven bepalingen kennelijk geschonden.

In dit verband benadrukken verzoekers dat artikel 1.13 van het bestek toelaat dat de inschrijver zijn offerte kan aanvullen met verbeteringsvoorstellen die hij per perceel toestaat in geval van samenvoeging van bepaalde percelen waarvoor een offerte wordt ingediend. Artikel 50 van KB-Plaatsing laat toe dat de inschrijver in zijn offertes voor meerdere percelen, hetzij een of meerdere prijskortingen, hetzij een of meerdere verbeteringsvoorstellen, mag aanbieden, op voorwaarde dat de opdracht-documenten het niet verbieden. Uitgangspunt van verzoekster is dat indien de basisofferte onregelmatig is wegens abnormaal hoge eenheidsprijzen, de gegroepeerde offerte ten node onregelmatig is. Er wordt immers een korting of verbetering gegeven op de basisofferteprijs, het betreft geen variante.

Aldus kon verweerster de abnormaal hoge prijzen van [de gekozen inschrijver] niet negeren.”

In hun zittingsnota voegen de verzoekende partijen nog het volgende toe aan hun betoog:

“Ten gronde.

Wederpartijen mogen niet doen alsof de gegroepeerde offerte een volkomen zelfstandige offerte is, naast de basisofferte. De gegroepeerde offerte is slechts mogelijk mits ‘verbetering’ van de basisoffertes. Zonder basisoffertes, geen gegroepeerde offerte. Zonder regelmatige basisofferte, geen gegroepeerde offerte. Aldus moeten eerst de basisoffertes van Remondis onderworpen worden aan een onderzoek[.]

In het verslag van nazicht worden abnormale hoge prijzen geïdentificeerd in de basisoffertes van Remondis, zodat verweerster de verplichting had om zich daarover te bevragen. Zulks is niet gebeurd. In tegendeel, uit stuk I.4 van het administratief dossier blijkt uitdrukkelijk dat er enkel gevraagd is om prijsverantwoording van de abnormaal lage prijzen bij de gegroepeerde offerte.

Ten gronde doet Remondis niet eens een poging om te argumenteren dat er in haar prijsverantwoording een motivering is aangaande de abnormaal hoge prijzen van haar basisoffertes. Laat verweerster dus vooral niet zeggen dat de motivering van de gegroepeerde offerte met abnormaal lage prijzen kan dienen als motivering van de abnormaal hoge prijzen van elk van de 4 basisoffertes. En natuurlijk maakt de loutere omstandigheid dat in de prijsverantwoording van Remondis (stuk 1.5) wordt gesteld dat de prijszetting bij gunning van de gegroepeerde offertes identiek is aan de prijszetting voor de afzonderlijke percelen, verminderd met de ‘bijkomende kosten’, op geen enkele wijze een verantwoording uit van de abnormaal hoge prijzen van de basisoffertes. Het motiveringsgebrek is apert en het eerste middelonderdeel is kennelijk ernstig.”

16. De verzoekende partijen voeren in het tweede onderdeel het volgende aan:

“[De] Raad heeft al eerder gesteld dat een prijs tot verantwoording in hoofde van de inschrijver een ernstige aangelegenheid is. Hij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar dient zijn vermoedelijk abnormaal lage totaalprijs specifiek, concreet onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd te verantwoorden. De bewijslast inzake de normaliteit van de prima facie abnormaal laag bevonden totaalprijs ligt bij de betrokken inschrijver.

In casu is de prijsverantwoording voor de abnormaal lage totaalprijzen zeer algemeen. [De gekozen inschrijver] beperkt er zich toe dat de bijkomende kosten, zoals een planner, reservewagens, kosten van een site en dergelijke meer zich slechts één maal voordoen. Deze verantwoording is al vaag en te algemeen en te weinig onderbouwd. Zo is er geen enkele toelichting met betrekking tot de financiële impact van het schaalvoordeel en het winstpercentage, in acht genomen de ‘forse prijsreductie’ in de gegroepeerde offerte van [de gekozen inschrijver].

