

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 249.703 van 2 februari 2021

in de zaak A. 232.635/XII-9027

In zake: de NV TAXI HENDRIKS ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Mertens en Stefano Geebelen
kantoor houdend te 3580 Beringen
Paalsesteenweg 81
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdende te 9000 Gent
Fortlaan 95

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 januari 2021, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“1. de beslissing van verwerende partij van 21 december 2020 tot gunning
aan Huur een Stuur bv van Perceel 1 - Haven van Antwerpen + pendel in het
kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB
Loodswezen’ (bestek nr. DABL/20/03) (stuk 1.1)

2. de beslissing van verwerende partij van 21 december 2020 tot gunning
aan Huur een Stuur bv van Perceel 2 - Haven van Gent in het kader van de
overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’
(bestek nr. DABL/20/03)) (stuk 1.1)

3. de beslissing van verwerende partij van 21 december 2020 tot gunning
aan Huur een Stuur bv van Perceel 3 - Kusthavens in het kader van de

overheidsopdracht ‘personen vervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’ (bestek nr. DABL/20/03) (stuk 1.1)

4. de beslissing van verwerende partij van 21 december 2020 tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 4 - Vlissingen Nederland in het kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’ (bestek nr. DABL/20/03) (stuk 1.1)”.

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 28 januari 2021, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stefano Geebelen, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht van diensten uit met als benaming ‘Personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’ en onderverdeeld in de volgende percelen:

Perceel 1: Haven van Antwerpen + pendel

Perceel 2: Haven van Gent

Perceel 3: Kusthavens

Perceel 4 : Vlissingen Nederland.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 augustus 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 2 september 2020.

Aangaande het prijs- en kostenonderzoek bepaalt het bestek:

“A.4.4. Prijs- of Kostenonderzoek (Art. 35 en 37 kb Plaatsing)

Op verzoek van de aanbestedende overheid verstrekt de inschrijver alle nodige inlichtingen om het prijsonderzoek van zijn offerte mogelijk te maken.

De aanbestedende overheid kan ofwel zelf overgaan tot, ofwel een persoon aanduiden voor het uitvoeren van alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse, teneinde de juistheid na te gaan van de gegevens die de inschrijver in het raam van het prijsonderzoek heeft verstrekt.

Deze opdracht is een opdracht tegen een maandelijks vast bedrag en een kilometerprijs voor de afgelegde kilometers.

Het maandelijks vast bedrag moet een realistische weerspiegeling zijn van de vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens (bijv. huur gebouwen, personeelskosten, verzekeringen, etc.). De kilometerprijs dient een realistische weerspiegeling te zijn van de variabele kosten naargelang de inzet van de wagens (onderhoud, tanken en/of laden, etc.). De opdrachtnemer is verplicht om zijn vergoeding te baseren op deze twee componenten. Andere soorten vergoedingen of kostenstructuren (m.u.v. art. A.4.3.b - toltunnels) worden niet toegestaan op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte.

De kilometerprijs en het maandelijks vast bedrag zijn herzienbaar overeenkomstig punt B.31 prijsherziening.”

Het bestek vermeldt voorts de volgende gunningscriteria:

“-Het bedrag van de offerte (per perceel adhv het geraamd aantal km, regel van drie): 80 punten;
- Plan van aanpak (zie bijlage IX): 20 punten.”

3.2. Zeven inschrijvers dienen een offerte in. De verzoekende partij dient een offerte in voor de vier percelen.

3.3. In het kader van het prijsonderzoek vraagt de verwerende partij om advies van de cel Prijsadvies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van het departement Mobiliteit en Openbare Werken, welk advies op 21 oktober 2020 wordt verstrekt.

Vervolgens richt de verwerende partij op 22 oktober 2020 een verzoek tot prijsverantwoording aan alle inschrijvers, waarna alle inschrijvers ook een prijsverantwoording verstrekken.

3.4. Inzake het prijsonderzoek besluit het gunningsverslag van 10 november 2020 dat alle geselecteerde offertes voor nadere beoordeling in aanmerking komen.

Vervolgens worden die offertes per perceel getoetst aan de gunningscriteria. De offerte van de bv Huur een Stuur blijkt voor de vier percelen als eerste te worden gerangschikt.

Voorgesteld wordt om de vier percelen van de opdracht te gunnen aan deze inschrijver.

3.5. Op 21 december 2020 beslist de Vlaamse Minister van Mobiliteit en Openbare Werken om de vier percelen van de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag, dat tot integraal deel van de beslissing wordt verklaard, te gunnen aan bv Huur een Stuur.

Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van diezelfde dag wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen, en wordt haar de bestreden beslissing medegedeeld met een uittreksel van het gunningsverslag.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 2 en 3 van de wet 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”,

“Doordat verwerende partij heeft geoordeeld dat de offerte van Huur een Stuur bv schijnbaar abnormale prijzen bevat waardoor verwerende partij verplicht was om een prijsverantwoording te vragen in de zin van artikel 36 KB Plaatsing.

Dat verwerende partij in het gunningsverslag bevestigt dat zij een prijsverantwoording aan Huur een Stuur bv heeft gevraagd, doch daaropvolgend bij de beoordeling over deze prijsverantwoording van Huur een Stuur bv en bij het besluit tot het niet-abnormale karakter van de prijzen van deze inschrijver zich beperkt tot één algemene en in essentie nietszeggende zin.

Terwijl in het kader van een prijsbevraging in de zin van artikel 84 Wet Overheidsopdrachten en artikel 36 KB Plaatsing verwerende partij als administratieve overheid - aanbestedende overheid krachtens de formele motiveringsplicht ertoe gehouden is de niet-gekozen inschrijver, met name verzoekende partij, in staat te stellen in casu te beoordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissingen te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Dat dit laatste impliceert dat verzoekende partij uit de motivering van de gunningbeslissing moet kunnen afleiden om welke redenen de prijsverantwoording van Huur een Stuur bv in redelijkheid aan verwerende partij toelieten om binnen haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid de prijzen van Huur een Stuur bv alsnog als normaal te beschouwen.

Zodat bijgevolg de bestreden beslissingen prima facie schenden artikel 84 van de Wet Overheidsopdrachten, artikel 36 KB Plaatsing, alsmede de formele motiveringsplicht die is opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 en het zorgvuldigheidsbeginsel.”

Beoordeling

6. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

7. De aanbestedende overheid beschikt over beoordelingsruimte om de in het kader van een onderzoek naar abnormale prijzen gegeven verantwoording 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.

De betrokken motieven dienen ook te worden veruitwendigd teneinde een controle mogelijk te maken. Indien de aanbestedende overheid een prijsonderzoek heeft gevoerd en een prijsverantwoording heeft gevraagd, dient zij hierover inhoudelijk standpunt in te nemen alvorens de beslissing te nemen om de gekozen inschrijver de opdracht te gunnen. Op grond van de formelemotiveringsverplichting moet worden aangenomen dat in de gunningsbeslissing afdoende redenen moeten worden opgegeven waarom een gekozen offerte na prijsonderzoek regelmatig wordt bevonden.

8. Te dezen wordt in het gunningsverslag, dat integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissing, in het kader van het prijsonderzoek van de offertes van de vijf geselecteerde inschrijvers opgemerkt dat, gelet op de verschillen tussen de ingediende offertes onderling aan de hand van het mathematisch gemiddelde alsook ten opzichte van de raming, advies werd ingewonnen bij de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken en dat in navolging van dat advies al

deze inschrijvers werd gevraagd om een prijsverantwoording in te dienen. Met betrekking tot het onderzoek van deze prijsverantwoording wordt in het gunningsverslag vermeld: “Alle inschrijvers hebben tijdig hun verantwoording bezorgd aan de aanbestedende overheid. De door de onderzochte inschrijvers aangeboden prijzen zijn te verklaren a.d.h.v. de invulling of keuzes die gemaakt werden ter realisatie van de opdracht. De globale offertebedragen zijn niet abnormaal, waardoor alle geselecteerde offertes voor verdere beoordeling in aanmerking komen.”

9. De verwerende partij doet in haar nota gelden dat er geen onduidelijkheid zou voorliggen met betrekking tot het voorwerp van de prijsverantwoording nu uit het gunningsverslag duidelijk blijkt dat de totale inschrijvingsprijzen voor de vier percelen het voorwerp hebben uitgemaakt van een vraag tot prijsverantwoording en dat in de “gunningsbeslissing” (bedoeld is wellicht : gunningsverslag) vervolgens werd gemotiveerd dat voor alle inschrijvers het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoonde.

Zij lijkt echter in die stelling niet te mogen worden bijgevalen. Uit de in het gunningsverslag opgenomen formele motivering blijkt weliswaar dat de verwerende partij ten aanzien van alle geselecteerde inschrijvers prijzen schijnbaar abnormaal heeft bevonden. Nergens blijkt echter of het gaat om schijnbaar abnormale totaalprijzen en/of eenheidsprijzen, noch of de verzoeken tot prijsverantwoording en verstrekte prijsverantwoordingen betrekking hadden op schijnbaar abnormale totaalprijzen en/of eenheidsprijzen.

Dat het slechts de totale inschrijvingsprijzen zijn van de vier percelen die het voorwerp hebben uitgemaakt van een vraag tot prijsverantwoording, zoals de verwerende partij lijkt te willen doen uitschijnen in haar nota, lijkt voorts op het eerste gezicht geen bevestiging te vinden in de verzoeken tot prijsverantwoording en het voorafgaand advies verstrekt door ATO, waarin wel degelijk voor alle offertes zowel de totaalprijs als eenheidsprijzen worden bevraagd. Die stukken werden neergelegd als vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, doch de Raad heeft daar kennis van genomen. Zoals blijkt uit de inventaris, gevoegd bij het bestek omvat de totaalprijs voor elk perceel,

twee deelposten, meer bepaald de prijs per kilometer en een vast maandbedrag (totaal per 12 maanden).

10. De verwerende partij werpt nog op dat “het onbetwistbaar is dat de prijsverantwoording die door belanghebbende partij werd ingediend én cijfermatig onderbouwd is en tevens – als enige – melding maakt van de concrete en specifieke voordelen waarop belanghebbende partij zich kan c.q. wenst te beroepen”. Hierbij moet worden opgemerkt dat er hieromtrent geen enkele motivering werd opgenomen in de bestreden beslissing of in het bijhorende gunningsverslag, nog afgezien van de vaststelling dat het gunningsverslag ter zake geen enkel onderscheid lijkt te maken tussen de offertes van de vijf geselecteerde inschrijvers.

11. De loutere vermeldingen in het gunningsverslag, dat alle inschrijvers tijdig hun verantwoording aan de aanbestedende overheid hebben bezorgd, dat de door de onderzochte inschrijvers aangeboden prijzen te verklaren zijn aan de hand van de invulling of keuzes die gemaakt werden ter realisatie van de opdracht en dat de globale offertebedragen niet abnormaal zijn, volstaat in de voormelde omstandigheden niet als afdoende formeleredengeving.

De aanname in het gunningsverslag, dat de globale offertebedragen niet abnormaal zijn, is op het eerste gezicht immers te algemeen en geschreven bij wijze van conclusies, waarbij ook geen enkel onderscheid wordt gemaakt tussen de vier percelen en de vijf geselecteerde inschrijvers aan wie prijsverantwoordingen werden gevraagd. Minstens lijkt deze motivering niet concreet naar de beoordeling van de prijsverantwoordingen verstrekt door de vijf inschrijvers toe geschreven. Zo wordt ook nergens in de gunningsbeslissing of het gunningsverslag concreet aangegeven welke argumenten de gekozen inschrijver aanbrengt voor zijn schijnbaar abnormale prijzen, noch waarom deze argumenten door de verwerende partij als aanvaardbaar worden beschouwd om het schijnbaar abnormaal karakter, dat volgens de verwerende partij zelf aan deze prijzen kleeft, weg te nemen. Zulks klemmt des te meer nu de Raad van State bij kennisname van de stukken van het dossier heeft vastgesteld dat de prijsverschillen tussen de offertes en in vergelijking met de raming reusachtig mogen worden genoemd (bijvoorbeeld: bij een bepaalde offerte wijkt de totaalprijs 287,4 % af van de

raming; bij sommige eenheidsprijzen is die afwijking nog een veelvoud van dat percentage).

12. In zoverre de verwerende partij in haar verweernota verwijst naar het advies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO) valt op te merken dat een motivering door verwijzing niet geldt als afdoende motivering wanneer dit advies niet aan de betrokkenen ter kennis werd gebracht. Bovendien blijkt dit advies van 12 oktober 2020 geen betrekking te hebben op de beoordeling van de verstrekte prijsverantwoordingen, nu het hieraan vooraf gaat.

13. De verwerende partij beroept zich ten slotte nog op de vertrouwelijkheid van de gegevens vervat in de prijsverantwoordingen.

Vastgesteld dient te worden dat op grond van artikel 10 van de voormelde wet van 17 juni 2013 “bepaalde gegevens niet [mogen] worden meegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van publieke of private ondernemers of de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden.”

Het lijkt evenwel dat deze verplichting niet steeds als een evidentie moet leiden tot het volledig onttrekken van de abnormale prijzenproblematiek aan het zicht van een verzoekende partij, door een niet-concrete motivering.

In de huidige stand van het geding wordt in ieder geval *prima facie* niet aangetoond dat alle gegevens opgenomen in de door de gekozen inschrijver verstrekte prijsverantwoording van die aard zijn dat de openbaarmaking ervan zou strijden met het voornoemde artikel 10 van de voormelde wet. Zelfs indien te dezen bepaalde of alle concrete gegevens gebruikt in die verantwoording, om de in het voornoemde artikel 10 vermelde redenen, niet zouden mogen worden bekendgemaakt, lijkt dit voorts nog steeds niet uit te sluiten dat toch een meer concrete inhoudelijke beoordeling wordt opgesteld en medegedeeld die, enerzijds, rekening houdt met het vertrouwelijk karakter van

bepaalde gegevens maar, anderzijds, ook met de verplichting uitdrukkelijk en afdoende te motiveren.

Uit de door de verwerende partij aan de Raad van State voorgelegde prijsverantwoording van de gekozen inschrijver lijkt alleszins te mogen worden afgeleid dat deze prijsverantwoording niet beperkt is tot een weergave van prijzen en prijsopbouw, doch dat hierin ook in woorden uitleg wordt gegeven bij de prijzen.

Hoewel in vele gevallen een samenvatting als inhoudelijke motivering lijkt te kunnen volstaan en aldus wordt vermeden dat vertrouwelijke bedrijfsinformatie op zichzelf moet worden onthuld in het kader van de formele motivering van bestuurshandelingen, ontbreekt te dezen echter ook een dergelijke samenvatting. Aldus lijkt de verzoekende partij op geen enkel wijze in de mogelijkheid te zijn geweest om de beoordeling ervan op haar waarde te schatten.

14. In zoverre is, wegens de schending van de formelemotiveringsverplichting, het middel ernstig.

VI. Besluit

15. Het enig middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissingen van 21 december 2020 van de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare werken

- tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 1 - Haven van Antwerpen + pendel in het kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’,**
- tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 2 - Haven van Gent in het kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’,**

- tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 3 - Kusthavens in het kader van de overheidsopdracht ‘personen vervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’,
- tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 4 - Vlissingen Nederland in het kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twee februari tweeduizend éénentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest