

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.071 van 25 juni 2021
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 vereniging
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Rika Heijse
 kantoor houdend te 9052 Zwijnaarde
 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 OPDRACHTHOUDENDE VERENIGING 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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 mei 2019, strekt tot de
nietigverklaring 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. Bij arrest nr. 244.455 van 9 mei 2019 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

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

De eerste tussenkomende partij heeft een memorie ingediend

Eerste auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de eerste tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 mei 2021.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Alexandre Peytchev, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Maxim Lecomte, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de eerste 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 verwerende partij, de TMVW, schrijft een overheidsopdracht voor diensten in de speciale sectoren uit met als omschrijving “Raamovereenkomst voor het ruimen van straatkolken”.

De plaatsingswijze is de 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 zoveel gemeenten, waarvoor de TMVW 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 euro, btw niet inbegrepen, dit is 1.800.000, btw niet inbegrepen, per jaar.

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 selectieleidraad omschrijft op welke wijze de aanvraag tot deelneming dient te worden opgemaakt en welke selectiecriteria in acht zullen worden genomen.

De raad van bestuur van de TMVW beslist op 25 oktober 2018 om tien kandidaten, waaronder de verzoekende partijen en de tussenkomende partijen te selecteren.

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 %, 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.

De eerste tussenkomende partij, de ov Intradura (hierna: 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.

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 de eerste tussenkomende partij hebben een aangepaste offerte ingediend.

3.8. Met een e-mailbericht van 22 januari 2019 worden de inschrijvers uitgenodigd om uiterlijk op 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 geconstateerd 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 gegund. Aan de verzoekende partijen wordt geen perceel gegund.

3.11. Bij arrest nr. 244.455 van 9 mei 2019 wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen, ingesteld door de verzoekende partijen, verworpen.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging – verzoek tot heropening van het debat

4.1.1. De verzoekende partijen hebben na de neerlegging van hun laatste memorie en de indiening van de laatste memories van de overige partijen, nog een stuk neergelegd bij brief van 1 december 2020. De verwerende partij verzet zich hiertegen wegens niet tijdige indiening.

4.1.2. Na de sluiting van het debat, vragen de verzoekende partijen met een “verzoek” van 22 juni 2021 om het debat te heropenen wegens “een nieuw feit”. Zij verwijzen naar een tussenvonnis van de Nederlandstalige ondernemingsrechtbank van Brussel van 11 mei 2021 waarbij, alvorens recht te doen, met toepassing van artikel 871*bis* van het Gerechtelijk Wetboek wordt

bevolen dat Intradura en de TMVW hun voor die rechtbank vertrouwelijk neergelegde stukken op de griffie ter inzage leggen voor *nominatim* aangewezen personen.

De verzoekende partijen betogen in hun verzoek tot heropening van het debat dat het voormelde artikel 871*bis* de omzetting is van artikel 9 van de richtlijn 2016/943/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 ‘betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan’ en dat 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’ “geen rekening houdt met de verplichtingen die voor[t]vloeiën uit artikel 9 van de Richtlijn 2016/943 ten aanzien van de rechtscolleges om het recht op tegenspraak op een eerlijk proces te garanderen, wanneer een partij in een gerechtelijke procedure de vertrouwelijkheid van haar bewijstukken inroept”.

Zij besluiten als volgt:

“Doordat verzoekende partijen op geen enkele wijze kennis hebben kunnen nemen van de bewijsstukken die Intradura en TMVW vertrouwelijk hebben neergelegd, is het recht op tegenspraak van verzoekende partijen geschonden. Dit kan alsnog hersteld worden door een verzoek tot heropening van de debatten in te willigen, door de inzage, onder voorwaarden conform artikel 871 bis Ger W, te verlenen in de bewijsstukken die vertrouwelijk zijn neergelegd door TMVW en Intradura en door navolgens het recht op tegenspraak te verlenen door aan alle partijen bijkomende termijnen te verlenen om verweer te voeren.”

Beoordeling

4.2.1. Het bijkomend stuk, neergelegd met de brief van 1 december 2020, is niet tijdig in het debat gebracht en wordt derhalve geweerd.

4.2.2. Evenmin is er reden om in te gaan op het verzoek tot heropening van het debat.

In wezen vragen de verzoekende partijen dat de vertrouwelijkheid van de door de verwerende partij en de eerste tussenkomende partij neergelegde stukken wordt opgeheven nadat zij, na het sluiten van het debat in de procedure voor de Raad, kennis hebben genomen van de rechtsgrond waarop de ondernemingsrechtbank zich in haar tussenvonnis steunt om de verzoekende partijen inzage te geven in de door de wederpartijen vertrouwelijk neergelegde stukken.

De verzoekende partijen hebben echter vóór het sluiten van het debat nooit om de opheffing van de vertrouwelijkheid van de bedoelde stukken gevraagd. Thans doen zij dit op grond van een rechtsgrond, namelijk het voornoemde artikel 9 van de voornoemde richtlijn 2016/943/EU en artikel 871*bis* van het Gerechtelijk Wetboek, die zij zelf tijdig in het debat hadden kunnen brengen, maar wat zij hebben nagelaten te doen. Het feit dat in het tussenvonnis van de ondernemingsrechtbank de aandacht van de verzoekende partijen op deze rechtsgrond wordt gevestigd, mag in de voornoemde omstandigheid niet worden beschouwd als een nieuw feit dat zou nopen tot de heropening van het debat.

Het verzoek wordt verworpen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Ten opzichte van de derde bestreden beslissing

Standpunt van de partijen

5. Zowel de TMVW als Intradura werpt een exceptie van onontvankelijkheid op in de mate dat het beroep gericht is tegen de derde bestreden beslissing, zijnde de gunningsbeslissing van 28 februari 2019 waarbij de offerte van Intradura als enige inschrijver gekozen is voor de percelen 11, 12, 23 en 26. Niettegenstaande zij hiertoe de mogelijkheid hadden, hebben de verzoekende partijen immers geen offerte ingediend voor deze percelen waardoor zij niet over het rechtens vereiste belang beschikken om de vernietiging te vorderen van de derde bestreden beslissing.

6. De verzoekende partijen voeren in hun verzoekschrift aan dat zij ook belang hebben bij aanvechting van de percelen waarvoor alleen Intradura een offerte heeft ingediend omdat zij aldus een kans behouden om bij een heraanbesteding van die percelen alsnog een offerte te kunnen indienen en alsnog de opdracht te verkrijgen.

In hun memorie van wederantwoord betogen zij nog dat zij belang hebben bij hun beroep, wat de voormelde percelen betreft, gelet op de inhoud van de drie middelen die van aard zijn om ten opzichte van Intradura de meest ruime vernietiging van de bestreden beslissingen tot gevolg te hebben. Ten onrechte stelt de TMVW volgens hen ook dat een vernietigingsbeslissing geen afbreuk zou doen aan de wettigheid van de intussen met Intradura gesloten overeenkomst. Wanneer de gunningsbeslissing is vernietigd, verdwijnt immers de rechtsgrond en de oorzaak van de contractsluiting.

In hun laatste memorie wijzen zij nog op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 november 2018, zaak C-328/17 inzake *Amt Azienda Trasporti e Mobilità SpA e.a.*, waarin wordt gesteld dat de nationale rechter – rekening houdend met de concrete elementen van de zaak – moet nagaan of de nationale regeling inzake ontvankelijkheid er niet toe leidt dat afbreuk wordt gedaan aan het effectieve recht op rechterlijke bescherming.

Beoordeling

7. In beginsel heeft een verzoekende partij die niet zelf aan de gunningsprocedure heeft deelgenomen geen belang bij het beroep tegen een beslissing die met het oog op de gunning van deze opdracht wordt genomen, tenzij onder meer wanneer de gevolgde gunningswijze de verzoekende partij heeft belet een offerte in te dienen, wanneer een gebrek in de bekendmaking wordt aangevoerd of wanneer de verzoekende partij een beroep heeft ingesteld tegen de selectie- of besteksvoorwaarden die haar verhinderen om deel te nemen aan de opdracht.

In de voornoemde zaak C-328/17 bevestigt het Hof van Justitie dat de deelname aan een aanbestedingsprocedure in beginsel, gelet op artikel 1, lid 3, van de richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’, een voorwaarde kan vormen die vervuld moet zijn om aan te tonen dat de betrokken persoon belang heeft bij de gunning van de betrokken opdracht of door de beweerde onrechtmatigheid van het besluit tot gunning van die opdracht, is of dreigt te worden geschaad.

8. Te dezen hebben de verzoekende partijen geen offerte ingediend voor de betrokken percelen ook al blijken zij de kans daartoe te hebben gehad. Dit laatste wordt ook niet door de verzoekende partijen betwist.

De exceptie van gebrek aan belang is dan ook gegrond. Het beroep is niet ontvankelijk in de mate dat het gericht is tegen de derde bestreden beslissing.

B. Ten opzichte van de vierde bestreden beslissing

Standpunt van de partijen

9. De TMVW werpt een exceptie van onontvankelijkheid op in de mate dat het beroep gericht is tegen de vierde bestreden beslissing. Volgens de TMVW maken de verzoekende partijen in hun verzoekschrift geenszins *in concreto* aannemelijk dat er te dezen bijzondere of uitzonderlijke omstandigheden voorliggen op grond waarvan de TMVW alle 17 percelen waarvoor de verzoekende partijen een offerte hebben ingediend, in elk geval aan hen – en niet aan een andere inschrijver – had dienen te gunnen.

10. De verzoekende partijen betogen in hun verzoekschrift en memorie van wederantwoord dat indien hun grieven gegrond worden bevonden, de inhoudelijke beoordeling van de aanvragen tot deelneming en van de offertes dient te worden overgedaan en zij een nieuwe kans krijgen op het verkrijgen van de

opdracht. Voor de percelen waar zij als enige inschrijver naast Intradura hebben meegedongen, menen zij te beschikken over een vaststaand recht op het verkrijgen van het perceel wanneer blijkt dat de offerte van Intradura onwettig is op grond van één van de drie ingeroepen middelen. In hun laatste memorie komen zij niet terug op deze problematiek.

Beoordeling

11. Het onderzoek naar de ontvankelijkheid van het beroep in de mate dat het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht voor bepaalde percelen aan de verzoekende partijen te gunnen, hangt te dezen samen met het onderzoek van de middelen.

Wel valt hier reeds op te merken dat dit beroep geenszins beperkt is tot de percelen waarin de verzoekende partijen als enige inschrijver naast Intradura hebben deelgenomen, doch alle percelen omvat waarvoor de verzoekende partijen een offerte hebben ingediend. Zo blijkt onder meer dat de offerte van de verzoekende partijen voor de percelen 16 en 21 pas als derde is gerangschikt.

C. Ten opzichte van de tweede bestreden beslissing

12. Zoals opgemerkt in het auditorsverslag en niet weersproken in de laatste memorie door de verzoekende partijen, dient te worden vastgesteld dat de aangevoerde middelen enkel betrekking hebben op de onwettige selectie van en de gunning aan Intradura en dat, voor zover ze gegrond worden bevonden, ze slechts tot nietigverklaring kunnen leiden van de tweede bestreden beslissing in de mate dat deze beslissing betrekking heeft op percelen die aan Intradura werden gegund.

Wat de percelen 5, 10, 13, 20, 25, 29, 30, 32, 36 en 42 betreft, waarvoor Intradura geen offerte heeft ingediend, worden geen middelen aangevoerd die de onwettigheid van de gunningsbeslissing inroepen. Het beroep is

dan ook niet ontvankelijk in de mate dat het gericht is tegen de beslissing tot gunning van deze percelen.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

13.1. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 2, 17°, 4, 30 en 31, 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 plaatsing speciale sectoren), samen genomen met artikel 41 en 162 van de Grondwet en met de artikelen 2, §§ 1 en 2, 396, § 1, 397, tweede lid, en 398, §§ 1 en 2, 3°, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ (hierna: DLB).

13.2. In een eerste middelonderdeel voeren zij in essentie aan dat de bestreden beslissingen de kandidatuurstelling en de offerte van Intradura ten onrechte niet hebben geweerd als substantieel onregelmatig. Immers, de deelname en de offerte van Intradura is onrechtmatig en niet bindend omdat haar decretale en statutaire handelingsbevoegdheid beperkt is tot het territorium van haar vennoten.

Een gemeente mag overeenkomstig artikel 41 van de Grondwet en artikel 2, §§ 1 en 2, van het DLB enkel het belang van haar burgers behartigen binnen het grondgebied van haar eigen gemeente. De artikelen 396, § 1, en 398, § 1, van het 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. De verzoekende partijen betogen dat dergelijke vereniging van gemeenten enkel mag optreden met het oog op de gezamenlijke behartiging van aangelegenheden van gemeentelijk belang. Zij verwijzen daarbij onder meer naar het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State, nr. 42.186/AV van

6 februari 2007 en naar artikel 3, eerste lid, van het Europees Handvest inzake lokale autonomie. Aangezien gemeenten in het belang van de plaatselijke bevolking hun aangelegenheden moeten regelen en beheren, zijn intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, en dus ook Intradura, gebonden en beperkt door de beheersoverdracht die zij hebben verkregen van de gemeenten. 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 hebben op uitvoeringshandelingen die buiten de grenzen van het territorium van de deelnemende gemeenten reiken, is volgens de verzoekende partijen bijgevolg onwettig en niet bindend.

Voorts merken de verzoekende partijen op dat Intradura inschrijft als intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging op een overheidsopdracht buiten haar eigen werkingsterritorium. Zij handelt dan ook niet binnen het kader van de haar verleende grondwettelijke en 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.

Volgens de verzoekende partijen omzeilt de TMVW bovendien door een overheidsopdracht te gunnen aan een intergemeentelijke opdrachthoudende vereniging eveneens de regels inzake toetreding tot een intergemeentelijk samenwerkingsverband.

Er is volgens hen ook sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel indien de artikelen 396, § 1, *juncto* 397 *juncto* 398 van het DLB en artikel 41 van de Grondwet zouden mogen worden geïnterpreteerd en

toegepast in de zin dat ze de ruimte zouden laten aan het samenwerkingsverband om handelingen te stellen buiten het grondgebied van haar leden en aldus eveneens andere belangen zou kunnen nastreven dan de belangen van de burgers die op haar grondgebied leven en op die manier een ongelijkheid tot stand brengen tussen, enerzijds, de bewoners van gemeenten die tot het intergemeentelijk samenwerkingsverband behoren en belastingen betalen waarmee het intergemeentelijk samenwerkingsverband deels wordt gefinancierd en, anderzijds, de bewoners van niet-leden met wiens belastinggeld het intergemeentelijk samenwerkingsverband aldus niet wordt gefinancierd terwijl het intergemeentelijk samenwerkingsverband op hun beide grondgebieden dezelfde diensten aanbieden. Het intergemeentelijk samenwerkingsverband gaat niet alleen op reglementaire grond diensten verlenen aan de eigen bewoners, maar gaat vervolgens tegen loutere kostprijs dezelfde diensten op contractuele grond verlenen aan bewoners van gemeenten die geen deel uitmaken van het intergemeentelijk samenwerkingsverband. Indien de bewoners van een lidgemeente en een niet-lidgemeente hetzelfde tarief genieten, creëert dit een ongelijkheid nu de bewoners van het niet-lid geen bijdragen via belastingen hebben moeten leveren en de bewoners van het lid wel. Het louter kostendekkend karakter van de prijszetting zorgt dus voor een ongelijkheid.

Het intergemeentelijk samenwerkingsverband, dat functioneert bij gratie van het uitzonderingsregime van het in-house-toezicht, omzeilt dit uitzonderingsregime, door met het operationeel en financieel voordeel dat het op die manier genereert, buiten zijn grondgebied en buiten dat toezichtkader, deel te nemen aan een overheidsopdracht voor andere territoriale overheden die geen zeggenschap hebben over Intradura. Een contractuele samenwerking zou voor Intradura hoogstens mogelijk zijn onder de vorm van een niet-geïnstitutionaliseerde horizontale samenwerking voor activiteiten binnen haar eigen territorium in samenwerking met een ander intergemeentelijk samenwerkingsverband, waarbij beide intergemeentelijke samenwerkingsverbanden hun middelen aanwenden om het openbaar belang te dienen via verlening van openbare diensten in het kader van een gemeenschappelijke doelstelling en dit elk voor hun eigen territorium.

In ondergeschikte orde betogen de verzoekende partijen dat, indien zou moeten worden aangenomen dat voor een horizontale samenwerking

het toegestaan zou zijn om zelf buiten het eigen werkingsgebied diensten te verlenen, dan nog blijkt dat artikel 31 van de wet overheidsopdrachten 2016 is geschonden, nu overeenkomstig deze bepaling de niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking beperkt in omvang moet zijn. De samenwerkende aanbesteders mogen op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen. *In casu* heeft Intradura binnen de activiteiten die de TMVW in de markt heeft gezet meer dan een derde van de percelen gegund gekregen. Ook vanuit deze invalshoek is de samenwerking dus onwettig.

13.3. In een tweede middelonderdeel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat de bestreden beslissingen de kandidatuurstelling en de offerte van Intradura ten onrechte niet hebben uitgesloten als substantieel onregelmatig, aangezien deze deelname en offerte onrechtmatig 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 doch dat zij blijkbaar uit is op winstmaximalisatie.

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 26 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 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 onder de inschrijvers indien de verzoekende partijen wel als handelaar of ondernemer worden beschouwd, bijgevolg ook als onderworpen aan de bepalingen van het Wetboek Economisch Recht (hierna: WER) 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 WER.

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.

14.1. In hun memorie van wederantwoord betwisten de verzoekende partijen, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat zij verkeerde juridische en feitelijke uitgangspunten zouden hanteren in hun betoog.

De vraag of de te leveren diensten al dan niet tot de beheersoverdracht behoren, is volgens hen totaal niet relevant omdat het territorialiteitsbeginsel van artikel 41 van de Grondwet daar evenmin gewag van maakt of een onderscheiden gevolg aan koppelt. Een verwijzing naar de inhoud van de statuten is volgens hen zonder overtuigingskracht omdat ze *de facto* niet mogen afwijken van het grondwettelijk territorialiteitsbeginsel op straffe van onwettigheid van de desbetreffende bepaling.

Ook stellen zij vast dat de verwerende partij voor de aangevoerde ongelijke behandeling in haar memorie van antwoord geen geoorloofd doel aanreikt, noch het verschil in behandeling concreet verantwoordt.

In de mate dat de verwerende partij betoogt dat een gebeurlijke statutaire bevoegdheidsoverschrijding niet tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing moet leiden, gaat zij er volgens hen aan voorbij dat een

schending van de grondwettelijke territoriale bevoegdheidsbepalingen wordt aangevoerd.

14.2. Aangaande het tweede middelonderdeel menen de verzoekende partijen dat de verwerende partij een tegenstrijdig verweer voert. Het is volgens hen van twee zaken één:

- Ofwel gaat Intradura verbintenissen aan met een burgerlijk karakter, die louter kostendekkend zijn, en kan zij dus niet deelnemen aan een overheidsopdracht die per definitie marktspelers met een handelskarakter in mededinging stelt. Deelnemen zou een schending van de gelijkheid onder de inschrijvers tot gevolg hebben.

- Ofwel mag Intradura verbintenissen met een handelskarakter aangaan waarin dan per definitie een winstcomponent moet vervat zitten zodat zij dan kan deelnemen aan een overheidsopdracht, samen met andere marktspelers. Immers, opdat Intradura als publiekrechtelijk orgaan zich op de markt zou mogen begeven, moet zij zich gedragen zoals elke andere marktspeler en mag zij (op straffe van onwettige staatsteun) geen voordeel genieten dat een normale marktspeler niet zou genieten, zoals bijvoorbeeld het onbeperkt aanbieden van diensten tegen loutere kostprijs of verlieslatende prijs wat momenteel uit de jaarrekening van 2017 en 2018 blijkt.

15.1. In de laatste memorie blijven de verzoekende partijen er aangaande het eerste middelonderdeel bij dat zij wel degelijk aantonen dat de rechtspraak van de Raad van State niet kan worden gehandhaafd.

Ook al neemt een intergemeentelijk samenwerkingsverband autonoom beslissingen in naam van de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf, en niet in naam van de gemeenten-leden, is dit volgens hen geen verklaring waarom die publiekrechtelijke rechtspersonen op grond van die vaststelling buiten het territorium van de oprichtende gemeenten, diensten zouden mogen verlenen zonder het territorialiteitsbeginsel te schenden. “In de mate dat er een overdracht van bevoegdheid is, vermag de begunstigde rechtspersoon geen verregaander bevoegdheid hebben dan deze die haar is verleend. De vaststelling dat andere opdrachthoudende intergemeentelijke samenwerkingsverbanden ook lid zijn van Intradura (zoals Ecowerf, Interrand, Incovo en Interza) doet daar evenmin afbreuk

aan. Ecowerf, Interrand, Incovo en Interza zijn zelf elk intergemeentelijke verenigingen met een beheersbevoegdheid zoals Intradura en zijn dus ook onderhevig aan dezelfde territoriale beperking wat hun actieradius betreft”.

De verzoekende partijen benadrukken voorts dat “[h]et deelnemen aan een overheidsopdracht van TMVW [...] geen ‘samenwerking’ [is] in de zin van een horizontale samenwerking tussen publiekrechtelijke rechtspersonen die door de statuten wordt gevisieerd, waarbij TMVW en Intradura op gelijke voet en gezamenlijk een activiteit ontplooiën. Het gaat daarentegen om een contractuele transactie waarbij er een duidelijk hiërarchisch verschil is tussen TMVW die in de hoedanigheid van opdrachtgever optreedt en Intradura in de hoedanigheid van opdrachtnemer optreedt en daarvoor in mededinging is gesteld met privaatrechtelijke entiteiten”.

Daarenboven stellen zij vast dat de kolkenruiming wel degelijk als een toegestane materie voor “beheersoverdracht” wordt beschouwd en in die zin niet als een “bijkomstige activiteit” kan worden beschouwd, maar dus kadert binnen de hoofdactiviteit van het intergemeentelijk samenwerkingsverband.

De verzoekende partijen betwisten ook nog dat kolkenruiming buiten het grondgebied van Intradura zou toelaten om de exploitatiekosten te drukken. Nu Intradura zelf heeft verklaard dat haar prijs gesteund is op slechts een deel van de exploitatiekosten die verband houden met de dienstverlening en exploitatiekosten enkel kunnen worden gedrukt als de naakte kost van de prestatie zelf volledig wordt doorgerekend en er een extra marge wordt verrekend voor de overheadkosten en onvoorziene omstandigheden, is er per definitie sprake van een verlieslatende activiteit. Zij menen dan ook dat Intradura enkel op wettige wijze haar exploitatiekosten kan drukken door “kolkenruiming en slibverwerking” te verrichten voor haar leden binnen het territorium van haar leden. “De vraag of dit al dan niet via beheersoverdracht gebeurt, is niet relevant. Het gaat in wezen om het grondgebied waarop deze dienst wordt verricht”.

De verzoekende partijen vragen ten slotte dat de Raad de volgende prejudiciële vraag stelt aan het Grondwettelijk Hof teneinde de draagwijdte van het gemeentelijk territorialiteitsbeginsel te bepalen:

“Schenden de artikelen 2, §§1 en 2, 396 § 1, 397 tweede lid en 398 §§ 1 en 2, 3° van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest over het lokaal bestuur van 22 december 2017, de artikelen 41 en 162 van de Grondwet, in de interpretatie dat deze aangehaalde artikelen van het Decreet Lokaal Bestuur zouden toelaten dat een intergemeentelijke vereniging die met een gemeentelijke beheersbevoegdheid is belast, als een onderneming in de zin van het WER, diensten verleent buiten het grondgebied van de leden van de intergemeentelijke vereniging zelf?”

De verzoekende partijen menen dat deze pas in de laatste memorie gestelde vraag wel degelijk nog ontvankelijk is, nu er geen wettelijk of reglementair procedurevoorschrift bestaat dat voorschrijft dat een dergelijk verzoek *in limine litis* moet worden geformuleerd op straffe van onontvankelijkheid. Ook is er volgens hen geen sprake van een schending van de wapengelijkheid nu de verwerende partij en de eerste tussenkomende partij nog de mogelijkheid hebben om hun verweer te voeren in het kader van hun laatste memorie. Zij wijzen er tevens op dat de Raad steeds de mogelijkheid heeft om het debat te heropenen, teneinde de partijen in staat te stellen om standpunt in te nemen over een juridische vraagstelling, teneinde de wapengelijkheid te waarborgen. Zij benadrukken ten slotte nog dat de Raad zelfs de plicht heeft om ambtshalve een prejudiciële vraag te stellen wanneer de vraag noodzakelijk of minstens nuttig is voor de beslechting van het geschil, wat te dezen het geval is omdat de vraag betrekking heeft op de kern van het middelonderdeel.

15.2. Betreffende het tweede middelonderdeel beperken de verzoekende partijen er zich in hun laatste memorie toe mee te delen dat zij in hun grief zoals verwoord in het verzoekschrift tot nietigverklaring en de memorie van wederantwoord volharden.

Beoordeling

Eerste onderdeel

16. Voor zover de verwerende partij en de eerste tussenkomende partij ten aanzien van dit onderdeel bepaalde excepties van onontvankelijkheid

opwerpen, mogen deze hier onbesproken blijven nu, zoals hierna zal blijken, het middel niet gegrond is.

Hiervoor werd reeds besloten dat het beroep slechts ontvankelijk is in de mate dat het gericht is tegen de gunningsbeslissing voor de percelen 1, 2, 16, 21, 34, 35 en 38, dit zijn percelen waarvoor de verzoekende partijen een offerte hebben ingediend en die aan Intradura werden gegund.

Daarnaast kan worden vastgesteld dat het middelonderdeel waarin de verzoekende partijen aanklagen dat Intradura ten onrechte buiten haar eigen territoriale werkingssfeer zou treden, feitelijke grondslag mist, voor zover het gericht is tegen percelen die wel deel uitmaken van de territoriale werkingssfeer van Intradura.

17. Artikel 41, eerste lid, eerste zin, van de Grondwet waarborgt de bevoegdheid van de gemeenten voor alles wat tot het gemeentelijk belang behoort. De bepaling verankert het beginsel van de lokale autonomie, dat veronderstelt dat de lokale overheden zich elke aangelegenheid kunnen toe-eigenen waarvan zij menen dat ze tot hun belang behoort en ze kunnen regelen zoals zij dat opportuun achten.

Artikel 162 van de Grondwet bepaalt onder meer dat, ter uitvoering van een wet, aangenomen met de in artikel 4, laatste lid, bepaalde meerderheid, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel de voorwaarden regelt waaronder en de wijze waarop verscheidene provincies, verscheidene bovengemeentelijke besturen of verscheidene gemeenten zich met elkaar kunnen verstaan of zich kunnen verenigen.

Overeenkomstig artikel 396, § 1, van het DLB, kunnen twee of meer gemeenten een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid tot stand brengen om doelstellingen te verwezenlijken die behoren tot een of meer beleidsdomeinen. Artikel 398, § 2, 3°, van het DLB omschrijft een opdrachthoudende vereniging als een samenwerkingsverband met beheersoverdracht waaraan de deelnemende gemeenten de uitvoering van een of

meer duidelijk omschreven bevoegdheden met betrekking tot een of meer beleidsdomeinen toevertrouwen.

18. 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 vennoten van de opdrachthoudende vereniging ligt, kan om de volgende redenen niet worden gevolgd.

Zo heeft de Raad onder meer in het arrest nr. 190.341 van 10 februari 2009 inzake de nv Van Gansewinkel reeds vastgesteld dat “geen enkele bepaling op algemene wijze een intercommunale vereniging verbiedt om diensten te verstrekken op het grondgebied van gemeenten die er geen deel van uitmaken, net zoals in het verleden werd toegestaan dat een gemeente water levert op het grondgebied van een buurgemeente, met dien verstande evenwel dat de relaties met de gebruikers in dat geval van contractuele aard zijn, terwijl ze op het grondgebied zelf van reglementaire aard kunnen zijn”.

In het arrest nr. 237.577 van 7 maart 2017 inzake de nv Sita Treatment & Recycling werd door de Raad nogmaals bevestigd dat naast haar kernbevoegdheden en taken, beperkt tot het grondgebied van de betrokken gemeenten, de opdrachthoudende vereniging als rechtspersoon ook over de juridische mogelijkheid beschikt om buiten dit kader verhoudingen aan te gaan, zoals overeenkomsten te sluiten die het haar mogelijk moeten maken haar taken uit te oefenen of te optimaliseren en dat zij deze overeenkomsten ook mag aangaan met rechtssubjecten van buiten haar territorium en dit ook in het kader van een overheidsopdracht.

Ook hier neemt de Raad aan dat een opdrachthoudende vereniging gerechtigd is om dergelijke bijkomende activiteiten te verrichten op het grondgebied van gemeenten die er geen deel van uitmaken, op voorwaarde dat de activiteit valt onder of verband houdt met de reguliere activiteiten, de activiteit inpasbaar is binnen het doel van de vereniging en het gaat om bijkomstige

activiteiten, zodat er geen afbreuk wordt gedaan aan de uitvoering van de taken waarvoor de gemeentes een beheersoverdracht hebben verricht.

19. Waar de verzoekende partijen nog verwijzen naar de memorie van toelichting bij het decreet van 6 juli 2001 ‘houdende de intergemeentelijke samenwerking’ en de vermelding “intergemeentelijke verenigingen zijn te beschouwen als een verlengd lokaal bestuur en behoren hulpstructuren van de gemeenten te zijn”, blijkt geenszins dat deze opmerking betrekking heeft op het territoriaal werkingsgebied van intergemeentelijke verenigingen, doch wel op het feit dat het “[i]n het voorontwerp van decreet op de intergemeentelijke samenwerking niet langer mogelijk [is] dat private rechtspersonen in verenigingen met rechtspersoonlijkheid participeren en bestuursfuncties uitoefenen”.

20. Een intergemeentelijk samenwerkingsverband mag niet zonder meer worden gelijkgesteld met een gemeente of met de som van de deelnemende gemeenten. Met een intergemeentelijk samenwerkingsverband wordt immers een dienstgewijze gedecentraliseerde dienst tot stand gebracht. Zij die het beheer hebben van een gedecentraliseerde dienst, oefenen het hun opgedragen beslissingsrecht niet uit in naam van de betrokken lokale besturen, maar in naam van de publiekrechtelijk rechtspersoon waarvan zij de organen of de vertegenwoordigers zijn.

Krachtens het specialiteitsbeginsel mogen publiekrechtelijke rechtspersonen alleen met het oog op het verwezenlijken van hun doel handelen, waarbij zij alle rechten genieten die verenigbaar zijn met hun aard en het doel waarvoor zij werden opgericht.

Aldus dient te worden gewezen op artikel 4 van de statuten van Intradura dat luidt:

“4 Doel

De Vereniging heeft tot doel de preventie en het beheren van afvalstoffen, in de zin van het Decreet betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen (het Materialendecreet), doch beperkt

tot de activiteiten waarvoor de uitvoering middels een beheersoverdracht aan de Vereniging kan en mag overgedragen worden.

[...]

Tot de realisatie van het doel mogen de vennoten middels beheersoverdrachten aan de Vereniging de uitvoering toevertrouwen van volgende activiteiten, zoals in voorkomend geval gedefinieerd of omschreven in het Materialendecreet of in uitvoeringsbesluiten en -plannen:

[...]

6 Kolkenruiming en slibverwerking

Ruiming van straatkolken via gespecialiseerde wagens en verwerking van het afval dat daarbij ontstaat via een eigen slibverwerkingsinstallatie.

[...]

De Vereniging mag alle technische, commerciële, economische, financiële, sociale en andere activiteiten ontplooiën 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.

[...].”

Hieruit blijkt, enerzijds, dat de activiteit van kolkenruiming, waarop onderhavige opdracht betrekking heeft, rechtstreeks verband houdt met het statutair doel van de vennootschap, en, anderzijds, dat de vereniging overeenkomstig de statuten ook bevoegd is om alle technische, commerciële, economische, financiële, sociale en andere activiteiten te ontplooiën in eigen bedrijf of op enige andere wijze, die rechtstreeks met het voormelde doel verband houden, en zulks al dan niet in samenwerking met derden, waaronder ook andere intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zoals de TMVW mogen worden verstaan.

Het blijkt niet – de verzoekende partijen tonen in elk geval het tegendeel niet aan – dat het te dezen niet zou gaan om bijkomstige activiteiten, noch dat hierdoor afbreuk zou worden gedaan aan de uitvoering van de aan Intradura door haar vennoten opgedragen taken.

Met de verwerende partij en de eerste tussenkomende partij wordt vastgesteld dat slechts 4 van de 12 percelen waarvoor de eerste tussenkomende partij heeft ingeschreven, betrekking hebben op (omliggende) gemeenten die geen aandeelhouder zijn van de opdrachthoudende vereniging en

dat de aangeboden dienstverlening geen betrekking blijkt te hebben op het verplichte basispakket van diensten waarvoor overeenkomstig de statuten minstens een beheersoverdracht dient te worden gedaan.

In de mate dat de eerste tussenkomende partij er ook op wijst dat deze dienstverlening haar toelaat om het daartoe bestemde wagenpark en haar slibverwerkingsinstallatie ten volle te benutten om zo haar exploitatiekosten te drukken, valt op te merken dat deze uitleg spoort met de statuten waarin gewezen wordt op “gespecialiseerde wagens” en een “eigen slibverwerkingsinstallatie”. Het getuigt voorts van goed economisch beheer om de capaciteit, voortgebracht door publieke middelen, ten volle te benutten. Anders dan de verzoekende partijen dit zien, wordt deze stelling van de eerste tussenkomende partij evenmin “manifest tegengesproken” door haar jaarrekeningen. Dat een jaarrekening een verlies vertoont, bewijst op zich immers niet dat de uitvoering van de litigieuze dienstverlening de eerste tussenkomende partij niet zou toelaten haar exploitatiekosten te drukken in het bijzonder wat haar statutair doel kolkenruiming en slibverwerking betreft. Ook de verwijzing in het jaarverslag naar een nieuwe aanrekeningsmethode die volledig kostendekkend zou moeten zijn, blijkt geen betrekking te hebben op de voormelde activiteit, maar op de ophaling en verwerking van huishoudelijk afval.

21. Voorts blijkt, wat de gemeenten betreft, gelegen binnen het territorium van Intradura 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 gegrond is.

22. De verzoekende partijen voeren nog aan dat er tevens sprake zou zijn van een schending van het gelijkheidsbeginsel doordat Intradura niet alleen diensten zou verlenen aan de eigen bewoners op reglementaire basis, maar ook tegen loutere kostprijs dezelfde diensten op contractuele basis zou verlenen aan bewoners van gemeenten die geen deel van haar uitmaken. Indien bewoners van een lidgemeente en een niet-lidgemeente hetzelfde tarief genieten, creëert dit volgens hen een ongelijkheid nu de bewoners van het niet-lid geen bijdragen via

belastingen hebben moeten leveren en de bewoners van het lid wel. Het louter kostendekkende karakter van de prijszetting zorgt volgens hen dus voor een ongelijkheid.

In haar memorie van antwoord stelt de verwerende partij hier echter tegenover dat er geen sprake is van een ongeoorloofd verschil in behandeling tussen de inwoners van de deelnemende en niet-deelnemende gemeenten van een intergemeentelijke vereniging die een grensoverschrijdende activiteit ontplooit. Integendeel zorgt deze grensoverschrijdende werking volgens haar voor een kostendrukkend effect waarvan alle inwoners en belastingplichtigen van alle gemeenten (deelnemende en niet-deelnemende) kunnen genieten. Indien een intergemeentelijke vereniging grensoverschrijdende activiteiten ontplooit teneinde haar capaciteit ten volle te benutten realiseert zij immers schaalvoordelen die zorgen voor een lagere prijs. In het bijzonder zal zij hierdoor (i) lagere werkingskosten hebben om de aan haar via een beheersoverdracht toevertrouwde uitvoeringsbevoegdheden uit te oefenen en (ii) zal zij tevens in staat zijn om lagere offertes in te dienen voor de contractuele opdrachten uitgaande van zowel de deelnemende als de niet-deelnemende gemeenten. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen beweren, betreft dit volgens haar een handelwijze die alle inwoners en belastingplichtigen, die wonen in gemeenten waar Intradura diensten ontplooit, ten goede komt waardoor er geen sprake is van enig “verschil” in behandeling. Voor zover er al sprake zou zijn van dergelijk verschil, kan volgens haar niet zonder meer worden aangenomen dat beide categorieën van inwoners vergelijkbaar zijn. Het betreffen immers inwoners van verschillende gemeenten die dus onderworpen zijn aan een verschillend gemeenterechtelijk kader. Minstens is dergelijk verschil in behandeling, gezien het voorgaande, redelijkerwijze verantwoord.

Dat de verwerende partij geen geoorloofd doel zou aanreiken voor de ongelijke behandeling, noch concreet het verschil in behandeling verantwoordt, zoals de verzoekende partijen repliceren in hun memorie van wederantwoord, kan in het licht van het voorgaande dan ook niet worden gevolgd.

In elk geval wordt niet aangetoond dat de bestreden beslissingen genomen zijn met miskenning van het gelijkheidsbeginsel.

23. In de mate dat de verzoekende partijen in het kader van het annulatieberoep bijkomend nog een schending aanvoeren van de artikelen 30 (in-house-toezicht) en 31 (niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking) van de wet overheidsopdrachten 2016, valt op te merken dat zij daarbij verwijzen naar twee hypothesen waarin mag worden afgeweken van het op overheidsopdrachten toepasselijk recht voor zover aan de daartoe vereiste voorwaarden is voldaan. Beide bepalingen maken immers deel uit van onderafdeling 3 “Uitsluitingen”.

In casu blijkt de verwerende partij echter geen toepassing te hebben gemaakt van deze uitzonderingsgronden inzake in-house-toezicht en niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking, doch integendeel de overheidsopdrachtenprocedure te hebben toegepast.

Nog daargelaten de vraag of de verwerende partij zich op één van beide uitzonderingsgronden had mogen beroepen en of hiervoor aan de vereiste voorwaarden was voldaan, blijkt in elk geval niet dat de verwerende partij verplicht was om zich op een dergelijke uitzonderingsgrond te beroepen en dat zij zou handelen in strijd met deze bepalingen doordat zij het meer stringente regime van de overheidsopdrachtenprocedure heeft gevolgd.

24. In de mate dat de verzoekende partijen in de laatste memorie verzoeken een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, dient dit verzoek om proceseconomische redenen en wegens de vereiste wapengelijkheid van de procespartijen in beginsel *in limine litis* te worden geformuleerd, of minstens in het eerste processtuk waarin de betrokken partij dit vermocht te doen, hetgeen de verzoekende partijen hebben nagelaten.

Voorts mag hierbij worden opgemerkt dat de door de verzoekende partijen voorgestelde prejudiciële vraag met betrekking tot de artikelen 41 en 162 van de Grondwet buiten de toetsingsbevoegdheid van het

Grondwettelijk Hof valt, zoals vervat in artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 ‘op het Grondwettelijk Hof’.

Ten slotte, de voorgestelde prejudiciële vraag berust op het uitgangspunt dat de artikelen 2, §§ 1 en 2, 396, § 1, 397, tweede lid, en 398, §§ 1 en 2, 3°, van het DLB de artikelen 41 en 162 van de Grondwet zouden schenden. Dit is echter een nieuw middel dat niet tijdig in het debat is gebracht en dienvolgens onontvankelijk is. Het kan dan ook vanuit die invalshoek geen aanleiding geven tot het stellen van een prejudiciële vraag.

25. Het eerste middelonderdeel is niet gegrond.

Tweede onderdeel

26. Het begrip ondernemer wordt in artikel 2, 10°, van de wet overheidsopdrachten 2016, in navolging van de Europeesrechtelijke definitie van dit begrip, als volgt gedefinieerd: “elke natuurlijke persoon, elke privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon of elke combinatie van deze personen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die werken, een werk in de zin van de bepaling onder 19°, leveringen of diensten op de markt aanbiedt. Het betreft, naargelang het geval, een aannemer, leverancier of dienstverlener”.

Ook publiekrechtelijke rechtspersonen blijken dus als een ondernemer in de zin van deze wet en van artikel 2.1.10°, van 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’ (hierna: richtlijn 2014/24/EU) te mogen worden beschouwd.

27. In verband met de beweerde schending van de gelijkheid der inschrijvers heeft de Raad van State in het hoger vermeldde arrest *nv Van Gansewinkel* – nr. 190.341 van 10 februari 2009 – reeds geoordeeld dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen zoals intergemeentelijke samenwerkingsverbanden kunnen deelnemen aan overheidsopdrachten, zonder

dat dit als dusdanig een schending inhoudt van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsprincipe. Deze zienswijze werd bevestigd in het arrest nr. 237.577 van 7 maart 2017 inzake de nv Sita Treatment & Recycling.

Ook te dezen maken de verzoekende partijen niet aannemelijk dat louter uit het verschil in statuut tussen henzelf en de eerste tussenkomende partij een schending van het gelijkheidsbeginsel zou zijn af te leiden.

28. Het feit dat intergemeentelijke samenwerkingsverbanden “geen handelskarakter” hebben, kan voorts niet beletten dat zij onder bepaalde ondernemingsbegrippen vallen.

Daarbij dient immers te worden gewezen op de voorrang van het Unierecht en de autonome invulling die het Europese ondernemingsbegrip krijgt in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Zo oordeelde het Hof van Justitie in het arrest C-305/08 van 23 december 2009 inzake CoNISMa reeds dat “een restrictieve uitlegging van het begrip ‘ondernemer’ tot gevolg zou hebben dat overeenkomsten tussen aanbestedende diensten en lichamen die bij hun handelen niet hoofdzakelijk winst nastreven, niet zouden worden beschouwd als ‘overheidsopdrachten’, dat zij onderhands zouden kunnen worden gesloten en dat zij buiten het bereik van de communautaire voorschriften inzake gelijke behandeling en transparantie zouden blijven, wat indruist tegen de doelstelling van die regels”. Het Hof oordeelde dat een dergelijke uitlegging bovendien schadelijk zou zijn voor de samenwerking tussen openbare en particuliere lichamen alsook tussen onderzoeks- en ondernemingsactiviteiten, en de vrije mededinging inperken. Aldus oordeelde het Hof dat het begrip “ondernemer” aldus moet worden uitgelegd dat op grond daarvan aan een openbare aanbesteding van diensten mag 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 het arrest C-203/14 van 6 oktober 2015 inzake Consorci Sanitari del Maresme oordeelde het Hof van Justitie in dezelfde zin.

Overigens dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat het begrip onderneming zoals gedefinieerd in artikel I. 1, 1°, van het WER thans ook publiekrechtelijke rechtspersonen omvat die goederen of diensten op een markt aanbieden.

De aangevoerde discriminatie tussen, enerzijds, inschrijvers die als “ondernemer” in de zin van zowel het WER als de wet overheidsopdrachten kwalificeren en, anderzijds, inschrijvers, zoals de eerste tussenkomende partij, die volgens de verzoekende partijen wel als ondernemer in de zin van de wet overheidsopdrachten, maar niet in de zin van het WER zouden kwalificeren, mist dan ook juridische grondslag.

29. Overeenkomstig artikel 397, tweede lid, van het DLB hebben de verbintenissen van een samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid, ongeacht de doelstellingen van het samenwerkingsverband, geen handelskarakter. Ook volgens artikel 3 van de statuten van Intradura behouden haar verbintenissen een burgerlijk karakter.

In het arrest nr. 220.902 van 8 oktober 2012 inzake de cvba Vivaqua heeft de Raad van State reeds geoordeeld dat het voorschrift dat inhoudt dat intercommunales geen handelskarakter mogen hebben, niet zo mag worden begrepen dat zij geen activiteiten kunnen uitoefenen die van industriële of commerciële aard zijn en die onder het toepassingsgebied van artikel 57 van de wet van 30 maart 1976 ‘betreffende de economische herstelmaatregelen’ vallen.

Zo ook dient te worden aangenomen dat het voorschrift dat de verbintenissen van de samenwerkingsverbanden met rechtspersoonlijkheid, ongeacht de doelstellingen van het samenwerkingsverband, geen handelskarakter hebben, niet zo mag worden begrepen dat dit op algemene wijze elke deelname aan een overheidsopdracht zou uitsluiten.

Dit blijkt ook bevestiging te vinden in artikel 397, derde lid, van het DLB dat uitdrukkelijk bepaalt dat voor alles wat niet uitdrukkelijk geregeld is in titel 3 van het DLB op het samenwerkingsverband met rechtspersoonlijkheid de bepalingen van het WER van toepassing zijn die gelden voor de vennootschapsvorm van de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

30. Dat inschrijvers steeds verplicht zouden zijn om in een winstmarge te voorzien, kan voorts niet worden afgeleid uit artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren. Die bepaling heeft immers slechts betrekking op de verplichte verdeling van algemene en financiële kosten en winst over de onderscheiden posten in verhouding tot hun belangrijkheid. Terecht wijst de eerste tussenkomende partij erop dat het een maatregel betreft om *front loading* tegen te gaan.

Evenmin kan dit worden afgeleid uit artikel 2, 17°, van de wet overheidsopdrachten 2016 waarin het begrip “overheidsopdracht” wordt gedefinieerd als “de overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbesteders en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten, met inbegrip van de opdrachten die worden geplaatst in toepassing van titel 3 door overheidsbedrijven als bedoeld in 2° en personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten bedoeld in 3°”. Nergens in deze definitie wordt verwezen naar markconforme prijzen zoals de verzoekende partijen laten uitschijnen in hun verzoekschrift.

In dit verband verwijst de eerste tussenkomende partij overigens ook terecht naar het arrest C-386/11 van 13 juni 2013 inzake Piepenbrock waarin het Hof van Justitie nogmaals bevestigde 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/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, zelfs indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de terugbetaling van de kosten die zijn

gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten. Dit standpunt werd bevestigd en nader toegelicht in het arrest in de zaak C-606/17 van 18 oktober 2018 inzake IBA Molecular Italy en in het arrest in de zaak C-367/19 van 10 september 2020 inzake Taks-Fin-Lex.

Ten slotte valt nog op te merken dat, om de redenen die hierboven reeds werden uiteengezet bij de beoordeling van het eerste onderdeel, uit de jaarrekening van de eerste tussenkommende partij, anders dan de verzoekende partijen bepleiten, geenszins kan worden afgeleid dat de diensten die het voorwerp uitmaken van de litigieuze opdracht door de eerste tussenkommende partij worden aangeboden tegen een verlieslatende prijs.

31. Ook het tweede middelonderdeel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

32. 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 plaatsing speciale sectoren, artikel VI.104 van het WER, de artikelen 107 en 108 van het verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (hierna: VWEU), de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel 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’.

De bestreden beslissingen schenden volgens hen de aangehaalde artikelen nu de TMVW geen zorgvuldig prijsonderzoek van de offertes heeft verricht, geen prijsverantwoording voor de blijkbaar abnormaal lage prijzen van Intradura heeft gevraagd en nagelaten heeft om de offerte van Intradura substantieel onregelmatig te verklaren wegens abnormale prijzen. Bij het prijs- of kostenonderzoek had de TMVW als zorgvuldig handelende aanbesteder moeten opmerken dat er een verschil van maar liefst 30 % was tussen de offerteprijs van de

verzoekende partijen en de offerterprijs van Intradura voor de diverse percelen waarvoor zij beiden inschreven. Dit grote prijsverschil kan volgens hen niet louter en alleen worden verklaard door het nemen van een redelijke winstmarge, zeker wanneer dan nog eens rekening wordt gehouden met de specifieke hoedanigheid van Intradura die *de facto* louter tegen werkingskost functioneert. Bezwaarlijk kan er volgens hen in hoofde van Intradura sprake zijn van een normale prijs aangezien zij zelfs geen winst maakt en ook geen overheadkosten verrekent in haar prijszetting. Zij refereren daarbij onder meer aan de definitie van het begrip normale prijs in de gids waarnaar de omzendbrief van 10 juli 2017 ‘Strijd tegen sociale dumping bij overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten’ verwijst, als “een prijs die de ondernemer toelaat om na aftrek van al zijn kosten een redelijke winstmarge over te houden”.

De bestreden beslissingen schenden volgens hen voorts ook artikel 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel VI.104 van het WER, indien Intradura als een ondernemer kan worden beschouwd, doordat de verwerende partij de offerte van Intradura niet heeft geweerd wegens mededingingsvertekenende handelingen. Doordat Intradura, wiens werking volledig gefinancierd wordt door de deelnemende gemeenten en wiens verliezen volgens hen ook te allen tijde worden gedekt door de deelnemende gemeenten, in concurrentie treedt met ondernemingen die hun werking moeten financieren met de inkomsten die hun handelsactiviteit genereert, zonder enige zekerheid omtrent de dekking van mogelijke verliezen en Intradura daarbij tegen louter werkingskost haar diensten verkoopt, wordt er een oneerlijke handelssituatie gecreëerd die van aard is om de beroepsbelangen van de overige inschrijvers die voor dezelfde percelen als Intradura inschrijven, te schaden of te kunnen schaden.

Het verschil in financiering en het verschil in doelstelling tot het genereren van winst om de werkingskosten te dekken, leidt ertoe dat een ongelijke situatie wordt gecreëerd waarbij de opdrachthoudende vereniging op eenvoudige wijze tegen loutere werkingskost de overige inschrijvers zware prijsconcurrentie aandoet, waartegen de overige inschrijvers zich niet kunnen weren. Het is volgens de verzoekende partijen inderdaad een feit dat elk verlies van Intradura door haar leden financieel zal worden opgevangen. Bijgevolg is er volgens hen sprake van staatsteun die niet verenigbaar is met de interne markt.

Doordat Intradura een opdrachthoudende vereniging is die volgens retributiereglement haar prestaties tegen vastgestelde tarieven, die louter kostendekkend zijn, verricht, leidt de toepassing van artikel 450 van het DLB volgens de verzoekende partijen tot een situatie die de normale mededingingsvoorwaarden vertekent.

De reden waarom Intradura dergelijke lage prijzen kan voorstellen, is volgens de verzoekende partijen omdat haar werking wordt gesubsidieerd door de overheden die er deel van uitmaken. De TMVW is hiervan op de hoogte en had volgens hen moeten handelen overeenkomstig artikel 43 en 44 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren. Zij had naar aanleiding van het prijsonderzoek bij Intradura een prijsverantwoording moeten opvragen, minstens haar moeten bevragen omtrent de impact van de overheidssteun die zij ontvangt en of deze overheidssteun verenigbaar is met de interne markt, zoals voorgeschreven in artikel 44, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren. Wanneer een aanbesteder vaststelt dat een offerte abnormaal laag lijkt ten gevolge van door de inschrijver verkregen overheidssteun, dient de aanbesteder een prijsonderzoek te voeren en een prijsverantwoording te vragen. De offerte kan alleen op die grond worden afgewezen na overleg met de inschrijver en wanneer deze inschrijver niet binnen een door de aanbestedende entiteit gestelde toereikende termijn kan aantonen dat de betrokken steun verenigbaar is met de interne markt in de zin van artikel 107 van het VWEU. Wanneer de aanbestedende entiteit in een dergelijke situatie een offerte afwijst, deelt zij dit aan de Europese Commissie mee overeenkomstig artikel 44, § 5, derde lid, van het voormelde koninklijk besluit.

Uit geen enkel stuk, zo vervolgen de verzoekende partijen, blijkt dat een afdoende onderzoek zou zijn gevoerd naar de abnormaal lage prijzen of naar het inschrijven aan een prijs zonder winstmarge. Eenvoudigweg besluiten dat er schijnbaar geen abnormale prijzen zijn, kan volgens de verzoekende partijen bezwaarlijk gelden als zorgvuldig onderzoek. Evenmin kan worden gesteld dat de prijzen van de verzoekende partijen abnormaal hoog zijn. Zij wijzen erop dat zij, in tegenstelling tot Intradura, een winstmarge hebben genomen, waartoe zij verplicht zijn.

Bovendien was er volgens de verzoekende partijen eveneens een aanmeldingsverplichting, zoals voorzien in artikel 108, lid 3, van het VWEU en had de TMVW moeten nagaan of de steunmaatregelen waren aangemeld.

33. In hun memorie van wederantwoord voeren de verzoekende partijen nog aan dat de verwerende partij haar argumentatie steunt op rechtspraak over de eerdere richtlijn inzake overheidsopdrachten, waarin geen bepalingen waren opgenomen die, wat de abnormale prijzen betreft, de aanbestedende overheid verplicht om rekening te houden met de regelgeving van de Europese Unie inzake legitieme staatssteun. De huidige richtlijn 2014/24/EU is volgens hen manifest strenger op dat vlak. Er blijkt volgens hen duidelijk dat de verwerende partij geen passend onderzoek heeft gevoerd naar mogelijk onwettige staatssteun die Intradura toelaat om abnormaal lage prijzen, zijnde louter kostendekkende prijzen, in te dienen.

Voorts zetten zij voor het eerst uitvoerig uiteen aan de hand van de toepasselijke voorwaarden waarom de staatssteun die Intradura ontvangt volgens hen niet verenigbaar is met de interne markt.

34. In hun laatste memorie benadrukken de verzoekende partijen nog dat een verkoop van diensten met verlies een oneerlijke marktpraktijk is, verboden in artikel VI.104 van het WER, welk verbod gelijkloopt met artikel VI.116 van het WER dat ondernemingen verbiedt om goederen met verlies te verkopen. Deze regels beogen de eerlijke concurrentie tussen de ondernemingen te waarborgen. Het doel van de regelgeving overheidsopdrachten is ook om de eerlijke mededinging te waarborgen.

Zij merken op dat Intradura haar diensten verkoopt zonder toerekening van de indirecte kosten – overheadkosten – en zonder een winstmarge en deze dus een verlieslatende prijszetting aanhoudt binnen een context van globale bedrijfsverliezen die worden gedekt door een bijdrage van de leden. Zij benadrukken hierbij dat het voordeel dat Intradura heeft, is dat haar verliezen worden gecompenseerd met belastinggeld, wat een marktverstoring element is en wat dient te worden gekwalificeerd als staatssteun in de zin van artikel 107 van het VWEU.

De vraag of de voorliggende opdracht wel degelijk een overheidsopdracht ten bezwarende titel is, is in dit kader volgens hen niet relevant voor de vraag of er een abnormaal lage prijs voorligt.

De verzoekende partijen vragen ten slotte om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie betreffende de draagwijdte van het begrip “abnormaal lage prijs” en de toepassing van de staatssteunregels. Na een uitgebreide bespreking van de voorwaarden waaraan moet worden voldaan opdat er sprake is van verboden staatssteun en verwijzing naar de overwegingen 55 en 108 betreffende abnormaal lage inschrijvingen van de richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG’ (hierna: richtlijn 2014/25/EU), stellen zij de volgende prejudiciële vragen voor:

- “- Moet artikel 84 van de Richtlijn 2014/25 worden uitgelegd in de zin dat wanneer uit de prijstoelichting van de publiekrechtelijke inschrijver blijkt dat de diensten worden geleverd tegen een prijs die lager is dan de kostprijs omdat er geen winstmarge en geen bijkomende overheadkosten zijn gedekt, het uurtarief van het personeel lager is dan het markttarief van de private marktpelers en het rendement hoger ligt dan bij andere private marktpelers, de aanbestedende overheid een blijkbaar abnormaal lage prijs moet vaststellen en dient te onderzoeken of betrokken steun verenigbaar is met de interne markt in de zin van artikel 107 VWEU gelet op het feit dat de werking van de inschrijver in grote mate gefinancierd wordt door vaste bijdragen in de exploitatiekosten, in de algemene werkingskosten, in de kosten voor preventie en duurzaamheid en in het reservefonds per inwoner alsook in het dekken van verliezen ?
- Moet de aanbestedende overheid in het licht van artikel 84 Richtlijn 2014/25 nagaan of het lager uurtarief voor het personeel geen rechtstreeks gevolg is van de ontvangen staatssteun waardoor de mededinging vertekend wordt? Dit in het bijzonder in het kader van de regels van het sociale- en het arbeidsrecht, met inbegrip van verplichtingen die gelden op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.
- Moet de aanbestedende overheid in het licht van artikel 84 Richtlijn 2014/25 nagaan of een hoger rendement kan worden bereikt omdat de publiekrechtelijke rechtspersoon ingevolge staatssteun bepaalde bv. milieu/ BATNEEC- investeringen kan doen waardoor zij een hoger rendement kan halen?
- Omvat het begrip staatsteun in de zin van artikel 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ook ‘de subsidiëring van een opdrachtgevende vereniging door de overheden die

er deel van uitmaken’ zodat de impact van die steun op de prijszetting dient te worden onderzocht in het kader van het prijsonderzoek van offertes?”

De verzoekende partijen achten ook hier hun verzoek tot het stellen van deze prejudiciële vragen ontvankelijk en tijdig, om dezelfde redenen als diegene die zij hebben uiteengezet bij hun eerste middel.

Beoordeling

35. Overeenkomstig artikel 43 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren onderwerpt de aanbestedende entiteit de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Artikel 44 bepaalt onder meer dat wanneer een aanbestedende entiteit vaststelt dat een offerte abnormaal laag lijkt ten gevolge van door de inschrijver verkregen overheidssteun, zij de offerte alleen op die grond mag afwijzen na overleg met de inschrijver en deze niet binnen een door de aanbestedende entiteit gestelde toereikende termijn kan aantonen dat de betrokken steun verenigbaar is met de interne markt in de zin van artikel 107 VWEU.

36. Te dezen wordt in het gunningsverslag, dat integraal als bijlage is gevoegd bij de bestreden gunningsbeslissing, met betrekking tot het prijsonderzoek van de BAFO’s vermeld:

“6.3. Abnormale (eenheids)prijzen

Na onderzoek op het niveau van de totale inschrijvingsprijzen en de eenheidsprijzen werden geen anomalieën vastgesteld.”

Aldus blijkt uit het gunningsverslag dat een prijsonderzoek werd gevoerd overeenkomstig het voormelde artikel 43. Dit blijkt bovendien ook uit het e-mailbericht van 30 november 2018 van de TMVW waarin algemeen werd vastgesteld dat voor de meeste percelen de prijzen opmerkelijk gestegen zijn allicht ook gelet op de impact van milieu- en transportheffingen. Evenzeer blijkt dit uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, namelijk de vergelijkende prijzentabellen waarin per perceel niet alleen de prijzen van de inschrijvers worden vergeleken doch tevens afgezet tegenover de huidige prijzen en waaruit beduidende prijsstijgingen blijken, het e-mailbericht van 13 december 2018 inzake de

uitnodiging tot de onderhandelingen met bijhorend verzoek om prijsstoelichting aan alle inschrijvers, evenals de door de inschrijvers verstrekte prijsberekeningen.

Indien, zoals te dezen, de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek oordeelt dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn, tonen de verzoekende partijen niet aan dat de aanbestedende overheid met betrekking tot dit prijsonderzoek een ruimere motivering diende op te nemen in de bestreden gunningsbeslissing dan wel in het gunningsverslag.

37. De vraag die de verzoekende partijen voorts stellen, is of het gevoerde onderzoek deugdelijk is en de verwerende partij mocht oordelen dat de door Intradura geboden prijzen niet schijnbaar abnormaal lijken.

Het gebruik van het woord “lijken” in artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren impliceert dat de aanbestedende het abnormaal lage karakter van een inschrijving *prima facie* beoordeelt. De voormelde reglementaire bepaling verplicht de aanbestedende dienst bijgevolg niet om de samenstelling van elke inschrijving ambtshalve in detail te onderzoeken om vast te stellen dat het geen abnormaal lage inschrijving betreft. De aanbestedende dienst moet dus in eerste instantie alleen bepalen of de ingediende inschrijvingen een aanwijzing bevatten die het vermoeden kan wekken dat deze abnormaal zouden kunnen zijn.

38. De verwerende partij beschikt bij het betrokken onderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om al dan niet een procedure in te zetten waarbij de aanwezigheid van abnormale prijzen nader wordt onderzocht.

Noch de wet overheidsopdrachten 2016, noch de richtlijn 2014/25/EU bepalen wat onder het begrip “abnormaal lage prijs” dient te worden begrepen.

In overweging 108 bij richtlijn 2014/25/EU wordt wel verduidelijkt dat het gaat om “[i]nschrijvingen die abnormaal laag worden bevonden in verhouding tot de werken, leveringen of diensten”. Daarbij wordt ook

opgemerkt dat deze gegrond kunnen zijn op “technisch, economisch of wettelijk ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken”.

Dit onderzoek houdt verband met de vraag naar de betrouwbaarheid van de offerte en de al dan niet mogelijk correcte uitvoering van de opdracht tegen de voorgestelde prijs. Abnormaal lage offertes zijn inschrijvingen die niet realistisch zijn, waar er een redelijk risico is op niet-uitvoering, een risico dat bijvoorbeeld de arbeidswetgeving niet wordt nageleefd, gegeven het feit dat prijzen worden gehanteerd die onder de marktprijs liggen dan wel lager zijn dan men bij de betrokken inschrijver mag verwachten. Het kan om offertes gaan waarbij de overheid zou worden gedwongen bepaalde risico's te nemen zoals een ernstig risico op faillissement omdat onder de kostprijs wordt gewerkt, die de overheid niet bereid is te nemen. Er mag worden aangenomen dat abnormale lage prijzen, prijzen zijn waarmee een inschrijver een lager prijsvoorstel doet dan wat economisch voor hem en voor de markt mogelijk is.

Waar de verzoekende partijen nog betogen dat “een normale prijs [...] een prijs [is] die de opdrachtnemer toelaat om na aftrek van al zijn kosten een redelijke winstmarge over te houden”, valt op te merken dat zij daarbij geenszins verwijzen naar een wettelijke definitie doch een zin aanhalen uit een “Gids” die specifiek kadert in de strijd tegen sociale dumping en slechts aanbevelingen inhoudt ten aanzien van federale aanbestedende overheden. In die omstandigheden, die in onderhavig geschil niet aan de orde blijken te zijn, wordt de aanbestedende overheid gevraagd een actieve rol te spelen in de strijd tegen abnormaal lage prijzen of kosten.

De omzendbrief waar de verzoekende partijen naar verwijzen, betreft overigens de klassieke sectoren en niet de speciale sectoren.

39. Zoals hiervoor reeds werd vastgesteld op grond van de stukken van het administratief dossier blijkt de verwerende partij een uitvoerig prijsonderzoek te hebben verricht. Daarbij valt overigens op te merken dat het veeleer de hoogte van de prijzen blijkt te zijn die er haar toe hebben aangezet om een onderhandelingsronde te organiseren en om alle inschrijvers in het kader van het algemeen prijsonderzoek nog om prijsstoelichting te vragen voor post 1. De

vergelijking met de prijzen van een eerdere, vergelijkbare opdracht, kan hierbij een pertinent criterium zijn.

40. In de mate dat de verzoekende partijen het vermeend schijnbaar abnormaal karakter afleiden uit het feit dat de offerteprijzen van Intradura 30 % lager zouden liggen dan hun offerteprijzen, valt op te merken dat in geval er slechts twee inschrijvers zijn, het geen evident uitgangspunt is om de ene of de andere offerte als behept met een abnormale prijs te bestempelen. Tevens dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen zelf voor alle percelen waarvoor zij een offerte hebben ingediend, behalve voor perceel 5, telkens beduidend de hoogste inschrijvingsprijs hebben geboden en dit ook wanneer zij in concurrentie kwamen met andere inschrijvers dan Intradura.

Ook blijkt dat Intradura niet voor alle percelen waarvoor zij heeft ingeschreven de laagste prijs heeft geboden.

Het enkele feit dat de prijs van Intradura lager is dan de prijs die de verzoekende partijen hebben geboden, blijkt aldus niet te volstaan om aan te tonen dat de prijs voorgesteld door Intradura voor de betrokken percelen als abnormaal laag had moeten worden beschouwd.

De verzoekende partijen brengen ook geen concrete elementen aan waaruit zou moeten blijken dat de door de gekozen inschrijver opgegeven prijs onmogelijk tot een kwaliteitsvolle uitvoering van de opdracht kan leiden.

41. De verwerende partij wijst er voorts in haar memorie van antwoord op dat, specifiek wat de verhouding tussen de door de verzoekende partijen en Intradura geboden prijzen betreft, zij heeft vastgesteld dat, globaal genomen, het rendement en de kosten inzake slibverwerking en materieel die beide partijen hanteren in dezelfde grootteorde liggen en in elk geval niet onrealistisch zijn. Het prijsverschil tussen beide inschrijvers valt volgens haar in het licht van onder andere de volgende vaststellingen te verklaren:

- Intradura werkt, in tegenstelling tot de verzoekende partijen, aan kostprijs (en hanteert dus geen winstmarge of bijkomende overheadkosten);
- Intradura hanteert een lager uurloon / personeelskost dan de verzoekende partijen;

- Intradura biedt een iets hoger rendement aan, namelijk 350 kolken/dag, dan de verzoekende partijen, namelijk 300 kolken/dag, waardoor zij met een lagere kostenstructuur meer werk kan verrichten hetgeen een bijkomend kostendrukkend effect heeft. De vaststelling dat de meeste percelen verstedelijkte gemeenten zijn, zou volgens Intradura ook aan de grond liggen van dit hoger gemiddeld rendement.

Deze argumentatie vindt bevestiging in het administratief dossier.

Meer algemeen blijkt het realistisch karakter van de prijzen geboden door Intradura volgens de verwerende partij tevens uit de vaststelling dat deze gemiddeld ongeveer 11 % hoger liggen dan de prijzen die zij als zittende dienstverlener aanrekent voor dezelfde opdracht voor bepaalde gemeenten.

De verwerende partij mocht dan ook aannemen dat de thans geboden, iets hogere prijzen van Intradura realistisch zijn en haar op afdoende wijze in staat stellen om dezelfde kwalitatieve dienstverlening ook in de toekomst aan te bieden.

42. De verzoekende partijen maken, gelet op deze gegevens, niet aannemelijk dat de verwerende partij door in de gegeven omstandigheden geen abnormaliteit van de totaalprijs van de gekozen inschrijver voor de betrokken percelen te hebben vastgesteld, de beoordelingsruimte waarover zij beschikt in het kader van een prijsonderzoek in een onderhandelingsprocedure, te buiten is gegaan door schending van de in het middel aangegeven beginselen.

43. Evenmin blijkt dat de verwerende partij er in die omstandigheden toe gehouden zou zijn om Intradura met toepassing van artikel 44, § 3, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren te bevragen omtrent de verenigbaarheid van steun met de interne markt. De aanbestedende overheid blijkt 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.

Deze bepaling dient immers te worden samengenomen met artikel 44, §§ 1 en 2, van het voornoemde koninklijk besluit. Uit deze bepalingen

blijkt dat de aanbestedende overheid, indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, een prijsbevraging uitvoert en dat de verantwoording verband kan houden met “4° het eventueel verkrijgen van een wettelijke overheidssteun door de inschrijver”.

Het is pas indien een aanbestedende overheid vaststelt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag lijken, en vervolgens in het kader van de bevraging bij de beoordeling van de ontvangen inlichtingen wordt geconfronteerd met een prijsverantwoording die verband houdt met het verkrijgen van overheidssteun, dat artikel 44, § 3, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren toepassing vindt.

De argumentatie inzake het eventueel verkrijgen van overheidssteun dient dan ook slechts te worden beoordeeld bij een eventuele toepassing van artikel 44, §§1 en 3, van het voornoemde koninklijk besluit.

Gelet op het voorgaande diende de verwerende partij, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen betogen, Intradura aldus niet te bevragen inzake de “verenigbaarheid” van de door haar verkregen “overheidssteun” met de interne markt, noch na te gaan of de beweerde steunmaatregelen waren aangemeld.

De verregaande actieve onderzoeksplicht inzake overheidssteun die de verzoekende partijen toeschrijven aan de aanbestedende overheid, vindt dan ook geen steun in de toepasselijke internrechtelijke bepalingen, noch in de Europeesrechtelijke bepalingen waarvan zij een omzetting vormen.

44. In de mate dat de verzoekende partijen rechtstreeks een schending inroepen van de artikelen 107 en 108.3 van het VWEU, gaan zij eraan voorbij dat hun grieven inzake de vermeende onwettige staatssteun en een vermeend gebrek aan aanmelding van de steunmaatregelen, geen betrekking hebben op de in het kader van het onderhavig beroep voor de Raad van State bestreden selectie- en gunningsbeslissingen, doch op beslissingen die verband houden met de subsidiëring van Intradura door de overheden die er deel van

uitmaken. Het zijn met andere woorden niet de bestreden beslissingen zelf die een onwettige steunmaatregel aan Intradura inhouden.

45. Overeenkomstig artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze. Artikel 5 van diezelfde wet bepaalt voorts dat ondernemers geen handelingen stellen, geen overeenkomsten sluiten of geen afspraken maken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

Overeenkomstig artikel VI.104 van het WER is verboden elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden.

In de mate dat in het middel ook een schending van deze bepalingen wordt aangevoerd, volstaat het hoofdzakelijk te verwijzen naar hetgeen hiervoor reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het tweede onderdeel van het eerste middel.

In het licht van de aldaar aangehaalde rechtspraak kan niet worden aangenomen dat de deelname door een opdrachthoudende vereniging aan een overheidsopdracht waarbij diensten aan kostprijs worden aangeboden, een schending van de artikelen 4 of 5 van de wet overheidsopdrachten 2016 dan wel van artikel VI.104 van het WER inhoudt.

Zo heeft het Hof van Justitie er in hoger vermeld arrest CoNISMa aan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof, enerzijds, het beginsel van gelijke behandeling niet wordt geschonden door het loutere feit dat de aanbestedende diensten tot een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten lichamen toelaten die subsidie ontvangen, waardoor zij aanbiedingen kunnen doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van hun mededingers die geen subsidie ontvangen, en, anderzijds, de communautaire wetgever, indien hij de aanbestedende diensten had willen verplichten deze inschrijvers uit te sluiten, dat uitdrukkelijk zou hebben verklaard.

In de mate dat de verzoekende partijen in dit verband nog stellen dat eventuele verliezen van Intradura te allen tijde door de deelnemende

gemeenten zouden worden gedekt, valt op te merken dat deze bewering op geen enkel wijze wordt gestaafd en alleszins door de verwerende partij wordt ontkracht. De verzoekende partijen tonen in ieder geval niet concreet aan hoe de grieven een inbreuk op de eerlijke handelspraktijken vormen in de zin van het WER.

46. In hun laatste memorie geven de verzoekende partijen een nieuwe draagwijdte aan hun middel. Waar in hun verzoekschrift een schending werd aangevoerd van de aangehaalde bepalingen en beginselen in de mate dat Intradura enkel kostendekkend zou werken, laten de verzoekende partijen in hun laatste memorie gelden dat Intradura met verlies zou werken hetgeen een oneerlijke marktpraktijk in de zin van artikel VI.104 van het WER zou uitmaken.

Deze nieuwe grief wordt niet tijdig in het debat gebracht en is dienvolgens niet ontvankelijk. De verzoekende partijen maken ook niet aannemelijk dat ze van openbare orde is.

47. Wat de vier voor het eerst in de laatste memorie voorgestelde prejudiciële vragen betreft, mag, om deze vraag te verwerpen, korthedshalve worden verwezen naar hetgeen hiervoor bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het eerste middel onder randnummer 24 werd opgemerkt over de vraag om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. De vragen konden hoe dan ook reeds worden opgeworpen in eerdere procedurestukken.

Voorts gaat de eerste voorgestelde prejudiciële vraag ervan uit dat Intradura niet kostendekkend zou werken, wat niet is aangetoond. De vraag is dan ook niet relevant voor de oplossing van het geschil.

48. Het tweede middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

49.1. 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. Intradura verwerft via de bestuurders die haar leden in de TMVW vertegenwoordigen volgens de verzoekende partijen een instrument tot voorkennis en tot potentiële sturing van het gunningsproces en van de selectie- en gunningsbeslissing.

Gelet op de duidelijke belangenvermenging, al is het maar de voorkennis die Intradura had nu een deel van haar vennoten betrokken was bij het uitschrijven van de overheidsopdracht, had de TMVW volgens de verzoekende partijen moeten handelen overeenkomstig artikel 6, § 1, eerste lid, 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.

49.2. In hun memorie van wederantwoord merken de verzoekende partijen nog op dat zij zelf geen concreet bewijs kunnen leveren vermits zij geen aandeelhouder zijn, noch een bestuursfunctie uitoefenen. Het is volgens hen de verwerende partij die geen bewijs levert dat zij lopende de gunningsprocedure de nodige maatregelen heeft genomen om belangenvermenging doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen.

49.3. In hun laatste memorie brengen de verzoekende partijen geen nieuwe elementen aan.

Beoordeling

50.1. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op bij het middel. Zelfs indien er sprake zou zijn van een belangenconflict, valt

volgens haar niet in te zien en de verzoekende partijen tonen volgens haar ook niet aan, op welke wijze dit een invloed kan hebben gehad op hun hoge prijszetting, en aldus de werkelijke reden waarom de betrokken percelen niet aan hen worden gegund.

50.2. Uit de uiteenzetting van het middel blijkt dat het betrekking heeft op de gunning van de percelen 2, 3, 11, 12, 16, 23, 26, 34, 35 en 38.

Perceel 3 maakt niet het voorwerp uit van het beroep.

Hoger werd reeds vastgesteld dat het beroep niet ontvankelijk blijkt in de mate dat het gericht is tegen de gunningsbeslissing voor de percelen 11, 12, 23 en 26.

Het middel is dus slechts ontvankelijk voor de percelen 2, 16, 34, 35 en 38.

Voor het overige valt de exceptie samen met de beoordeling van het middel.

51. 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”.

De verzoekende partijen maken op de eerste plaats niet aannemelijk dat artikel 6, § 3, van de wet, dat twee hypothesen bevat waaruit een

absoluut vermoeden van belangenconflict wordt afgeleid, van toepassing is op de voorliggende situatie.

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

Hierbij laten zij na om concreet aan te tonen – het blijkt overigens ook niet spontaan – waarom dit als een belangenconflict in de zin van artikel 6, § 1, tweede lid, van de wet 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.

Daargelaten de vraag of voor de betrokken percelen mag worden aangenomen dat er sprake is van een structurele verwevenheid tussen de TMVW en Intradura, maken de verzoekende partijen niet aannemelijk op welke wijze Intradura hierdoor zou zijn bevoordeeld.

Het enig door hen vermelde concreet 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 of dit uitgangspunt aannemelijk is aangezien de bestreden beslissingen uitgaan van de raad van bestuur van de TMVW. De in het geding zijnde opdracht blijkt voorts niet dermate complex van aard dat voorkennis vereist zou zijn om een offerte te kunnen indienen. De verzoekende partijen beweren in elk geval niet dat een gebrek aan voorkennis hen zou hebben verhinderd om een degelijke offerte in te dienen. Indien er al sprake zou zijn van voorkennis in hoofde van Intradura, blijkt dit bovendien in de eerste plaats voort te vloeien uit het feit dat zij reeds zittende dienstverlener is met betrekking tot een aantal percelen.

Aldus blijkt ook niet dat de verwerende partij zou hebben nagelaten de nodige maatregelen te treffen in de zin van het voormelde artikel

6, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, dan wel het zorgvuldigheidsbeginsel of het materiële motiveringsbeginsel zou hebben geschonden.

52. Het middel is deels onontvankelijk, deels ongegrond.

VII. Kosten

53. De kosten dienen ten laste van de verzoekende partijen te worden gelegd.

Deze kosten omvatten het rolrecht van 200 euro per verzoekende partij en een bijdrage van 20 euro per verzoekende partij, zoals bepaald bij artikel 66, 6°, van het besluit van de regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Bij arrest nr. 22/2020 van 13 februari 2020 heeft het Grondwettelijk Hof evenwel in het kader van het beroep tot vernietiging van de wet van 19 maart 2017 ‘tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand’ en van de wet van 26 april 2017 ‘houdende de regeling van de oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand voor wat de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen betreft’, de woorden “per verzoekende partij” vernietigd in artikel 4, § 4, eerste en derde lid, van de wet van 19 maart 2017, zoals het is ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 26 april 2017.

Bijgevolg is er, op grond van de *erga omnes* en de retroactieve werking van het voormelde arrest, aanleiding om de terugbetaling te bevelen van de onterecht betaalde bedragen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De onterecht betaald bijdrage ten bedrage van 20 euro dient aan de verzoekende partijen te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftientwintig juni tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest