

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 252.891 van 4 februari 2022

in de zaken A. 235.372/XII-9171

A. 235.374/XII-9172

A. 235.375/XII-9173

In zake: de BV MARKETING AND COMMERCIAL ASSISTANCE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anthony Poppe
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2 A bus 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans, Stef Feyen en Daniel Cortez Cazas
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering in de zaak A. 235.372/XII-9171, ingesteld op 3 januari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing namens de Vlaamse Regering, van de Minister-President van de Vlaamse Regering, tevens Minister van Buitenlandse Zaken, Cultuur, Digitalisering en Facilitair Management, van ongekende datum tot onregelmatigverklaring van de offerte van [de bv Marketing and Commercial Assistance] en tot gunning van perceel 3 ‘VAC Antwerpen’ van de raamovereenkomst voor aanneming van diensten ‘afvalophaling’ (besteknr. 2021/HFB/OP72603) aan de nv Renewi Belgium”.

De vordering in de zaak A. 235.374/XII-9172, ingesteld op 3 januari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van

de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing namens de Vlaamse Regering, van de Minister-President van de Vlaamse Regering, tevens Minister van Buitenlandse Zaken, Cultuur, Digitalisering en Facilitair Management, van ongeken- de datum tot onregelmatigverklaring van de offerte van [de bv Marketing and Commercial Assistance] en tot gunning van perceel 4 ‘VAC Leuven’ van de raamovereenkomst voor aanneming van diensten ‘afvalophaling’ (besteknr. 2021/HFB/OP72603) aan de nv Renewi Belgium”.

De vordering in de zaak A. 235.375/XII-9173, ingesteld op [3] januari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing namens de Vlaamse Regering, van de Minister-President van de Vlaamse Regering, tevens Minister van Buitenlandse Zaken, Cultuur, Digitalisering en Facilitair Management, van ongeken- de datum tot onregelmatigverklaring van de offerte van [de bv Marketing and Commercial Assistance] en tot gunning van perceel 6 ‘Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ van de raamovereenkomst voor aanneming van diensten ‘afvalophaling’ (besteknr. 2021/HFB/OP72603) aan de nv Renewi Belgium”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 januari 2022, om 14.15 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft in de drie zaken verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die in de drie zaken verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Jens Mosselmans, Stef Feyen en Daniel Cortez Cazas, die in de drie zaken verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft in de drie zaken 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 uit voor diensten met als voorwerp “afvalophaling bij verschillende entiteiten van de Vlaamse overheid”. Het betreft een raamovereenkomst voor de gescheiden afvalophaling en -verwerking van een aantal verplicht op te halen en te verwerken afvalfracties op diverse locaties en in verschillende regio’s. De inschrijver beschikt daarnaast over de mogelijkheid om bijkomend via een in te dienen catalogus een gescheiden afvalophaling en -verwerking van bijkomende afvalfracties aan te bieden. De prestaties worden uitgeoefend in het Vlaamse Gewest en in het Brussels Hoofdstedelijke Gewest.

De opdracht wordt onderverdeeld in zeven percelen, waaronder perceel 3: VAC Antwerpen, perceel 4: VAC Leuven en perceel 6: Brussels Hoofdstedelijk Gewest, die het voorwerp uitmaken van de bestreden beslissingen.

Elk perceel is een raamovereenkomst en wordt gegund aan één opdrachtnemer.

3.2. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure en wordt nationaal en Europees aangekondigd.

3.3. Het bestek met referte 2021/HFB/OP/72603 is van toepassing.

Blijkens punt 2.4 zijn de gunningscriteria ‘Prijs’ (65 punten), ‘Kwaliteit van de dienstverlening’ (22 punten), ‘Duurzaamheid’ (8 punten) en ‘Catalogus’ (5 punten).

Betreffende het tweede en het vierde gunningscriterium wordt vermeld:

“➤Kwaliteit van de dienstverlening

Dit gunningscriterium peilt naar de kwaliteit van de dienstverlening en wordt beoordeeld aan de hand van een plan van aanpak kwaliteit van de dienstverlening [...] waarin de inschrijver toelichting geeft over de aangeboden dienstverlening a.d.h.v. de onderstaande vragen. [...] Het plan van aanpak kwaliteit van de dienstverlening wordt toegevoegd aan de offerte als stuk 7a. [...]

[...]

9. Hoe zal uw firma voorzien in een toegankelijke en gebruiksvriendelijke op maat rapportering over de afnames raamovereenkomst (zie 3.3.1.2 RAPPORTERING OVER AFNAME)? Wat kan uw firma nog extra bieden t.o.v. de minimum vereisten?

[...]

De initiatieven moeten voldoende concreet worden beschreven zodat ze controleerbaar zijn tijdens de uitvoering van de opdracht. Bovendien moeten ze rechtstreeks betrekking hebben op het voorwerp van deze raamovereenkomst. De inschrijver licht de beschreven initiatieven daarom duidelijk toe en illustreert waar mogelijk met voorbeelden uit de praktijk. Let op! De beschreven initiatieven dienen steeds inbegrepen te zijn in de prijzen opgegeven in de inventaris.

[...]

➤ Catalogus

Elke inschrijver wordt verzocht om een catalogus in te dienen, waarbij hij de vrijheid heeft om bijkomende posten te definiëren die niet in de inventaris zijn voorzien. [...]

Deze posten kunnen o.m. het volgende betreffen:

- Aanvullende formaten recipiënten en ophaalfrequenties, zowel voor afvalfracties die voorzien worden in de inventaris als voor andere afvalfracties,
- prijzen voor de aankoop en/of huur van containers en andere recipiënten,
- bijhorende dienstverlening zoals reiniging of omruiling van recipiënten, de huur van kantelsystemen, enz...

Voor deze bijkomende posten, worden door de inschrijver forfaitaire eenheidsprijzen opgegeven.

De in de catalogus opgenomen posten mogen zowel betrekking hebben op de verplicht aan te bieden afvalfracties, als op minder courante afvalfracties die op afroep of éénmalig kunnen worden opgehaald, zoals bijvoorbeeld: ICT-materiaal,[...]inktcartridges en toners, gebruikte dierlijke en plantaardige oliën en vetten (kantoorafval) en batterijen, steenpuin, hout, textielafval, medisch afval, tl-buizen, verf, lak, e.d. (niet-kantoor afval). In zoverre het aanbod in de catalogus een verplicht aan te bieden afvalfractie betreft, moet het naar grootte van recipiënt afwijken van wat in de inventaris is gedefinieerd. Posten aangeboden in de catalogus die ook reeds vervat zijn in de inventaris worden niet in aanmerking genomen voor gunning.[...].”

Het bestek bevat voorts, onder punt 3.3.1 ‘Rapportering en bewijsstukken’ een aantal rapporteringsvereisten die “minimum vereisten” zijn, terwijl de inschrijver in zijn “plan van aanpak m.b.t. kwaliteit van de dienstverlening (stuk 7a)” aanvullende engagementen kan opnemen met betrekking tot de rapportering en hem ook zal gevraagd worden minstens jaarlijks te rapporteren over de engagementen die hij nam in het kader van het gunningscriterium ‘Duurzaamheid’.

De inschrijver heeft de verplichting om minstens te rapporteren over de volgende elementen: (1) onder punt 3.3.1.1 ‘Afvalstoffen register’: elke maand het register van geproduceerde afvalstoffen per gebouw/ophaallocatie, overeenkomstig het Vlarema in het Vlaamse Gewest en de Brudalex in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest; (2) onder punt 3.3.1.2 ‘Rapportering over afname’: per bestelling een rapportering over de afname op deze raamovereenkomst, met uitsplitsing per locatie en per afvalfractie, met daarnaast (3) elk kwartaal één globaal overzicht van de geleverde dienstverlening per perceel, per ophaaladres en per afvalfractie; (4) onder punt 3.3.1.3 ‘Traceerbaarheid’: het jaarlijks bezorgen van een overzicht van de volledige afvalproductie per rechtspersoon/entiteit aan de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij voor de percelen 1 tot 5 en 7 en aan Leefmilieu Brussel voor perceel 6.

Wat de prijszetting voor de rapportering betreft, wordt in het bestek onder punt 4.9 ‘Rapportering’ bepaald dat de inschrijver er in zijn prijsbepaling rekening mee moet houden dat hij in de nodige rapportering aangaande het gebruik van de overeenkomst, het afvalstoffenregister en eventuele transparantie en traceerbaarheid qua verwerking dient te voorzien conform de bepalingen onder 3.3.1 ‘Rapportering’.

Onder punt 2.5.10 ‘Prijs’ wordt onder punt 2.5.10.3 ‘Inbegrepen prijselementen’ bepaald dat onder meer ‘7. het verzorgen van de rapportering en opvolgvergaderingen (zie 4.10 en 3.3.1)’ een element is, begrepen in de prijs, terwijl de prijzen in de catalogus voor bijkomende diensten hier niet inbegrepen zijn.

3.4. Het proces-verbaal van opening van de offertes wordt opgemaakt op 12 augustus 2021. De verzoekende partij dient een offerte in voor de percelen 3, 4 en 6. De nv Renewi Belgium dient voor alle percelen een offerte in.

3.5. Op 6 september 2021 worden onder meer de verzoekende partij en de nv Renewi Belgium verzocht om bijkomende inlichtingen te verstrekken bij een aantal aangeboden eenheidsprijzen.

Het verzoek gericht aan de verzoekende partij luidt als volgt :

- “– In het kader van de beoordeling van de offertes onderwerpen wij uw ingediende offerte aan een prijsonderzoek. Als onderdeel van dit prijsonderzoek verzoeken wij u overeenkomstig art. 35 van het KB Plaatsing om bijkomende toelichting te verstrekken bij de aangeboden prijzen.
Hierbij dient u bij de aangeboden prijzen voor perceel 3, 4 en 6 toe te lichten uit welke kostenelementen ze zijn samengesteld (bijvoorbeeld transportkost, loonkosten, afschrijvingen van materieel, vaste en variabele kosten, administratieve- en andere werkingskosten, enzovoort).
- Verder werden in uw offerte een aantal onduidelijkheden geconstateerd. Op basis van artikel [...] 66, §3 Wet Overheidsopdrachten krijgt u éénmalig de mogelijkheid om alsnog de gevraagde informatie aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen. In de catalogus die werd toegevoegd aan uw offerte worden twee types dienstverlening aangeboden:
- Scheiding m.b.t. non-conformiteiten sorteerregels
 - Administratie m.b.t. rapporteringsverplichting
- Gelieve bijkomende toelichting te verschaffen omtrent de concrete bijkomende dienstverlening die onder deze catalogusposten wordt begrepen.”

Op 15 september 2021 antwoordt de verzoekende partij onder meer als volgt:

“[...]

1. Samenstelling prijzen Perceel 3, 4 en 6

[...]

Ledigingskosten

Onze ledigingskosten omvatten volgende diensten (voor een gedetailleerde omschrijving verwijzen we naar Stuk 07a.1_Plan van aanpak kwaliteit van de dienstverlening):

[...]

5. Waste Consulting & rapportering: toegang tot ons extranet waar o.a. het maandelijkse afvalregister en het jaarlijkse milieuvoordeelrapport kunnen gedownload worden. Deze geven o.a. een beeld weer van de impact van uw afvalsortering op het milieu;

[...]

2. Toelichting diensten opgenomen in de catalogus

[...]

Administratie m.b.t. rapporteringsverplichting

Deze kosten hebben betrekking op de opmaak en trimestriële verzending van de Rapportering over opname opgenomen op blz. 52 van het Bestek waarvan de methodologie is opgenomen in Stuk 07a.1_Plan van aanpak kwaliteit van de dienstverlening onder punt 4. MCA Waste Consulting en Rapportering, 2. Rapportering over afname.”

- 3.6. Voor elk perceel wordt op 26 november 2021 een afzonderlijk gunningsverslag opgesteld.

De offertes van de verzoekende partij worden voor elk perceel onregelmatig bevonden om de volgende reden:

“*MCA RECYCLING bv biedt overeenkomstig punt 3.1.3. van het bestek een catalogus (toegevoegd als bijlage 44 aan de offerte) aan waarbij bijkomende diensten aangeboden kunnen worden naast de in de opdrachtdocumenten opgenomen minimum vereiste dienstverlening. In deze ingediende catalogus vermeldt MCA een administratieve kost m.b.t. de rapporteringsverplichtingen. Aanvankelijk was het de aanbestedende overheid onduidelijk of deze administratieve kost gezien moet worden in het licht van een aanvullende rapportering boven op de minimumvereisten inzake rapportering of dat de inschrijver in de catalogus een kost aanreken voor de in het bestek minimum vereiste rapportering waarvan de kost conform het bestek inbegrepen dient te zijn in de opgegeven prijzen (zie bestek inbegrepen prijselementen: 2.5.10.2 en 3.3.1 en 4.9).

Gelet op de onduidelijkheid werd op 6 september 2021 op basis van artikel [...] 66, §3 Wet Overheidsopdrachten verduidelijking gevraagd bij deze in de catalogus aangeboden en afzonderlijk geprijsde dienstverlening. Waarna de aanbestedende overheid op 15/09/2021 het volgende antwoord ontving:

Deze kosten hebben betrekking op de opmaak en trimestriële verzending van de Rapportering over opname opgenomen op blz. 52 van het Bestek waarvan de methodologie is opgenomen in Stuk 07a.1_Plan van aanpak kwaliteit van de dienstverlening onder punt 4. MCA Waste Consulting en Rapportering, 2. Rapportering over afname.

In punt 2.5.10.3 van het bestek wordt uitdrukkelijk bepaald dat het verzorgen van de rapportering en opvolgingsvergaderingen uit punten 4.9

en 4.10 (p.69) en 3.3.1 (p.52) van het bestek inbegrepen prijselementen zijn. Door het opgeven van een afzonderlijke, bijkomende kost voor deze dienstverlening die in de prijsbepaling dient inbegrepen te zijn, leeft MCA RECYCLING de minimale eisen van het bestek op het vlak van de inbegrepen prijselementen niet na. Dit vormt een substantiële onregelmatigheid conform artikel 76, § 1, vierde lid, 3° KB Plaatsing. Dit leidt er bovendien toe dat de offerte van MCA RECYCLING bv niet vergeleken kan worden met de offerte van andere inschrijvers en[...] de verbintenis om de raamovereenkomst tegen de gestelde voorwaarden uit te voeren onvolledig is wat conform artikel 76, § 1, derde lid KB Plaatsing eveneens tot een substantiële onregelmatigheid leidt. De offerte van MCA RECYCLING bv is hierop gelet substantieel onregelmatig en bijgevolg nietig en zal niet meegenomen worden voor verdere beoordeling.”

Na vergelijking van de offertes volgens de gunningscriteria wordt voorgesteld de percelen 3, 4 en 6 te gunnen aan de nv Renewi Belgium.

3.7. Bij afzonderlijke beslissingen van niet gekende datum gunt de verwerende partij de percelen 3, 4 en 6 aan de nv Renewi Belgium.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

IV. Samenvoeging

4. Er is grond om de zaken A. 235.372/XII-9171, A. 235.374/XII-9172 en A. 235.375/XII-9173, die betrekking hebben op dezelfde gunningsprocedure en dezelfde rechtsproblematiek, te voegen.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. De verzoekende partij dient een pleitnota in die geldt voor de drie zaken.

5.2. De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een dergelijke nota, noch werd er om gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. Er kan dan ook hoogstens ten titel van inlichting rekening mee worden gehouden, in zoverre het de neerslag vormt van het pleidooi ter zitting van de

verzoekende partij.

VI. Vertrouwelijkheid van de stukken

6.1. De verzoekende partij en de verwerende partij vragen om de offertes en bepaalde voorbereidende documenten als vertrouwelijk te behandelen.

Artikel 26 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) luidt:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag in de nota worden weergegeven. Er belet dus alvast op formeel vlak de Raad van State niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

6.2. Op de vraag van de verzoekende partij om de vertrouwelijkheid te lichten van de stukken 25, 26 en 34 van het administratief dossier, lijkt thans niet te moeten worden ingegaan, alleen al omdat blijkt dat de inhoud ervan niet bepalend is voor de beoordeling van de aangevoerde middelen.

In de huidige stand van het geding kan het verzoek tot

vertrouwelijke behandeling van de als dusdanig aangemerkte stukken worden ingewilligd.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. 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 rechtsbeschermingswet 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.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 4, eerste lid, 8° en 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen geschonden doordat:

“de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig werd verklaard omdat eruit zou blijken dat verzoekende partij de rapportering en de opvolgingsvergaderingen opgelegd door het bestek zou factureren tegen een uurprijs terwijl deze kosten moesten vervat zitten in de eenheidsprijzen opgegeven in de inventaris;
Doordat de offerte van verzoekende partij daardoor niet zou kunnen vergeleken worden met deze van de andere inschrijvers en haar verbintenis

om de raamovereenkomst tegen de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker of onvolledig is;

Doordat dit besluit steunt op een onjuiste lezing van de offerte van verzoekende partij door de verwerende partij en van haar schrijven van 14 september 2021 en een onjuiste toepassing van het bestek.”

De verzoekende partij licht toe dat de motivering in de bestreden beslissingen over de regelmatigheid van haar offerte steunt op stellingen die feitelijk incorrect zijn en voortvloeit uit een onjuiste lezing van zowel haar offerte als haar antwoord tot verduidelijking waaruit expliciet blijkt dat de prijzen opgenomen in de inventaris, de kosten voor de rapportering inhouden zoals wordt opgelegd door het bestek. De verzoekende partij verwijst naar de relevante bepalingen van het bestek, de prijsvaststelling, de elementen vervat in de inventaris en de catalogus, en de minimale verplichtingen inzake rapportering.

Zij betoogt alsdan dat de prijs opgegeven in de catalogus van haar offerte voor de administratieve kosten met betrekking tot rapporteringverplichtingen, een prijs is die van toepassing is indien de besteller een rapportering vraagt voor de extra afvalophalingsdiensten opgenomen in de catalogus. Om de prijzen voor deze extra diensten zo concurrentieel mogelijk te kunnen aanbieden en om de bestellers de keuze te laten, heeft de verzoekende partij ervoor gekozen om voor deze extra diensten, niet automatisch in een rapportering aan de besteller te voorzien in de eenheidsprijzen van de catalogus maar deze wel, indien de besteller dat zou wensen, te factureren tegen een uurprijs. Deze lezing volgt uit het onderscheid dat de aanbestedende overheid zelf heeft gemaakt tussen de samenstelling van de prijzen die moesten worden opgegeven in de inventaris en de prijzen die de inschrijvers zelf vrij konden bepalen in de catalogus. Bovendien wordt in de offerte van de verzoekende partij geen voorbehoud geformuleerd over de samenstelling van de prijzen opgenomen in de inventaris. Als de zittende dienstverlener is de verzoekende partij er overigens perfect van op de hoogte dat de kosten voor de rapporteringsverplichtingen vervat moeten zitten in de prijzen opgenomen in de inventaris.

Voorts betoogt de verzoekende partij dat zij in de prijsverantwoording in haar brief van 14 september 2021 uitdrukkelijk heeft meegedeeld dat de kosten van de “Waste Consulting & rapportering”, die

toegelicht worden in het plan van aanpak, vervat zitten in de prijzen van de ledigingskosten voor de posten in de inventaris.

Er bestond dus geen onzekerheid over de verbintenis van de verzoekende partij. Haar offerte was ook vergelijkbaar met die van de andere inschrijvers.

Het antwoord dat de verzoekende partij in haar brief van 14 september 2021 heeft gegeven over de prijzen opgenomen in de catalogus in het kader van de vraag tot verduidelijking, doet niet anders besluiten. Zij is in haar antwoord vertrokken van het uitgangspunt dat deze vraag enkel betrekking had op de extra dienstverlening opgesomd in de catalogus, zoals zij dit bedoeld heeft. Uit die vraagstelling bleek niet dat de aanbestedende overheid zich afvroeg of de post “administratie mbt reporting-verplichting” impliceerde dat extra kosten zouden worden aangerekend voor de uitvoering van de minimale vereisten inzake rapportering voor de posten in de inventaris. Uiteraard moet het antwoord van de verzoekende partij zo worden gelezen dat deze extra diensten betrekking hebben op de rapportering beperkt tot de afvalophalingsdiensten opgenomen in de catalogus en niet deze in de inventaris, in het licht van het bestek, haar offerte en haar antwoord over de samenstelling van de prijzen.

De verzoekende partij besluit dat de bestreden beslissingen om haar offerte als substantieel onregelmatig te kwalificeren steunen op feitelijk onjuiste en dus niet-draagkrachtige motieven, minstens op een onzorgvuldig onderzoek van haar offerte en de inlichtingen die zij heeft verstrekt.

Beoordeling

9. Blijkens punt 2.4 ‘Gunningscriteria’ wordt voor de beoordeling van het gunningscriterium ‘Prijs’ rekening gehouden met de door de inschrijver in de inventaris aangeboden eenheidsprijzen. De totaalbedragen worden berekend aan de hand van de in de inventaris opgegeven vermoedelijke hoeveelheden (het vermoedelijk aantal recipiënten, het formaat van recipiënten en het vermoedelijk aantal ophaalbeurten) voor elk van de afvalfracties waarvoor de inschrijver verplicht een aanbod moet doen.

Onder het gunningscriterium ‘Catalogus’ blijkt dat elke inschrijver wordt verzocht om een catalogus in te dienen, waarbij hij de vrijheid heeft om bijkomende posten te definiëren die niet in de inventaris zijn voorzien.

De lezing van punt 2.4 ‘Gunningscriteria’ samen met punt 3.1.3 ‘Catalogus’ doet er op het eerste gezicht van blijken dat de catalogus wordt gewaardeerd voor het daarmee overeenstemmende gunningscriterium ‘Catalogus’ op vijf punten, maar dat voor de beoordeling van het eerste gunningscriterium ‘Prijs’ geen rekening wordt gehouden met de in de catalogus opgenomen forfaitaire eenheidsprijzen.

Uit het voorgaande lijkt op het eerste gezicht te volgen dat het een inschrijver in ieder geval niet is toegestaan om de prijs van de minimale rapporteringsvereisten, beschreven in punt 3.3.1 ‘Rapportering en bewijsstukken’ van het bestek, niet op te nemen in de posten van de inventaris maar onder te brengen in de catalogus. De vergelijking tussen de inschrijvers zou aldus immers worden verstoord omdat de prijzen die worden beoordeeld aan de hand van het eerste gunningscriterium ‘Prijs’, beperkt zijn tot die van de inventaris, en alsdan onvergelijkbaar zijn.

10. Het betoog van de verzoekende partij is evenwel opgebouwd vanuit de premisse dat de post ‘Administratieve kosten mbt reporting-verplichtingen’, waarvoor zij een prijs opgaf in de catalogus, enkel in verband kan worden gebracht met de aanvullende diensten aangeboden in de catalogus en dus niet in conflict kan komen met het besteksvereiste dat de rapporteringskosten die verband houden met het minimale aanbod, voorwerp van de posten vermeld in de inventaris, vervat moeten zijn in de prijzen opgegeven in de inventaris.

De verzoekende partij slaagt er op het eerste gezicht niet in dit aannemelijk te maken.

11. Zoals *sub* 3.3 aangehaald, worden in het bestek onder punt 3.3.1 ‘Rapportering en bewijsstukken’ vier minimale verplichtingen inzake rapportering opgelegd voor de in de inventaris aangeboden diensten. Voorts blijkt uit punt 2.4

‘Gunningscriteria’, onder gunningscriterium ‘Kwaliteit van de dienstverlening’ dat de inschrijver naast de minimum vereisten inzake rapportering nog extra rapportering kan aanbieden doch dat “[d]e beschreven initiatieven [...] steeds inbegrepen [dienen] te zijn in de prijzen opgegeven in de inventaris”.

Voorts stelt de Raad van State met de verwerende partij vast dat het gunningscriterium ‘Catalogus’ luidens het bestek vooral beoogde vrijheid te verlenen aan de inschrijvers om “bijkomend verschillende formaten recipiënten en ophaalfrequenties voor zo veel mogelijk afvalfracties voor te stellen, [...] evenals bijhorende diensten zoals reiniging of omruiling van recipiënten”, en dat het in het licht van die beoogde invulling bevreemdt dat ook kosten in verband met rapportering, in het bijzonder “rapporteringsverplichtingen”, in de catalogus van de offerte van de verzoekende partij worden opgenomen.

12. In haar ‘Stuk 07a.1_Plan van aanpak kwaliteit van de dienstverlening’ gevoegd bij haar offerte maakt de verzoekende partij onder punt ‘4. MCA Waste Consulting & rapportering’ melding van verschillende “reportings” om de dagdagelijkse “afvalprestaties” van de klant op te meten, namelijk (1) Maandelijks Afvalregister, (2) Rapportering over afname, (3) Afgiftebewijzen en traceerbaarheid, (4) Milieuvoordeelrapport en (5) Web Portal Client. Niettegenstaande de daaraan verbonden kosten, zoals gesteld, inbegrepen dienen te zijn in de prijzen opgegeven in de inventaris, geeft de verzoekende partij in de catalogus van haar offerte ook nog een uurprijs op voor ‘Administratieve kosten mbt reporting-verplichtingen’.

In die context lijkt de vraag van de verwerende partij om toe te lichten uit welke kostenelementen de aangeboden prijzen in de inventaris zijn samengesteld en de vraag tot verduidelijking over de aangeboden dienstverlening in de voormelde cataloguspost ‘Administratie m.b.t. rapporteringsverplichting’ rechtmatig, terwijl de verhoopte duidelijkheid er met het antwoord van de verzoekende partij in haar brief van 14 september 2021 niet lijkt te zijn gekomen.

Op de vraag tot toelichting van de kostenelementen bij de aangeboden prijzen in de inventaris stelt de verzoekende partij immers dat de ledigingskosten onder meer volgende diensten omvatten: “Waste Consulting &

rapportering: toegang tot ons extranet waar o.a. het maandelijks afvalregister en het jaarlijkse milieuvoordeelrapport kunnen gedownload worden. Deze geven o.a. een beeld weer van de impact van uw afvalsortering op het milieu”.

Zoals evenwel hoger gesteld, worden in het bestek het bijhouden van een maandelijks afvalstoffenregister, opgelegd door het Vlarema en de Brudalex, en het jaarlijks rapporteren over de genomen engagementen in het kader van het gunningscriterium ‘Duurzaamheid’ uitdrukkelijk onderscheiden van de ‘Rapportering over afname’, voorwerp van punt 3.3.1.2 van het bestek. Blijkens dit laatste punt wenst de aanbestedende overheid, naast een rapportering per bestelling en uitgesplitst per locatie en per afvalfractie, per kwartaal ook “één globaal overzicht [...] van de geleverde dienstverlening per perceel” te ontvangen. Daarbij wordt bepaald welke elementen dit detailoverzicht minimaal dient te bevatten, dat deze rapportering ten laatste de 15^{de} dag van de maand na elk kwartaal bezorgd dient te worden op het e-mailadres dat door de aanbestedende overheid hiertoe wordt gecommuniceerd bij de opstartvergadering. Voorts wordt gesteld: “De aanbestedende overheid ziet deze rapportering als een belangrijk onderdeel van de dienstverlening. De inschrijver kan ter beoordeling van de offerte in het kader van het subgunningscriterium kwaliteit van de dienstverlening, de werkmethodiek omtrent raadpleging van deze rapportering beschrijven in het plan van aanpak”.

De loutere verwijzing in de brief van 14 september 2021 naar stuk 07a.1_Plan van aanpak kwaliteit van de dienstverlening “voor een gedetailleerde omschrijving” lijkt niet van aard de twijfel die is gerezen door het opnemen van de post ‘Administratieve kosten mbt reporting-verplichtingen’ in de catalogus alsdan weg te nemen.

De twijfel lijkt integendeel nog te worden versterkt door de uitdrukkelijke uitleg in de voormelde brief in antwoord op de vraag tot verduidelijking van de kwestieuze post in de catalogus, waarbij de verzoekende partij stelt dat deze kosten betrekking hebben op punt 2 ‘Rapportering over opname (lees: afname)’ in het bestek. Uit dit antwoord lijkt immers op het eerste gezicht inderdaad te kunnen worden afgeleid, zoals de verwerende partij heeft gedaan, dat deze kosten met betrekking tot “de opmaak en trimestriële verzending van de Rapportering over opname (lees: afname) op blz. 52 van het Bestek” precies

niet vervat zitten in de eenheidsprijzen opgenomen in de inventaris maar tegen uurtarief zijn opgenomen in de catalogus.

13. Het feit dat de verzoekende partij de zittende dienstverlener is en bekend is met de verplichting de kosten verbonden aan de rapportageverplichtingen op te nemen in de prijs, doet niet anders besluiten, alleen reeds om de reden dat op het eerste gezicht niet blijkt welke rapportageverplichtingen in het vorige bestek werden vereist.

14. Gelet op wat voorafgaat, stelt de Raad van State op het eerste gezicht vast dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de bestreden beslissingen steunen op niet draagkrachtige motieven, dan wel op een onzorgvuldig onderzoek.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 66, § 3, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt dat “de vraag om aanvullende inlichtingen te bekomen over de prijs van de post ‘administratieve kosten mbt reporting-verplichtingen’ onduidelijk was” en dat zij “de juiste strekking van de vraag eruit niet kon afleiden”. Volgens haar kon uit de vraagstelling niet worden afgeleid dat de aanbestedende overheid zich afvroeg of deze extra dienstverlening impliceerde dat extra kosten zouden worden aangerekend voor de uitvoering van de minimale vereisten inzake rapportering voor de ledigingsdiensten en afvalophalingsdiensten opgesomd in de inventaris.

Beoordeling

16. Artikel 66, § 3 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Onverminderd artikel 39, § 6, tweede lid, kan de aanbestedende overheid, wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.”

17. In haar vraag van 6 september 2021 polst de verwerende partij naar de concrete “bijkomende” dienstverlening die is begrepen onder de cataloguspost “Administratie m.b.t. rapporteringsverplichting”.

Zij lijkt daarbij voldoende transparant in haar vraagstelling in die zin dat een alert en voorzichtig handelende inschrijver niet verkeerd kon begrijpen dat een verduidelijking van hem werd verwacht omtrent welke dienstverlening in de voormelde cataloguspost werd bedoeld. In de wetenschap dat het bestek vereist dat de bezorging van de rapportering en de daaraan verbonden kosten moeten inbegrepen zijn in de prijzen in de inventaris, kwam het aan de inschrijver toe duidelijkheid te scheppen omtrent het louter aanvullend karakter van de bevroagde post in de catalogus.

Zoals blijkt uit de beoordeling van het eerste middel, heeft de verzoekende partij op het eerste gezicht niet de verduidelijking gebracht in de zin die zij voorstaat, wel integendeel.

De verwerende partij kan op het eerste gezicht niet worden verweten de verzoekende partij te hebben misleid of in het ongewisse te hebben gelaten bij het formuleren van haar vraag om verduidelijking. Uit het feit dat zij de verzoekende partij eerst de kans heeft gegeven de bevroagde onduidelijkheid uit te

klaren, lijkt bovendien afgeleid te kunnen worden dat de verwerende partij niet lichtzinnig of onzorgvuldig te werk gegaan is in haar onderzoek naar de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij.

18. Het tweede middel is evenmin ernstig.

IX. Besluit

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

BESLISSING

1. De zaken A. 235.372/XII-9171, A. 235.374/XII-9172 en A. 235.375/XII-9173 worden gevoegd.

2. De Raad van State verwerpt de vorderingen.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 600 euro, een bijdrage van 66 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere