

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 252.822 van 28 januari 2022

in de zaak A. 235.391/XII-9176

In zake: de BV DEPANNAGE LYBAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Maeyaert en Ewoud Hacke
kantoor houdend te 8200 Brugge
Torhoutse Steenweg 437
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 januari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Belgische Staat, Ministerie van Defensie, Algemene Directie Material Resources, Divisie Overheidsopdrachten, van [14] december 2021 betreffende de offerte ingediend door de [bv Depannage Lybaert] naar aanleiding van de openbare procedure met als voorwerp ‘Pechverhelping, herstelling en transport van zware voertuigen’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 januari 2022, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ewoud Hacke, die verschijnt voor de verzoekende partij, en luitenant Pieter-Jan Tuts en luitenant-kolonel Ilse Van De Gaer, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit met als voorwerp ‘pechverhelping, herstelling en transport van zware voertuigen’. De opdracht wordt zowel nationaal als Europees bekendgemaakt.

De opdracht wordt gegund via een openbare procedure. Het enige gunningscriterium is de prijs. Het bestek met referte MRMP-L/S 21LS347 is van toepassing.

3.2. Bij de opening van de offertes op 22 september 2021 blijken de verzoekende partij en de bv ADB ASSIST een offerte te hebben ingediend.

3.3. Op 26 oktober 2021 vraagt de verwerende partij de verzoekende partij om prijsverantwoording van een aantal prijzen:

“Betreft : Analyse van de prijzen.

Bij het analyseren van de prijzen (zie bijlage - prijzen in het rood) werd vastgesteld dat:

- Er significante prijsverschillen zijn voor identieke diensten, maar met betrekking tot verschillende types voertuigen
- Er abnormaal lage prijzen (bijkomende uren,...) opgegeven worden.”

3.4. Op 28 oktober 2021 geeft de verzoekende partij een prijsverantwoording aan de verwerende partij.

3.5. Op 5 november 2021 meldt de verwerende partij aan de verzoekende partij dat de prijsverantwoording noopt tot de vaststelling dat sommige prijzen niet bepaald werden met inachtneming van de betrekkelijke waarde van de posten, wat wettelijk niet zou zijn toegestaan. Daarop beslist de verwerende partij de offerte door te sturen naar de sectie ‘Financiële expertise’ teneinde de opgegeven prijzen te onderzoeken op abnormaliteit en een advies uit te brengen.

3.6. Het gunningsverslag dagtekent van 7 december 2021.

3.7. Op 14 december 2021 beslist de minister van Defensie om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren en om de opdracht te gunnen aan de bv ADB Assist.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekend schrijven van 20 december 2021 stelt de verwerende partij de verzoekende partij in kennis van de motieven om haar offerte onregelmatig te verklaren.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op

de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 28, 33, 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de artikelen 4, 5 en 8 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), het zorgvuldigheidsbeginsel, het formelemotiverings-beginsel en het materiële motiverings-beginsel.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat, **eerste middelonderdeel**, in hoofdorde, de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaart zonder op afdoende wijze de elementen van de prijsverantwoording in de motivering te betrekken, noch aan te tonen dat de gezegd abnormaal lage

prijzen een risico inhielden van een onbehoorlijke uitvoering van de opdracht;

Terwijl, de formele motiveringsplicht de verwerende partij verplicht de beoordeling van de prijsverantwoording op een deugdelijke wijze te verrichten waarbij zij rekening houdt met alle feitelijke en juridische elementen en deze ook in haar motivering weergeeft;

Zodat, de bestreden beslissing is genomen in strijd met de formele motiveringsverplichting;

En doordat, **tweede middelonderdeel**, de verwerende partij naliet de eerbiediging van de verplichtingen op het vlak van het milieu-, sociaal en het arbeidsrecht na te zien in hoofde van de verzoekende partij,

Terwijl, de aanbesteder, in het kader van de prijzen- of kostenbevraging, de inschrijver moet verzoeken schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid Wet Overheidsopdrachten 2016, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, milieu- en arbeidsrecht en deze ook na te zien om vast te stellen dat de inschrijver aan de in artikel 7, eerste lid Wet Overheidsopdrachten 2016 verplichtingen voldoet.

Zodat, de bestreden beslissing is genomen in strijd met artikel 36 KB Plaatsing 2017 en in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting;

En doordat, **derde middelonderdeel**, de motieven in de bestreden beslissing feitelijke en juridische grondslag missen, meer bepaald door een verkeerde toepassing te maken van artikel 28 KB Plaatsing 2017 alsook door te besluiten dat de lage prijzen in de offerte van verzoekende partij een verboden speculatie uitmaken en daardoor abnormaal laag zouden zijn;

Terwijl, de artikelen 33, 35 en 36 samen gelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht de verwerende partij verplichten de motieven in de beslissing te baseren op rechtsgeldige juridische en feitelijk correcte gronden waarbij een correcte toepassing wordt gemaakt van de artikelen 28 en 36, § 3, eerste lid, 1° KB Plaatsing 2017;

Zodat, de bestreden beslissing is genomen in strijd met artikel 84 Wet Overheidsopdrachten en met de artikelen 28, 33, 35 en 36 KB Plaatsing 2017, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting.”