Daarnaast is er de overweging dat er 6 nieuwe wagens worden aangeschaft alsook 2 reservewagens, daar waar het bestek een minimale vereiste oplegt van 9 wagens (zie eerste middel). Een verantwoording die strijdt met de in het bestek opgelegde minimale vereisten is ten node onwettig (zie ook eerste middel).”

In hun zittingsnota voegen zij nog het volgende toe aan hun betoog:

“Wederpartijen verwijzen naar de schaalvoordelen bij een gezamenlijke uitvoering van de opdracht van de 4 percelen.

Verzoekers spreken niet tegen dat er schaalvoordelen zijn, maar de impact daarvan wordt door Remondis zowel financieel als organisatorisch ruim overdreven. Verzoekers beperken zich tot bedenkingen:

- het kortingspercentage varieert van zowat 20% (perceel 4) tot ruimschoots meer dan 40% (perceel 2), hetgeen onverklaarbaar is indien de schaalvoordelen gelijkelijk zijn voor de 4 percelen
- het aantal door Remondis ingezette ophaalwagens varieert enorm, derwijze op sommige dagen slechts 4 mensen werken en op andere dagen 14 (benevens de planner). Men ziet niet in hoe de betaling gebeurt van deze mensen.”

Voorts maken de verzoekende partij dan nog melding van zekere briefwisseling tussen haar en de tussenkomende partij van nà de gunningsbeslissing waaruit zou blijken dat de tussenkomende partij de uitvoering van haar “gegroepeerde” offerte niet kan waarmaken.

Beoordeling

Eerste onderdeel

17. Overeenkomstig de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is de aanbestedende overheid ertoe gehouden om in het kader van het algemeen prijsonderzoek vastgestelde abnormale prijzen te bevragen in offertes die voor gunning in aanmerking komen. De aanbestedende overheid mag alleszins, gelet op artikel 36, § 1, van het voormelde koninklijk besluit, niet over een schijnbaar abnormale prijs in een offerte heen stappen en de opdracht aan de betrokken inschrijver gunnen, zonder eerst een abnormaleprijzenonderzoek op die offerte uit te voeren. Het lijkt op het eerste gezicht evenwel niet de *ratio legis* van het onderzoek naar abnormale prijzen te zijn dat de aanbestedende overheid een prijzenonderzoek uitvoert op offertes die volgens haar toch in geen geval voor gunning in aanmerking komen, bijvoorbeeld omdat de prijszetting ervan te hoog is,

zoals te dezen het geval bleek te zijn voor onder meer de basisoffertes van de tussenkomende partij voor elk van de vier percelen afzonderlijk.

De verwerende partij heeft te dezen een nazicht gedaan van de abnormale totale offerteprijzen van alle offertes, door per perceel de prijs van elke offerte te vergelijken met de gemiddelde offerteprijs en de geraamde offerteprijs. Vervolgens heeft zij een prijsverantwoording gevraagd aan de tussenkomende partij voor de “gegroepeerde” offerte “gezien de forse prijsreductie bij samenvoeging van alle percelen tov de basisofferte”. De tussenkomende partij heeft in haar prijsverantwoording gesteld dat de prijszetting identiek is met dien verstande dat alle bijkomende kosten zoals een planner, reservewagens en kosten van een site zich slechts éénmaal voordoen.

Bijgevolg lijken de verzoekende partijen niet aan te tonen dat de verwerende partij te dezen, gelet op de feitelijke context van de zaak, ertoe gehouden zou zijn geweest om eerst de schijnbaar abnormaal hoge totaalprijzen van de gekozen inschrijver bij gunning van de afzonderlijke percelen aan een abnormaleprijzenonderzoek te onderwerpen en een prijsverantwoording te vragen.

18. In de mate dat de verzoekende partijen stellen dat “indien de basisofferte onregelmatig is wegens abnormaal hoge eenheidsprijzen, de gegroepeerde offerte ten node onregelmatig is”, omdat een korting of verbetering gegeven is op de basisofferteprijs en het geen variante betreft, lijken zij te vertrekken van een verkeerd uitgangspunt. Uit de offertes van de tussenkomende partij blijkt dat de eenheidsprijzen per inwoner en per geledigde container in de zogenaamde “gegroepeerde” offerte lager is dan in geval van een individuele offerte, en per perceel verschillend, wat erop wijst dat per perceel werd bekeken welke kosten, eigen en gemeen aan elk perceel, kunnen worden gedeeld.

De omstandigheid dat de offertes van de tussenkomende partij in het geval de vier percelen worden samengevoegd, luidens artikel I.13 van het bestek een “aanvulling” of “verbeteringsvoorstel” zijn ten opzichte van de basisoffertes voor de vier percelen afzonderlijk, lijkt daar geen afbreuk aan te doen. De opdracht wordt immers niet op grond van die basisoffertes voor de vier percelen afzonderlijk aan de tussenkomende partij gegund.

Tweede onderdeel

19. Een aanbestedende overheid beschikt over een aanzienlijke beoordelingsruimte om de in het kader van een onderzoek naar abnormale prijzen gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Het komt niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, en dat daarbij de appreciatie van het bestuur de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan.

20. Op grond van de *sub* 3.4. weergegeven motieven in het verslag van nazicht, heeft de verwerende partij de door de gekozen inschrijver verstrekte prijsverantwoording voor de totaalprijzen van de offertes voor de percelen 1, 2, 3 en 4 bij samenvoeging van de percelen aanvaard.

Uit deze motieven blijkt dat de tussenkomen partij een korting toekent indien alle vier de percelen worden gegund, omdat in dat geval alle bijkomende kosten zoals een planner, reservewagens, kosten van een site zich slechts éénmaal voordoen. De verwerende partij heeft die verantwoording aanvaard en eveneens vastgesteld dat “deze gegroepeerde offerte slechts 1,11 % afwijkt van de geraamde som van alle percelen”.

Op het eerste gezicht kunnen ook niet-cijfermatige gegevens een prijsverantwoording uitmaken, des te meer indien een prijsverantwoording werd gevraagd voor een totaalprijs. De aanbestedende overheid lijkt te dezen geen beoordelingsfout te maken wanneer zij aanneemt dat de schaalvoordelen waarover de tussenkomen partij beschikt en die zij in haar prijsverantwoording toelicht, inderdaad een positieve impact kunnen hebben op de prijs die zij aanrekent voor een concrete dienstverlening.

Dat de verzoekende partijen in hun zittingsnota er een andere zienswijze op na houden wat de impact betreft van de schaalvoordelen op de

prijszetting van de tussenkomende partij, lijkt de inschatting van de aanbestedende overheid daarom nog niet onrechtmatig te maken.

Daarnaast mag de door de aanbestedende overheid opgestelde raming als maatstaf worden gehanteerd bij het prijsonderzoek. De omstandigheid dat de totaalprijs van de offerte van de tussenkomende partij geheel in de lijn ligt van de raming is een positief element dat lijkt te mogen worden betrokken in de eindbeoordeling van de prijsverantwoording.

21. Gelet op deze elementen blijkt niet, minstens niet op het eerste gezicht, dat het aanvaarden van de prijsverantwoording van de tussenkomende partij door de aanbestedende overheid te dezen zou zijn gebeurd met schending van de in het middel aangevoerde bepalingen.

In zoverre de verzoekende partijen in dit tweede onderdeel aanvoeren dat het bestek minimaal negen ophaalvoertuigen vereist, wordt verwezen naar de beoordeling van het eerste middel.

Het betoog in de zittingsnota van de verzoekende partijen gesteund op briefwisseling tussen de inschrijvers die dateert van nà het nemen van de gunningsbeslissing, is op het eerste gezicht niet dienstig om tot de onwettigheid van de bestreden beslissing te besluiten.

22. De twee onderdelen van het tweede middel dienen op het eerste gezicht als niet ernstig te worden verworpen.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Remondis België tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De kennisgeving van dit arrest aan de partijen gebeurt met een e-mailbericht.

4. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 600 euro, elk voor een derde, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken op zesentwintig juni tweeduizend twintig door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Patricia De Somere