Beoordeling

6. Het eerste middelonderdeel wordt niet bijgevalen om de volgende redenen.

Uit het bestek blijkt dat de inschrijvers bij het indienen van hun offerte, op grond van de inventaris opgenomen als bijlage bij het bestek, een eenheidsprijs dienen te geven voor de onderscheiden posten in functie van de aard van de te leveren prestatie, in functie van het type voertuig waarvoor de pechverhelping dient te worden uitgevoerd en in functie van een dag- en een nachttarief.

Daarnaast dienen de inschrijvers bij hun offerte de ingevulde prijzentabel ‘scenario’ te voegen voor de beoordeling van het enig gunningscriterium ‘prijs’. Deze prijzentabel komt overeen met de inventaris maar de verwerende partij heeft hieraan voor elke post een coëfficiënt toegevoegd die op de post wordt toegepast waarna de prijzen van de verschillende posten worden opgeteld en het eindtotaal van de ingediende offerte, dit is de zogenaamde evaluatieprijs, in aanmerking wordt genomen voor de vergelijking van de offertes op basis van het gunningscriterium prijs. De coëfficiënt is het resultaat van een door de verwerende partij verrichte raming van de frequentie van de betreffende post.

De verwerende partij stelt bij het nagaan van de offertes vast dat de door de verzoekende partij opgegeven prijzen voor identieke verrichtingen erg verschillend zijn en vraagt haar hierover verduidelijking waarbij zij een aantal voorbeelden geeft van prijzen die haar problematisch lijken. Deze voorbeelden zijn dezelfde als in de tabel die de verwerende partij in haar motieven voor de wering van de offerte van de verzoekende partij heeft gegeven – zie hierna onder hetzelfde randnummer.

De verzoekende partij geeft op 28 oktober 2021 haar prijsverantwoording.

Deze verantwoording lijkt, in weerwil tot wat de verzoekende partij laat uitschijnen, zich in essentie te laten samenvatten tot de vaststelling dat zij het scenario van de prijsevaluatieformule heeft bestudeerd en dat zij op grond

van haar eigen risico-inschatting besloten heeft om sommige prijzen te verlagen om zo een lagere evaluatieprijs te verkrijgen. Met andere woorden diende zij lage prijzen in voor posten waarvan zij meende dat zij ze niet of zeer weinig zou leveren.

De verwerende partij weert daarop de offerte en geeft de verzoekende partij bij brief van 20 december 2021 de volgende motieven:

- “•Het prijsonderzoek toont aan dat de inschrijver voor verschillende types voertuigen voor gelijkaardige prestaties (Admin kosten, bijkomende uurlonen, ...) toch totaal afwijkende of abnormaal lage prijzen indient.
Voorbeelden:

Administratieve kosten per depannage	Type 1 = 100 EUR Type 2/3/5 = 5 EUR
Dispatching naar de bandencontract aannemer	Type 1 = 100 EUR Type 2/3/5 = 5 EUR
Interventie – bijkomende uren	Type 1 = 100 EUR/uur Type 2/3/5 = 5 EUR/uur
Recovery – Prijs per extra uur	Type 1 = 90 EUR/uur Type 2 = 5 EUR/uur
Recovery – Uren bijkomend personeel	Type 1 = 110 EUR/uur Type 2 = 5 EUR/uur
Repatriëring	Type 6/7 = 0,05 EUR/km
Laden – Extra personeel	Type 2 = 5 EUR Type 6 = 200 EUR
Laden – Vervangend voertuig	Type 2 = 0,25 EUR Type 4 = 15 EUR Type 6/7 = 0,10 EUR
Laden - Vast bedrag ADR depannage	Type 2 = 0,10 EUR Type 5 = 850 EUR

- Art 28 van KB1 van 18 april 17 voorziet dat alle eenheidsprijzen voor iedere post van de inventaris opgegeven moeten worden met inachtneming van de betreffende waarde van die posten ten opzichte van het totale offertebedrag en dat alle algemene en financiële kosten alsmede de winst, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld worden over de onderscheiden posten.

Art 36 §1 van KB1 van 18 april 17 stelt dat indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, de aanbestedende overheid een bevraging uitvoert van deze laatste.

Op basis van Art 36 § 2 van KB1 van 18 april 17 werd aan de inschrijver gevraagd de verschillen in de aangeboden prijzen te verduidelijken.

Met zijn mail van 28 oktober 21 legt de inschrijver uit dat hij het scenario van de prijsevaluatieformule bestudeerd heeft en dat hij op basis van zijn eigen risico-inschatting, besloten heeft om sommige prijzen te verlagen om zo een lagere evaluatieprijs te bekomen.

Aangezien de voormelde posten niet kunnen beschouwd worden als zijnde verwaarloosbaar, werd aangaande het abnormale karakter van deze prijzen een bijkomende prijscontrole uitgevoerd.

- De sectie 'Financiële expertise' (MRMP-G/E/F) bevestigt in [haar] verslag dat:
 - De firma Lybaert voor een aantal posten abnormaal lage prijzen opgegeven heeft.
 - Het onmogelijk is dat de firma met deze prijzen/tarieven haar directe kosten voor de desbetreffende posten kan dekken, laat staan een winst kan genereren.

Hierdoor beschouwt MRMP-G/E/F deze prijzen als abnormaal laag en niet marktconform.

- Besluit:

De offerte bevat substantiële onregelmatigheden.

In deze offerte worden niet alle eenheidsprijzen voor iedere post van de offerte opgegeven met inachtneming van de betreffende waarde van die posten ten opzichte van het totale offertebedrag (Art 28).

Speculatie door de inschrijver is verboden. Dit kan bestaan uit abnormaal lage prijzen die opzettelijk worden opgegeven voor posten waarvan het vermoeden bestaat dat ze niet zullen worden besteld of dat ze in kleinere hoeveelheden zullen worden besteld dan de initiële schattingen. Het totale bedrag van de evaluatieprijs wordt op die manier kunstmatig verlaagd. De offerte van de inschrijver geeft voor een aantal posten abnormaal lage prijzen en wordt door de aanbestedende overheid als substantieel onregelmatig beschouwd (KB plaatsing 18 april 17 Art 36 §3 1°)."

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, vormt deze motivering geen loutere herschrijving van de toepasselijke wettelijke bepalingen. Evenmin beperkt de verwerende partij zich ertoe te verwijzen naar een verslag van de sectie 'Financiële expertise'.

In deze motivering duidt de verwerende partij de concrete posten en de prijzen aan in de offerte van de verzoekende partij die zij als abnormaal laag beschouwt. Zij wijst erop dat de verzoekende partij inzake diverse types voertuigen voor posten met gelijkaardige prestaties, “totaal afwijkende of abnormaal lage prijzen” aanbiedt.

Vervolgens gaat de verwerende partij in op de prijsverantwoording die werd verstrekt door de verzoekende partij. Zij stelt dat uit deze prijsverantwoording blijkt dat de verzoekende partij op grond van een eigen risico-inschatting besloten heeft om sommige prijzen te verlagen om zo een lagere evaluatieprijs te verkrijgen wat, zoals reeds opgemerkt, de enige verantwoording van de verzoekende partij lijkt. Immers, de verzoekende partij stelt in haar prijsverantwoording dat zij haar eenheidsprijzen in haar offerte heeft verhoogd of verlaagd in functie van haar eigen inschatting van de frequentie van uitvoeringen van de post. Wanneer de verwerende partij een naar de mening van de verzoekende partij te hoge coëfficiënt in het scenario had opgenomen voor een bepaalde post, die de door haar ingeschatte frequentie oversteeg, heeft zij haar eenheidsprijs voor die post verlaagd. De verzoekende partij heeft dus het scenario van de verwerende partij waarbij deze de door haar geraamde frequentie van uitvoering van de posten had verrekend in een bepaalde coëfficiënt, in de feiten aangepast.

De verwerende partij lijkt dan ook op het eerste gezicht terecht vast te stellen dat de verzoekende partij opzettelijk lage prijzen gaf voor posten waarvan zij vermoedde dat ze niet zullen worden besteld of dat ze in kleinere hoeveelheden zullen worden besteld dan in het scenario van de verwerende partij. Bijgevolg heeft de verwerende partij, wanneer zij beslist tot abnormaal lage prijzen, impliciet maar zeker vastgesteld dat er door de verzoekende partij geen elementen werden aangereikt die het schijnbaar abnormaal karakter van de prijzen konden wegnemen. Hierbij mag overigens worden opgemerkt dat de verzoekende partij op geen enkele wijze, minstens onvoldoende, is ingegaan op ter zake relevante elementen zoals de doelmatigheid van de dienstverlening, de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de

inschrijver kan profiteren bij het verlenen van de diensten of de originaliteit van de door de verzoekende partij aangeboden diensten.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, diende de verwerende partij niet bijkomend te motiveren waarom de prijzen van de verzoekende partij de uitvoering van de opdracht negatief zouden beïnvloeden.

Overeenkomstig artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dient de aanbestedende overheid, wanneer wordt gebruikgemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, een substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren. De verzoekende partij betwist geenszins de vaststelling van de verwerende partij dat er sprake was van schijnbaar abnormaal lage prijzen waarvoor een prijsverantwoording diende te worden gevraagd en dat het dus niet ging om verwaarloosbare posten. De verzoekende partij betwist enkel de beoordeling van haar prijsverantwoording.

Aangezien de verwerende partij tot het besluit kwam dat de door de verzoekende partij gegeven prijsverantwoording niet van aard was het schijnbaar abnormaal karakter dat op de eenheidsprijzen rustte, weg te nemen, kon zij volstaan met de vaststelling dat er aldus sprake was van abnormaal lage prijzen en de offerte dienvolgens onregelmatig verklaren.

7. Het tweede middelonderdeel wordt evenmin bijgevalen.

Er valt op het eerste gezicht niet in te zien welk belang de verzoekende partij heeft bij de door haar in dit onderdeel geformuleerde kritiek. De offerte van de verzoekende partij werd immers niet geweerd op grond van een gebrek aan informatie in de prijsverantwoording met betrekking tot de eerbiediging door de verzoekende partij van haar verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal- en arbeidsrecht maar om een andere reden, namelijk het aanbieden van abnormaal lage prijzen. De verzoekende partij toont niet aan dat de behandeling van deze problematiek bij het vragen van de prijsverantwoording en

het antwoord hierop kon leiden tot een andere beoordeling door de verwerende partij van haar offerte, die in haar voordeel zou zijn.

8. Ten slotte wordt ook het derde middelonderdeel niet ernstig bevonden en dit om de volgende redenen.

De voorliggende opdracht betreft een opdracht tegen prijslijst waarbij de inschrijvers voor de verschillende posten in de inventaris een eenheidsprijs dienden op te geven. Vervolgens, zoals reeds hiervoor uiteengezet, worden de eenheidsprijzen van de inventaris automatisch overgezet naar de evaluatieprijs via het document “scenario” dat de aanbestedende overheid gebruikt voor de prijsvergelijking van de offertes. In dat document wordt aan elke post via een coëfficiënt een bepaald gewicht gegeven dat naar de verwachtingen van de verwerende partij overeenstemt met de frequentie waarmee een post tijdens de opdracht zal worden uitgevoerd. De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij op de hoogte was van deze werkwijze door de besteksbepalingen en de informatiesessie waaraan de verzoekende partij heeft deelgenomen. De verzoekende partij ontkent niet in haar verzoekschrift, en evenmin ter terechtzitting, kennis te hebben van het opzet van dit scenario, noch stelt zij de wettigheid van die bijzondere werkwijze in vraag.

Zoals de verwerende partij aanvoert, dient op het eerste gezicht een inschrijver voor elke post van de inventaris een ‘normale’ prijs op te geven die de werkelijke kosten omvat voor het uitvoeren van die post. Het komt de inschrijvers niet toe hun eenheidsprijzen in de prijslijst aan te passen in functie van de weging die de posten hebben gekregen in het scenario. Dit wel doen, lijkt ook onder meer de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang te brengen.

De bestreden beslissing overweegt dat de verzoekende partij opzettelijk abnormaal lage prijzen opgeeft voor de posten waarvan zij vermoedt dat ze niet zullen worden besteld of dat ze in kleinere hoeveelheden zullen worden besteld dan de initiële inschattingen die aan het scenario ten grondslag liggen. Het

totale bedrag van de evaluatieprijs wordt volgens de verwerende partij op die manier kunstmatig verlaagd. Zij besluit dat er abnormaal lage eenheidsprijzen worden gegeven voor een aantal posten zodat de offerte substantieel onregelmatig is.

In haar prijsverantwoording vermeldt de verzoekende partij zelf uitdrukkelijk dat zij voor posten waarvan zij meent dat zij deze weinig of niet zal moeten leveren, een goedkopere prijs heeft opgegeven en dat het risico dat zij daardoor loopt “gecompenseerd wordt door de andere missies die [zij] binnen het raamcontract [zal] uitvoeren”. Zo geeft zij bijvoorbeeld in haar prijsverantwoording aan dat bij een recovery voor een voertuig type 2 er zelden tot nooit een uurloon voor bijkomend personeel zal moeten worden aangerekend, zodat zij hiervoor een prijs van 5 euro per uur geeft.

De verzoekende partij stelt uitdrukkelijk dat zij bereid is dit risico te nemen teneinde een lagere evaluatieprijs te verkrijgen.

Zoals bij de bespreking van het eerste onderdeel van het middel reeds werd vermeld, lijkt dit geen aanvaardbare prijsverantwoording te kunnen vormen. Wanneer de verwerende partij een naar de mening van de verzoekende partij te hoge coëfficiënt in het scenario heeft opgenomen voor een bepaalde post, die de door de verzoekende partij ingeschatte frequentie overstijgt, heeft de verzoekende partij haar eenheidsprijs voor die post verlaagd. Zoals de Raad reeds overwoog in zijn arrest nr. 233.365 van 24 december 2015 (bladzijde 30) lijkt het enige argument dat de inschrijver meent te weten dat hij slechts zeer weinig of geen diensten zal moeten presteren voor een post, geen verantwoording te vormen die het normaal karakter van een eenheidsprijs voor een post aantoon. De waarschijnlijkheid dat een bepaalde post zal dienen te worden uitgevoerd, lijkt immers niets te zeggen over de reële kostprijs van de effectieve prestaties die onder die post vallen. Door aldus niet de reële kostprijs van de prestaties die bij uitvoering van de post moeten worden geleverd op te geven, lijkt de verzoekende partij niet aan te tonen dat zij voor de kwestieuze posten een normale prijs opgaf.

In de mate dat de verzoekende partij in haar prijsverantwoording zich er voorts toe beperkt voor sommige posten aan te geven dat de kost onder andere posten zou zijn opgenomen – voor zover dit al in het kader van een verantwoording aanvaardbaar zou zijn – licht zij geenszins concreet toe onder welke posten en hoe deze kost is opgenomen.

De verwerende partij mocht dan ook op het eerste gezicht terecht vaststellen dat de verzoekende partij abnormaal lage prijzen gaf voor posten waarvan het vermoeden bestaat dat ze niet zullen worden besteld of dat ze in kleinere hoeveelheden zullen worden besteld dan de initiële schattingen. Bijgevolg heeft de verwerende partij impliciet maar zeker vastgesteld dat door de verzoekende partij geen elementen werden aangereikt die het schijnbaar abnormaal karakter van de betrokken prijzen konden wegnemen zodat zij op het eerste gezicht terecht met toepassing van artikel 36, § 3, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig heeft verklaard.

De argumentatie van de verzoekende partij met betrekking tot de overweging in het gunningsverslag gesteund op artikel 28 van hetzelfde besluit moet niet nader worden onderzocht. Immers deze overweging lijkt een overtollig motief waarvan de gebeurlijke onwettigheid de wettigheid van de genomen beslissing zelf niet lijkt aan te tasten.

9. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het zorgvuldigheidsbeginsel, de

formelemotiveringsplicht en de materiëlemotiveringsverplichting als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“Doordat, de verwerende partij een gemengde opdracht als een enkele opdracht heeft aanbesteed, en dus als ondeelbaar heeft beschouwd, zonder dit te verantwoorden op basis van objectieve redenen, minstens kunnen deze objectieve redenen niet verondersteld worden;

Terwijl, artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel en de formele motiveringsplicht de verwerende partij verplichten een splitsbare opdracht in principe te splitsen (en aan te besteden conform het wettelijke kader dat op de afzonderlijke delen van toepassing is) tenzij er objectieve redenen kunnen worden aangevoerd die de plaatsing van een enkele opdracht verantwoorden;

Zodat, het bestek en de daarop steunende bestreden beslissing is genomen in strijd met artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten en met het zorgvuldigheidsbeginsel, het formele motiveringsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting, en dienvolgens onwettig is.”

Beoordeling

11. Te dezen gaat het om een gemengde opdracht, in de zin dat ze zowel civiele voertuigen als gevechtsvoertuigen betreft. In beginsel valt een opdracht voor civiele voertuigen onder de wet overheidsopdrachten 2016. Een opdracht voor gevechtsvoertuigen valt onder de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: wet defensie en veiligheid) (artikelen 13 en 15 van de wet defensie en veiligheid). Deze wet voorziet in een soepeler regime voor de aanbestedende overheid dan de wet overheidsopdrachten 2016.

Inzake gemengde opdrachten bepaalt artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2016 het volgende:

“§ 1. Dit artikel is van toepassing op gemengde opdrachten die zowel betrekking hebben op opdrachten waarop deze titel van toepassing is, als

op opdrachten waarop Artikel 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van toepassing is of die onderworpen zijn aan de titels 2 of 3 of aan de titel 3/1 van de wet defensie en veiligheid.

§ 2. Wanneer de verschillende onderdelen van een bepaalde opdracht objectief gezien niet deelbaar zijn, kan de opdracht overeenkomstig titel 3/1 van de wet defensie en veiligheid worden geplaatst indien zij elementen bevat waarop artikel 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van toepassing is of die betrekking hebben op de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk.

Wanneer de opdracht in datzelfde geval geen elementen bevat waarop artikel 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van toepassing is of die geen betrekking hebben op de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk, kan zij overeenkomstig de titels 2 en 3 van de wet defensie en veiligheid worden geplaatst.

§ 3. Wanneer de verschillende onderdelen van een bepaalde opdracht objectief gezien deelbaar zijn, kan de aanbestedende overheid beslissen om voor de afzonderlijke onderdelen afzonderlijke opdrachten te plaatsen, of om één enkele opdracht te plaatsen.

Wanneer de aanbestedende overheid beslist om voor afzonderlijke delen afzonderlijke opdrachten te plaatsen, wordt de beslissing over het juridisch kader dat voor elk van de afzonderlijke opdrachten moet gelden, genomen op grond van de kenmerken van het afzonderlijke deel in kwestie.

Wanneer de aanbestedende overheid beslist één opdracht te plaatsen, gelden de volgende criteria om de toepasselijke juridische regeling te bepalen :

1° wanneer een bepaald onderdeel van een opdracht valt onder titel 3/1 van de wet defensie en veiligheid, kan de opdracht worden geplaatst overeenkomstig de voormelde titel, mits het plaatsen van één enkele opdracht objectief gerechtvaardigd is;

2° wanneer een bepaald onderdeel van een opdracht valt onder de titels 2 of 3 van de wet defensie en veiligheid, kan de opdracht overeenkomstig de voormelde titels worden geplaatst, mits het plaatsen van één enkele opdracht objectief gerechtvaardigd is. Deze bepaling geldt onverminderd de drempels en uitzonderingen van die wet.

De beslissing om één enkele opdracht te plaatsen mag evenwel niet zijn ingegeven door het oogmerk opdrachten aan de toepassing van de onderhavige wet of van de titels 2 of 3 van de wet defensie en veiligheid te onttrekken.

Wanneer bij de toepassing van het derde lid de voorwaarden van zowel 1° als 2° zijn vervuld, is de bepaling onder 1° van toepassing.”

De verwerende partij heeft gemeend de opdracht als één geheel in de markt te kunnen zetten. Met toepassing van artikel 24, § 3, derde lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 had zij de opdracht kunnen plaatsen onder de

wet defensie en veiligheid maar, zoals uit het bestek blijkt, heeft zij de opdracht geplaatst onder de wet overheidsopdrachten 2016.

Inzake haar belang bij het middel wijst de verzoekende partij op het feit dat indien de verwerende partij de opdracht zou hebben opgedeeld, de opdracht inzake de gevechtsvoertuigen onder de toepassing van de wet defensie en veiligheid zou zijn gevallen. In dat geval zou de verwerende partij bij de gunning van die opdracht als plaatsingswijze hebben kunnen kiezen voor de onderhandelingsprocedure, die in een soepeler regime inzake het prijs- of kostenonderzoek voorziet. De verzoekende partij meent dat zij dan de kans zou hebben gekregen om mogelijke problemen inzake haar eenheidsprijzen uit te klaren of recht te zetten in het kader van onderhandelingen.

De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang op. De verzoekende partij zou volgens haar immers slechts beschikken over een hypothetisch belang.

Artikel 22 van de wet defensie en veiligheid luidt:

“De overheidsopdrachten worden geplaatst bij beperkte procedure, hetzij bij beperkte aanbesteding, hetzij bij beperkte offerteaanvraag, of bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking.
Enkel de overheidsopdrachten die de bedragen voor de Europese bekendmaking niet bereiken, mogen worden geplaatst bij open procedure, hetzij bij open aanbesteding, hetzij bij open offerteaanvraag.
De Koning regelt deze gunningswijzen.”

Uit dit artikel blijkt dat de verwerende partij, zoals zij ook in haar nota beklemtoont, zelfs in het geval zij voor de gunning van de opdracht inzake de gevechtsvoertuigen onderworpen zou zijn geweest aan de bepalingen van de wet defensie en veiligheid, dan nog als plaatsingswijze ook had kunnen kiezen voor de beperkte aanbesteding of de beperkte offerteaanvraag.

Terecht merkt de verwerende partij dan ook op dat de verzoekende partij niet doet blijken van het vereiste belang bij haar middel.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een aanvullend stuk neergelegd op 18 januari 2022 voert de verzoekende partij een nieuw middel aan. Zij leidt dit middel af uit de schending van de artikelen 5 en 8 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en het formelemotiveringsbeginsel.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“Doordat, **in hoofddorde**, de bestreden beslissing niet de motieven van de wering van de offerte van verzoekende partij wegens abnormaal lage prijzen vermeldt, noch dat de motieven uit het gunningsverslag in de uiteindelijke beslissing worden bijgevalen;

Terwijl, artikel 5, 8° Wet Rechtsbescherming 2013 bepaalt dat de aanbesteder verplicht is de juridische en feitelijke motieven van de wering van een onregelmatige inschrijver in de gemotiveerde gunningsbeslissing te vermelden;

En terwijl, artikel 8, § 1, 2° Wet Rechtsbescherming 2013 bepaalt dat de aanbesteder aan elke niet regelmatige inschrijver de motieven weergeeft in de vorm van een uittreksel uit de gemotiveerde gunningsbeslissing;

En terwijl, het formele motiveringsbeginsel de aanbesteder verplicht om, ingeval de motieven niet in de beslissing zelf zijn opgenomen maar in een gunningsverslag of een verslag van nazicht, de motieven in deze stukken bij te vallen in de gemotiveerde gunningsbeslissing;

Zodat, de bestreden beslissing is genomen in strijd met voormelde bepalingen van de Wet Rechtsbescherming 2013, de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [en] de formele motiveringsplicht.

En doordat, **in ondergeschikte orde**, er gerede twijfel bestaat omtrent de draagwijdte van de formele motivering inzake de wering van de offerte van verzoekende partij;

Terwijl, een onregelmatige inschrijver steeds de juridische en feitelijke motieven van de wering van de offerte moet kennen teneinde een effectieve rechtsbescherming te garanderen;

Zodat, de bestreden beslissing is genomen in strijd met de Wet Rechtsbescherming 2013, de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de formele motiveringsplicht.”

Beoordeling

13. Het nieuwe middel betreft de gunningsbeslissing en het gunningsverslag. De verwerende partij heeft bij brief van 20 december 2021 de verzoekende partij slechts de motieven van haar wering ter kennis gebracht. Pas na neerlegging van het administratief dossier kon de verzoekende partij kennis nemen van de gunningsbeslissing zelf. De verwerende partij heeft het gunningsverslag vertrouwelijk neergelegd. De verzoekende partij lijkt dan ook het middel niet eerder te hebben kunnen aanvoeren.

Overigens bevestigt de verwerende partij ter terechtzitting op interpellatie van de Raad dat zij bij dit nieuwe middel geen opmerkingen inzake ontvankelijkheid heeft.

14. In hoofdorde merkt de verzoekende partij op dat de motieven van haar wering, die haar door de verwerende partij ter kennis werden gebracht met de brief van 20 december 2021, niet zijn opgenomen in de gunningsbeslissing. Evenmin, zo vervolgt de verzoekende partij, is er hier sprake van een motivering door verwijzing. Immers, in de gunningsbeslissing wordt niet verwezen naar een gunningsverslag. Ook is het gunningsverslag, dat de verwerende partij vertrouwelijk heeft neergelegd en waaruit deze motieven zouden kunnen blijken, de verzoekende partij niet bekend. Voorts zijn de motieven die haar ter kennis werden gebracht en zouden zijn opgenomen in het gunningsverslag, niet afdoende zoals blijkt uit het eerste middel. Ten slotte blijkt nergens uit de bestreden

gunningsbeslissing dat de verwerende partij het gunningsverslag, dat die weringsmotieven zou bevatten, heeft bijgevalen.

Dit standpunt van de verzoekende partij kan niet worden bijgevalen.

In de gunningsbeslissing ondertekend door de minister van Defensie op 14 december 2021 wordt de offerte van de verzoekende partij op grond van volgende motieven onregelmatig bevonden:

“(i) Vastgestelde substantiële onregelmatigheden

- Analyse
 - Algemeen:
[...]
 - Prijzen:
Het prijsonderzoek toont aan dat de inschrijver voor verschillende types voertuigen voor gelijkaardige prestaties (Admin kosten, bijkomende uurlonen, ...) toch totaal afwijkende prijzen indient.
- Gevraagde verduidelijkingen
Op basis van Art 36 § 2 van KB1 van 18 april 17 werd aan de inschrijver gevraagd de verschillen in de aangeboden prijzen te verduidelijken.
- Besluit
De offerte van de inschrijver geeft voor een aantal posten abnormaal lage prijzen en wordt door de aanbestedende overheid als substantieel onregelmatig beschouwd (KB plaatsing 18 april 17 Art 36 § 3 1°).”

Het gunningsverslag werd door de verwerende partij vertrouwelijk in het administratief dossier neergelegd. Op 19 januari 2022 echter deelde de verwerende partij de bladzijden 4 tot 7 van het gunningsverslag mee aan de verzoekende partij. Uit die bladzijden blijkt dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij, wat het prijsonderzoek betreft, als volgt heeft beoordeeld:

“

- Prijzen:

Het prijsonderzoek toont aan dat de inschrijver voor verschillende types voertuigen voor gelijkaardige prestaties (Admin kosten, bijkomende uurlonen, ...) toch totaal afwijkende of abnormaal lage prijzen indient.

Voorbeelden:

Administratieve kosten per depannage	Type 1 = 100 EUR Type 2/3/5 = 5 EUR
Dispatching naar de bandencontract aannemer	Type 1 = 100 EUR Type 2/3/5 = 5 EUR
Interventie – bijkomende uren	Type 1 = 100 EUR/uur Type 2/3/5 = 5 EUR/uur
Recovery – Prijs per extra uur	Type 1 = 90 EUR/uur Type 2 = 5 EUR/uur
Recovery – Uren bijkomend personeel	Type 1 = 110 EUR/uur Type 2 = 5 EUR/uur
Repatriëring	Type 6/7 = 0,05 EUR/km
Laden – Extra personeel	Type 2 = 5 EUR Type 6 = 200 EUR
Laden – Vervangend voertuig	Type 2 = 0,25 EUR Type 4 = 15 EUR Type 6/7 = 0,10 EUR
Laden - Vast bedrag ADR depannage	Type 2 = 0,10 EUR Type 5 = 850 EUR

- **Gevraagde verduidelijkingen**

Art 28 van KB1 van 18 Apr 17 voorziet dat alle eenheidsprijzen voor iedere post van de inventaris opgegeven moeten worden met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die posten ten opzichte van het totale offertebedrag en dat alle algemene en financiële kosten alsmede de winst, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld worden over de onderscheiden posten.

Art 36 §1 van KB1 van 18 Apr 17 stelt dat indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, de aanbestedende overheid een bevraging uitvoert van deze laatste.

Op basis van Art 36 § 2 van KB1 van 18 Apr 17 werd aan de inschrijver gevraagd de verschillen in de aangeboden prijzen te verduidelijken.

Met zijn mail van 28 Okt 21 legt de inschrijver uit dat hij het scenario van de prijsevaluatieformule bestudeerd heeft en dat hij op basis van zijn eigen risico inschatting, besloten heeft om sommige prijzen te verlagen om zo een lagere evaluatieprijs te bekomen (fiche 12).

Aangezien de voormelde posten niet kunnen beschouwd worden als zijnde verwaarloosbaar, werd aangaande het abnormale karakter van deze prijzen een bijkomende prijscontrole uitgevoerd.

De sectie "Financiële expertise MP-G/E/F) bevestigt in zijn verslag (fiche 15) dat:

- De firma LYBAERT voor een aantal posten abnormaal lage prijzen opgegeven heeft.
- Het onmogelijk is dat de firma met deze prijzen/tarieven haar directe kosten voor de desbetreffende posten kan dekken, laat staan een winst kan genereren.

Hierdoor beschouwt MRMP-G/E/F deze prijzen als abnormaal laag en niet marktconform.

- **Besluit**

De offerte bevat substantiële onregelmatigheden.

In deze offerte worden niet alle eenheidsprijzen voor iedere post van de offerte opgegeven met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die posten ten opzichte van het totale offertebedrag (Art 28).

Speculatie door de inschrijver is verboden. Dit kan bestaan uit abnormaal lage prijzen die opzettelijk worden opgegeven voor posten waarvan het vermoeden bestaat dat ze niet zullen worden besteld of dat ze in kleinere hoeveelheden zullen worden besteld dan de initiële schattingen. Het totale bedrag van de evaluatieprijs wordt op die manier kunstmatig verlaagd. De offerte van de inschrijver geeft voor een aantal posten abnormaal lage prijzen en wordt door de aanbestedende overheid als substantieel onregelmatig beschouwd (KB plaatsing 18 Apr 17 Art 36 §3.1°).

.”

Deze motieven uit het gunningsverslag lijken woordelijk overeen te komen met de weringsmotieven die de verwerende partij aan de verzoekende partij heeft medegedeeld met de brief van 20 december 2021 zodat de verzoekende partij wel degelijk in kennis is gesteld van de motieven opgenomen in het gunningsverslag. Ook zijn de weringsmotieven in de gunningsbeslissing dezelfde, weliswaar tot hun essentie samengevat, als die in het gunningsverslag.

Voorts blijkt dat het gunningsverslag door de minister van Defensie werd ondertekend op 14 december 2021. De gunningsbeslissing werd op dezelfde dag door de minister ondertekend zodat mag worden aangenomen dat beide een en dezelfde beslissing betreffen. Een verplichting tot verwijzing lijkt dan ook niet aan de orde.

Ten slotte, wat het afdoende karakter van de opgegeven motieven betreft, mag worden verwezen naar de beoordeling van het eerste middel.

15. Aangezien de verzoekende partij met de brief van 20 december 2021 door de verwerende partij in kennis is gesteld van de correcte weringsmotieven, is haar argumentatie, geformuleerd in bijkomende orde en waarin zij de schending van de formelemotiveringsplicht en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ aanvoert, evenmin overtuigend.

16. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een bijdrage van 22 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig januari tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra