

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.485 van 14 september 2022
in de zaak A. 237.051/XII-9255**

In zake: de NV A.B.O.G.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Zwijnaarde
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre, Lore Derdeyn en Anton De Weerd
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Olivier Eschweiler
kantoor houdend te 4130 Esneux
rue de Mery 42
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 augustus 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:
- de beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer van 27 juli 2022 om de overheidsopdracht ‘Netheidsonderhoud op parkings in Vlaams-Brabant’ (bestek WVB/OND/D200/2021/9) aan de nv Krinkels te gunnen, en om de offerte van de nv A.B.O.G. “op prijstechnisch vlak af te wijzen”,

- de impliciete beslissing om de voornoemde overheidsopdracht niet aan de nv A.B.O.G. te gunnen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 september 2022 heeft de nv Krinkels gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 september 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Lore Derdeyn en Anton De Weerd, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Maxim Lecomte, die *loco* advocaat Olivier Eschweiler verschijnt voor de tussenkomende 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 uit voor het sluiten van een raamovereenkomst voor diensten met als voorwerp “Netheidsonderhoud op parkings in Vlaams-Brabant”.

Het bestek omschrijft het doel van de opdracht als volgt:

“Deze aanneming heeft tot doel om in de provincie Vlaams-Brabant het netheidsonderhoud uit te voeren van de autosnelweg-, gewestweg- en carpoolparkings langsheen gewest- en autosnelwegen die in het beheer zijn van het Agentschap Wegen en Verkeer (en waarvoor geen concessie-overeenkomst is afgesloten).

Het betreft het periodiek ledigen van mini-containers en ruimen van afval en zwerfvuil. Eveneens veeg- en maaidiensten en ruimen van sluikstort op deze parkings maken deel uit van deze aanneming.”

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 17 maart 2022 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 22 maart 2022.

3.3. Het bestek met referte WVB/OND/D200/2021/9 is van toepassing.

De economisch meest voordelige offerte wordt bepaald aan de hand van twee gunningscriteria: (1) het offertebedrag (50 punten) en (2) het plan van aanpak – de kwaliteit van de aangeboden diensten (50 punten).

3.4. De volgende ondernemingen dienen een offerte in:

- de bvba B.,
- de nv A.B.O.G. (verzoekende partij),
- de nv Krinkels (tussenkommende partij).

3.5. Op verzoek van de verwerende partij brengt de Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van het departement Mobiliteit en Openbare Werken op 26 mei 2022 advies uit in het kader van het algemeen prijs-of kostenonderzoek. Ingaand op dat advies, vraagt de verwerende partij de bvba B. en de verzoekende partij op 2 juni 2022 om een prijsverantwoording te geven voor de “posten 19, 10, 80, 84 en 85”.

Op 13 juni 2022 dient de verzoekende partij haar prijsverantwoording in.

De bvba B. antwoordt niet tijdig op het verzoek tot prijsverantwoording.

Op 23 juni 2022 brengt ATO een tweede advies uit, meer bepaald in verband met de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording. ATO adviseert de offerte van ABOG “op prijstechnisch vlak” af te wijzen, “gelet op de prijsverantwoording van de eenheidsprijzen met onrealistische aannames aangaande het brandstofverbruik en de routeplanning, die essentieel en bepalend zijn voor het prijsniveau”.

3.6. Een gunningsverslag wordt opgesteld op 15 juli 2022.

Onder punt 4.7 “Prijsonderzoek” wordt vermeld:

“Het prijsonderzoek werd uitgevoerd in overeenstemming met de bepalingen van art. 35 en 36 van het KB Plaatsing en cfr. de opdrachtdocumenten.

M.b.t. de offertebedragen - Wettelijk gemiddelde:

Het betreft een openbare procedure voor de aanneming van diensten. Er werden slechts 3 offertes geselecteerd, bijgevolg is het wettelijk criterium cfr. art. 36 § 4 KB Plaatsing niet van toepassing.

M.b.t. de offertebedragen - Raming:

Offertebedragen die 15% of meer afwijken van de raming worden beschouwd als potentieel abnormaal. In dit geval is het verschil tussen het offertebedrag van B. BVBA en de raming groter dan 15%. Indien deze offerte in aanmerking zou komen voor plaatsing, is verder onderzoek t.a.v. deze offerte aangewezen.

De overige offertebedragen wijken minder dan 15% af van de raming. Er is dus t.a.v. deze inschrijvers geen vermoeden van eventuele abnormale offertebedragen op dit punt.

Wat betreft de eenheids- en totale prijzen:

De eenheidsprijzen werden onderzocht. Bij identificatie van de prijzen werden alle posten met een aandeel groter dan 1% in beschouwing genomen.

Volgende posten werden wegens hun onderlinge samenhang gebundeld tot één postgroep:

- posten 15 t.e.m. 79 m.b.t. het ruimen van zwerfvuil;
- posten 80 t.e.m. 103 m.b.t. het ledigen van afvalbakken;

- posten 104 t.e.m. 133 m.b.t. het reinigen van parkingmeubilair, én;
- posten 134 t.e.m. 157 m.b.t. het onderhoud van het houten parkingmeubilair.

Als drempelwaarde voor afwijkingen werd 25 à 30% voor lage en 50% voor hoge prijzen gehanteerd.

Als maatstaven werd, gelet op het aantal inschrijvers, voornamelijk rekening gehouden met de ramingsprijzen en waar mogelijk historische data uit MEDIAAN.

Prijsonderzoek eenheids- en totale prijzen B. BVBA

[...]

Prijsonderzoek eenheidsprijzen ABOG NV

Met betrekking tot de offerte van ABOG NV identificeert de aanbestedende overheid posten 19, 10, 80, 84 en 85 voor verder onderzoek.

Hierbij werd rekening gehouden met:

- het individueel aandeel van deze post/postgroep in de opdracht van meer dan 1%;
- de afwijking t.o.v. de ramingsprijs (meer dan 30% voor lage en meer dan 50% voor hoge prijzen);
- het verschil met courant gangbare prijzen.

De prijsverantwoording werd gevraagd aan inschrijver ABOG NV per mail op 02/06/2022 volgens art. 36 § 2 KB Plaatsing.

De prijsverantwoording werd tijdig ontvangen

De aanbestedende overheid stelt vast dat ABOG NV:

- geen toeslag voor algemene kosten vermeldt. Enkel de zgn. winst wordt afzonderlijk vermeld. Of deze laatste ook de algemene kosten omvat is niet duidelijk;
- de toeslagen laat variëren tussen waardes die niet extreem hoog of laag zijn, maar die tevens geen verklaring bieden voor het lagere prijsniveau van de bevraagde posten;
- een kostprijs voor de inzet van arbeiders hanteert die aan de ondergrens ligt van de courant gangbare data, maar overeenstemt met het minimumloon voor groenarbeiders en gelet op de aard van de diensten nog aanvaardbaar;
- voor het geheel van voorziene materieel geen afzonderlijke vergoeding in rekening brengt voor verzekeringen, belastingen en taksen;
- voor de aankoopkost van diesel en gasolie gemiddelde maximumprijzen voor de maand april zoals gepubliceerd door de FOD Economie citeert die nog niet beschikbaar waren op de uiterste datum voor het indienen van de offertes (25/04/2022);
- het verbruik van de voertuigen zeer optimistisch, onrealistisch inschat:
 - zo hanteert ABOG NV in zijn berekening voor de bestelwagen een verbruik van 8l/100km. Volgens de bijgevoegde aankoopdocumenten heeft deze een gemiddeld brandstofverbruik van 10l/100km of 25% meer;
 - Bij de inzet van de vrachtwagen met bijhorende dieplader wordt uitgegaan van een gemiddeld brandstofverbruik van

23l/100km zonder dat dit verder wordt gestaafd. Het Nederlands transporttijdschrift Truckstar heeft voor een recensie naar aanleiding van de lancering van dit vrachtwagenmodel een testrit gemaakt waarbij tijdens een vlakke wegrit in ideale omstandigheden over 235km gemiddeld 24,8l brandstof per 100km werd verbruikt. In dat opzicht lijkt het voorziene verbruik onrealistisch laag;

- voor het maaien een hoog, maar haalbaar rendement vooropstelt;
- de posten 19, 80 en 84 samen verantwoord met alle posten met een uitvoering van 190 beurten per jaar:
 - Deze 3 posten maken deel uit van een postgroep (15 t.e.m. 19 en 80 t.e.m. 84) waarbij 190 keer per jaar het zwerfvuil dient te worden geruimd en de afvalbakken te worden geleegd op 5 autosnelwegparkings. Deze postgroep vertegenwoordigt 19,33% van het totaalbedrag van de offerte;
 - ABOG NV voorziet telkens de werken op deze 5 locaties op dezelfde dag uit te voeren, wat haalbaar is, mits een goede routeplanning. De inschrijver laat echter na dit toe te lichten en gaat uit van een totale af te leggen afstand van 200 km. De aanbestedende overheid heeft zelf meerdere routes opgesteld, waarvan de meest optimale vanuit standplaats te Wetteren 275 km bedraagt. Deze grootte-orde wordt bevestigd aan de hand van de ritgegevens afkomstig van de uitvoering van het lopend contract. Dit impliceert een niet te verwaarlozen onderschatting met een aanzienlijke impact op de prijzen van bovenvermelde posten;
 - Wanneer rekening zou worden gehouden met deze extra af te leggen km's alsook een realistisch brandstofverbruik, zouden de kosten 8,5% (55,47 EUR) hoger liggen. Dit impliceert dat slechts 1% kan aangewend worden ten behoeve van de algemene kosten, winst en risico wat onaanvaardbaar is.

Berekening:

Bijkomend verbruik 75 km extra:

vuilniswagen: $75\text{km} \times 23\text{l}/100\text{km} = 17,25 \text{ l}$

bestelwagen: $75\text{km} \times 8\text{l}/100\text{km} = 6 \text{ l}$

som: 23,25 l

Extra verbruik t.g.v. aanpassing gemiddeld verbruik

vuilniswagen: $275\text{km} \times 1,8\text{l}/100\text{km} = 4,95 \text{ l}$

bestelwagen: $275\text{km} \times 2\text{l}/100\text{km} = 5,5 \text{ l}$

som: 10,45 l

Totale toename verbruik = 33,7 l

Toename brandstofkosten: $33,7 \text{ l} \times 1,646 \text{ EUR/l} = 55,47 \text{ EUR}$

- de eenheidsprijs van post 85 voldoende staat met een recente factuur voor het uitvoeren van gelijkaardige werken door een onderaannemer.

Conclusie prijsonderzoek eenheidsprijzen ABOG NV

Gelet op de prijsverantwoording van de eenheidsprijzen met onrealistische aannames aangaande het brandstofverbruik en de routeplanning, die

essentieel en bepalend zijn voor het prijsniveau, is de aanbestedende overheid van oordeel dat de offerte van ABOG NV op prijstechnisch vlak dient afgewezen te worden.

Prijsonderzoek eenheidsprijzen Krinkels NV

[...]

Algemeen besluit regelmatigheid van de ingediende offertes

Gelet op bovenstaande wordt de offerte van Krinkels NV aldus regelmatig beschouwd. De offertes van ABOG NV en B. BVBA worden op prijstechnisch vlak substantieel onregelmatig verklaard.”

3.7. Op 27 juli 2022 beslist de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken de opdracht te gunnen aan de nv Krinkels “gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven”.

Met een e-mailbericht en een aangetekend schrijven van 2 augustus 2022 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte onregelmatig is verklaard. Het goedgekeurd gunningsverslag is gevoegd als bijlage.

IV. Tussenkost

4.1. De nv Krinkels blijkt voordeel te halen uit de bestreden gunningsbeslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen.

4.2. De verzoekende partij werpt hiertegen op dat het verzoekschrift inhoudelijk niets bijbrengt. De tussenkost lijkt volgens haar enkel bedoeld om informatie over de offerte van de verzoekende partij te verkrijgen.

Het enkele feit dat de tussenkostende partij andere doeleinden zou nastreven dan het verdedigen van haar belangen als gekozen inschrijver, belet op het eerste gezicht echter niet dat de tussenkost ontvankelijk is.

4.3. Het verzoek tot tussenkost wordt ingewilligd.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5. Ter terechtzitting vraagt de verzoekende partij om de vertrouwelijkheid van een aantal door de verwerende partij neergelegde stukken te lichten. Het gaat met name om een tabel met een analyse van de prijzen ten opzichte van de raming, de adviezen van ATO en interne e-mails met betrekking tot de routeplanning.

6. De Raad van State is niet ongevoelig voor een aantal argumenten van de verzoekende partij. Hij noteert ook dat de verzoekende partij genoeg zou nemen met inzage in stukken waarin de onderdelen die betrekking hebben op de prijzen van haar concurrenten, weggelaten zouden zijn.

Deze kwestie verdient een grondig onderzoek.

In het kader van de voorliggende procedure in kort geding acht de Raad van State het echter niet nodig, mede na inzage van de betrokken stukken, om het verzoek van de verzoekende partij in te willigen. Het blijkt immers dat de verwerende partij in haar nota een goed inzicht gegeven heeft in de inhoud van die stukken. Dit geldt met name voor de adviezen van ATO, waarvan de verwerende partij, zonder dat met zoveel woorden te schrijven, grote delen overgenomen heeft in het gunningsverslag. De verzoekende partij lijkt aldus in de mogelijkheid te zijn gesteld om haar vordering op te stellen en op de nota van de verwerende partij te repliceren.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

7. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering in kort geding in zoverre zij strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

8. Die exceptie is ernstig. Het enig middel dat de verzoekende partij aanvoert, lijkt op het eerste gezicht enkel ertoe te kunnen leiden, indien ernstig bevonden, dat de verwerende partij ertoe gehouden zou zijn het prijs- en

kostenonderzoek van de offertes te herdoen, doch niet dat de opdracht onafwendbaar aan de verzoekende partij dient te worden gegund.

De vordering is dan ook onontvankelijk in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

9. 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’ (hierna: 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 het enig middel

Standpunt van de partijen

10.1. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van 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, de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 33, 36, § 3, en 76, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en het materiële motiveringsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissingen stellen dat de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig zou zijn wegens beweerde ‘onrealistische aannames aangaande het brandstofverbruik en de routeplanning, die essentieel en bepalend zijn voor het prijsniveau’;

Terwijl de kostencomponenten die verzoekende partij in [de] prijsverantwoording heeft opgenomen niet onrealistisch zijn, maar gesteund op objectieve en correcte informatie;

Terwijl het prijsonderzoek in zijn geheel gesteund is op foute uitgangspunten, onvolledige informatie en volledige onduidelijkheid omtrent het referentiekader dat is benut om het blijkbaar abnormaal karakter van de eenheidsprijzen te beoordelen;

Terwijl uit de motivering geenszins blijkt dat de beweerde blijkbaar abnormale eenheidsprijs één of meer niet-verwaarloosbare posten van de opdracht betreft;

Zodat de bestreden beslissingen de aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen schenden en dus onwettig zijn.”

10.2. De verzoekende partij ontwikkelt diverse argumenten tot staving van het middel.

10.2.1. Zij voert vooreerst aan dat de motieven tot bepaling van de prijzen die abnormaal lijken, en waarover een prijsbevraging is gehouden, niet redelijk en niet draagkrachtig zijn.

Van een eerste argument ter zake, dat verband houdt met de afwijking van het offertebedrag van de totale geraamde waarde van de opdracht, doet zij ter terechtzitting afstand.

De verzoekende partij betwist ten tweede de gebruikte methodologie om te bepalen welke eenheidsprijzen abnormaal lijken. Zij doet meer bepaald gelden:

- dat het onredelijk en niet zorgvuldig is om aan te nemen dat elke post met een aandeel van meer dan 1 % in de totale opdracht niet-verwaarloosbaar zou zijn;

- dat ten aanzien van de tot één postgroep gebundelde posten niet verantwoord wordt of de bundel betrekking heeft op verwaarloosbare of niet-verwaarloosbare posten;
- dat het hanteren van een marge als drempelwaarde voor afwijkingen, namelijk een marge van 25 % tot 30 % voor lage prijzen, de aanbesteder de mogelijkheid biedt om arbitrair voor de ene inschrijver een drempel van 25 % en voor een andere inschrijver een drempel van 30 % te hanteren.

De verzoekende partij merkt ten derde op dat zij noch uit de vraag om prijsverantwoording noch uit het gunningsverslag kan begrijpen om welke reden bepaalde posten geïdentificeerd werden voor een verder prijsonderzoek. Zij voert met name aan dat zij niet kan begrijpen wat het concrete aandeel is van elk van de vijf bevraagde posten in de totale opdracht, welke de concrete afwijking is van elke post ten aanzien van de geraamde prijzen, of wat is bedoeld met “courante gangbare prijzen”.

10.2.2. De verzoekende partij voert vervolgens aan dat de twee motieven om haar offerte substantieel onregelmatig te verklaren, zonder feitelijke grondslag zijn, inherent tegenstrijdig en in strijd met de toepasselijke wettelijke en reglementaire regels.

Volgens de verzoekende partij is, ten eerste, haar aanname van het brandstofverbruik door respectievelijk de bestelwagen (8l/100km) en de vrachtwagen (23l/100km) niet onrealistisch, maar integendeel realistisch. Met betrekking tot de bestelwagen verwijst zij naar het bij de offerte gevoegde aankoopdocument. Dat document vermeldt het gemiddeld brandstofverbruik (10l/100km) voor een gemengd gebruik van wegen, maar op snelwegen en gewestwegen kan een constantere snelheid worden aangehouden met lager verbruik. Zij voegt bij haar verzoekschrift een gelijkvormigheidsattest van de constructeur, waaruit blijkt dat er volgens die constructeur een verbruik is van 7,5l/100km op autosnelwegen en volgens de internationale “WLTP”-normen een verbruik van 8,3l/100km. Met betrekking tot de vrachtwagen oefent de verzoekende partij kritiek uit op het feit dat de verwerende partij steunt op de publicatie van een testonderzoek in een transporttijdschrift, zonder dat blijkt voor

welk type van wegenis de resultaten van de test gelden, in plaats van te steunen op de technische fiches van de constructeur van het voertuig.

Volgens de verzoekende partij is, ten tweede, haar routeplanning niet onrealistisch, maar in overeenstemming met haar plan van aanpak. Zij merkt op dat de verwerende partij ervan uitgaat dat haar wagenpark elke dag vertrekt en aankomt in Wetteren, en dat de route aldus 275 km zou bedragen. Zij verwijst naar haar offerte waarin is vermeld dat het geruimde zwerfvuil wordt afgevoerd naar de verwerker, gevestigd in Halle. Haar werknemers laten het voertuig 's avonds achter bij die verwerker en vertrekken 's morgens bij hem. Op basis van het werkelijke vertrek- en eindpunt is de verzoekende partij dan ook uitgegaan van een route van 200 km. Zij voegt bij haar verzoekschrift een berekening met een online routeplanner, die aangeeft dat de route “rond de 200 km” bedraagt.

10.2.3. De verzoekende partij voert ten slotte aan dat ook diverse andere aspecten van de beoordeling van haar prijsverantwoording onzorgvuldig uitgewerkt of niet draagkrachtig zijn, omdat zij, hetzij zonder feitelijke grondslag zijn, hetzij inherent tegenstrijdig, hetzij vaag en zonder reëel verband met de voorliggende posten. Zij doet meer bepaald het volgende gelden:

- de bewering dat het brandstofverbruik en de routeplanning essentieel en bepalend zouden zijn voor het prijsniveau is een vage bewering die niet wordt gekaderd binnen de concrete posten van de gevraagde prijsverantwoording;
- er wordt ten onrechte een verband gelegd tussen het belang van de drie posten 19, 80 en 84 en het beweerd aandeel van de postengroepen waarvan die posten deel uitmaken (15 tot 19 en 80 tot 84);
- de argumentatie in verband met de toeslag is inherent tegenstrijdig: de stelling dat uit de prijsverantwoording niet zou blijken dat in de aangehaalde winst een toeslag voor algemene kosten is verrekend, strijdt met de vaststelling dat de toeslagen variëren tussen bepaalde waardes; het bestek bepaalt niet dat een toeslag voor algemene kosten verrekend zou moeten worden in de offerteprijzen, maar licht integendeel toe dat in de “winst” begrepen zijn: “alle algemene kosten, alle indirecte kosten en een netto marge”;
- de bewering dat de verzoekende partij “voor het geheel van voorziene materieel geen afzonderlijke vergoeding in rekening brengt voor verzekeringen, belastingen

en taksen” strijdt eveneens met de toelichting bij het begrip winst, waarin “alle indirecte kosten” zijn vervat;

- met de verwijzing in haar prijsverantwoording naar de gemiddelde maximumprijzen voor diesel en gasolie voor de maand april 2022 heeft de verzoekende partij willen aantonen dat haar offerte voldoende robuust is en dat aan de hand van de actuele prijzen op de datum van de prijsverantwoording alle kosten gedekt zijn.

11. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit het gebrek aan belang. Zij voert aan dat de geformuleerde kritiek er niet toe kan leiden dat haar offerte niet substantieel onregelmatig zou worden verklaard.

Ten gronde betwist de verwerende partij de ernst van het middel, in elk van zijn onderdelen.

12. De tussenkomen de partij beperkt zich ertoe te wijzen op de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij inzake de beoordeling van een prijsverantwoording en op het feit dat een aanbestedende overheid niet verplicht is vooraf de wijze van beoordeling van de offertes te vermelden.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

13. De door de verwerende partij opgeworpen exceptie betreft in werkelijkheid de grond van de zaak. Er is geen reden om het middel reeds in het stadium van het onderzoek naar de ontvankelijkheid ervan te verwerpen.

De exceptie kan niet aangenomen worden.

14. De artikelen 33, 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luiden respectievelijk:

“Art. 33. Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen-of kostenbevraging.”

“Art. 35. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

“Art. 36. § 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling, de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Dit belet niet dat de aanbestedende overheid deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure.

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. Wanneer echter gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, kan de aanbestedende overheid, mits uitdrukkelijk gemotiveerde bepaling in de opdrachtdocumenten, in een kortere termijn voorzien.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording houdt met name verband met :

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

In het kader van de in het eerste lid bedoelde prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

De aanbestedende overheid is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.

Zo nodig ondervraagt de aanbestedende overheid de inschrijver opnieuw. Dit gebeurt schriftelijk. In dit geval kan de termijn van twaalf dagen worden ingekort.

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en :

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

De aanbestedende overheid wijst de offerte eveneens af wanneer zij heeft vastgesteld dat het totale offertebedrag abnormaal laag is omdat de offerte niet voldoet aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet, bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is. Wanneer de offerte niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het federaal sociaal- of het arbeidsrecht, deelt de aanbestedende overheid dit mee overeenkomstig paragraaf 5, tweede lid.

In het kader van beoordeling kan de aanbestedende overheid ook rekening houden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver. Deze gegevens worden voorgelegd aan de inschrijver teneinde hem de kans te geven hierop te reageren.

[...].”

Te dezen heeft de verwerende partij, na een algemeen prijs- of kostenonderzoek als bedoeld in artikel 35, aan de verzoekende partij een prijsverantwoording gevraagd overeenkomstig artikel 36, §§ 1 en 2. Na beoordeling van de ontvangen verantwoording heeft de verwerende partij met toepassing van artikel 36, § 3, 1°, vastgesteld dat bepaalde eenheidsprijzen zijn verantwoord “met onrealistische aannames aangaande het brandstofverbruik en de

routeplanning”, en de offerte van de verzoekende partij omwille van de aldus vastgestelde substantiële onregelmatigheid geweerd.

15. De grieven van de verzoekende partij hebben betrekking, enerzijds, op de prijsbevraging, en anderzijds, op de beoordeling van de ontvangen prijsverantwoording.

Prijsbevraging

16. Er dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat op het eerste gezicht noch de wet overheidsopdrachten 2016 noch het koninklijk besluit plaatsing 2017 aan de aanbestedende overheid een welbepaald criterium oplegt om de posten te selecteren waarop het voortgezet prijsonderzoek moet worden verricht. Een bepaalde berekeningswijze wordt evenmin verplicht gesteld.

Een aanbestedende overheid beschikt bij het al dan niet opstarten van de procedure van vermoedelijk abnormale prijzen over een aanzienlijke beoordelingsruimte en is het haar aldus in beginsel toegelaten criteria te hanteren waarbij zij screent op abnormaliteiten, teneinde op een praktische en efficiënte wijze haar werkzaamheden bij dit onderzoek te verrichten. Vereist is wel dat deze criteria zorgvuldig worden opgesteld en de perken van de redelijkheid niet te buiten gaan.

17. Om verwaarloosbare posten uit te sluiten, heeft de verwerende partij een drempel van 1 % gehanteerd, met als maatstaf de ramingsprijzen en waar mogelijk historische data uit “MEDIAAN” (Medium voor economische data, informatie en applicaties over overheidsopdrachten). In haar nota verklaart de verwerende partij dat deze werkwijze tot gevolg heeft dat 73 % van de waarde van de opdracht gedekt is en dat een te hoge drempel zou verhinderen dat het prijsonderzoek afdoende representatief wordt uitgevoerd.

Het staat aan de verzoekende partij om aan te tonen dat in functie van de betrokken opdracht de verwerende partij in de evaluatie van het verwaarloosbaar karakter van de post de grenzen van haar appreciatiebevoegdheid heeft overschreden. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat

de betrokken keuze niet zorgvuldig gemaakt zou zijn of de perken van de redelijkheid te buiten zou gaan.

18. De verzoekende partij lijkt voorts geen belang te hebben bij haar grief dat de verwerende partij in verband met de postgroepen die zij in aanmerking heeft genomen voor de identificatie van de nader te onderzoeken posten, niet verantwoordt of die postgroepen betrekking hebben op niet-verwaarloosbare dan wel verwaarloosbare posten. De postgroepen lijken immers enkel een rol te hebben gespeeld in de identificatie van de posten waarover de bvba B. is bevraagd. De verzoekende partij is daarentegen enkel bevraagd over vijf afzonderlijke posten van haar offerte. Het feit dat in het gunningsverslag wordt opgemerkt dat twee van die posten deel uitmaken van een bepaalde postgroep en een andere post van een andere postgroep (zie overweging 23, hierna), verandert hieraan niets.

Het vormen van bepaalde postgroepen lijkt aldus geen invloed te hebben gehad op de prijsbevraging naar de verzoekende partij toe, noch op de beslissing om haar offerte te weren.

19. In zoverre de verzoekende partij kritiek uitoefent op het feit dat de verwerende partij een marge gehanteerd heeft als drempelwaarde voor een afwijking van de aangeboden prijs ten opzichte van de als maatstaf aangenomen prijs, merkt de verwerende partij op dat die marge enkel bedoeld is om binnen de aangegeven vork (25 à 30 %) per post een nuancering te kunnen aanbrengen. Zij legt ook uit dat zij te dezen stelselmatig de drempel van 30 % heeft gehanteerd, die het gunstigst is voor de inschrijvers. Zij voegt eraan toe dat, ook indien zij de strengere norm van 25 % zou hebben gehanteerd, dit nog steeds niet tot gevolg zou hebben gehad dat de tussenkomen partij uitgenodigd zou worden om bepaalde prijzen te verantwoorden.

Uit de vertrouwelijke stukken van het dossier blijkt inderdaad dat de verwerende partij de betrokken inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, enkel heeft bevraagd op posten of postgroepen die meer dan 30 % in min afwijken van haar eigen raming. De verwerende partij maakt voorts op het eerste gezicht aannemelijk dat de gekozen inschrijver evenmin bevraagd had moeten worden indien de drempel van 25 % in min zou zijn gehanteerd.

In die omstandigheden lijkt de verzoekende partij geen belang te hebben bij haar kritiek op de bepaling van de drempelwaarde op “25 à 30%”.

20. De verzoekende partij voert aan dat zij noch uit de vraag om prijsverantwoording noch uit het gunningsverslag kan begrijpen om welke reden van de prijzen van bepaalde posten vermoed werd dat ze abnormaal laag of abnormaal hoog waren, en waarom daarover dus een prijsverantwoording gevraagd moest worden.

In dit verband merkt de Raad van State vooreerst op dat artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet bepaalt welke informatie de aanbestedende overheid bij een vraag tot prijsverantwoording aan de betrokken inschrijver moet geven. Niets lijkt zich ertegen te verzetten dat die overheid zich ertoe beperkt de posten te vermelden waarvoor een prijsverantwoording wordt gevraagd. Alleszins laat de verzoekende partij in het midden hoe de beweerde onduidelijkheid van de vraag om prijsverantwoording haar zou hebben belet haar prijzen afdoende te verantwoorden.

Voor het overige blijken op het eerste gezicht uit het gunningsverslag de redenen waarom de verwerende partij van oordeel is, na het onderzoek van de door de verzoekende partij gegeven verantwoording, dat de eenheidsprijzen voor bepaalde posten abnormaal laag zijn.

Beoordeling van de prijsverantwoording

21. Bij een prijsverantwoording ligt de bewijslast bij de betrokken inschrijver. Het staat aan die inschrijver om op een concrete en onderbouwde wijze het vermoeden van abnormaliteit van de prijs te weerleggen.

Bij de beoordeling van de door een inschrijver gegeven prijsverantwoording beschikt de aanbestedende overheid in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het komt de Raad van State niet toe om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de aanbestedende overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht kan de Raad van State desgevraagd wel nagaan of de beoordeling door de overheid berust op

voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven, of die motieven na een zorgvuldig onderzoek van het dossier tot stand zijn gekomen, en of de overheid de perken van haar beoordelingsruimte niet te buiten is gegaan.

22. Zoals de verzoekende partij terecht opmerkt, is het “kernargument” in het gunningsverslag om haar offerte substantieel onregelmatig te verklaren het feit dat zij met “onrealistische” aannames inzake brandstofverbruik en routeplanning heeft gewerkt, die “essentieel en bepalend” zijn voor het prijsniveau.

De verzoekende partij voert verscheidene grieven tegen die beoordeling aan.

22.1. In zoverre de verzoekende partij kritiek uitoefent op het oordeel van de verwerende partij dat zij is uitgegaan van een onrealistisch laag brandstofverbruik, moet vastgesteld worden dat de verwerende partij haar oordeel steunt op het door de verzoekende partij bijgebrachte gelijkvormigheidsattest voor de bestelwagen, enerzijds, en op een recensie in een transporttijdschrift van het model van de door de verzoekende partij gebruikte vrachtwagen, anderzijds.

Wat het brandstofverbruik van de bestelwagen betreft, blijkt uit de prijsverantwoording op het eerste gezicht niet dat de verzoekende partij het in het gelijkvormigheidsattest vermelde gecombineerd brandstofverbruik van 10l/100km heeft genuanceerd in functie van de opdracht. Het argument van de verzoekende partij dat voor de berekening van het brandstofverbruik een onderscheid moet worden gemaakt naargelang het type van wegen, waarvoor zij bevestiging lijkt te zoeken in een overigens niet bij de prijsverantwoording gevoegd document van de constructeur, komt dan ook voor als een verantwoording *a posteriori*. Aan de verwerende partij lijkt niet verweten te kunnen worden dat zij daarmee geen rekening heeft gehouden.

Wat de vrachtwagen betreft, waren bij de prijsverantwoording enkel een simulatie van leasing voor de vrachtwagen zelf en een bestelbon voor de lader gevoegd, maar deze stukken bevatten geen informatie over het brandstofverbruik. Aan de verwerende partij lijkt in die omstandigheden niet verweten te kunnen worden dat zij zelf op zoek gegaan is naar informatie over het

brandstofverbruik, en dat zij die informatie gevonden heeft in een transporttijdschrift. Haar lijkt bovendien niet verweten te kunnen worden dat zij geen rekening heeft gehouden met technische fiches van de constructeur, nu niet blijkt dat de verzoekende partij zelf naar zulke fiches heeft verwezen.

22.2. In zoverre de verzoekende partij kritiek uitoefent op het oordeel van de verwerende partij dat zij is uitgegaan van een te lage totaal af te leggen afstand per dag, rijst de vraag of de verwerende partij voor haar berekeningen mocht uitgaan van de standplaats van de verzoekende partij in Wetteren als vertrekpunt van de dagelijkse routes. De verzoekende partij voert aan dat haar plan van aanpak de verwerende partij inzichtelijk moest hebben gemaakt omtrent de verwerkingsplaats te Halle als vertrekpunt van de routes.

Het plan van aanpak vermeldt enkel dat het zwerfvuil op de parkings na ruiming “rechtstreeks naar de verwerker [wordt] gevoerd, zijnde A. (Halle) of S. (Vilvoorde)”. Geen kaart is bijgevoegd om de route en de afstand ervan te staven. Evenmin bevat het plan van aanpak de thans gegeven uitleg dat de werknemers van de verzoekende partij het voertuig ’s avonds achterlaten bij de verwerker in Halle en ’s morgens bij hem vertrekken. Bij gebrek aan verdere toelichting in de prijsverantwoording kan het de verwerende partij op het eerste gezicht niet verweten worden dat zij bij het nazicht van de door de verzoekende partij opgegeven totaal af te leggen afstand ervan uitgegaan is dat de maatschappelijke zetel van de verzoekende partij het vertrekpunt is van de routes. De berekening van de afstand door de verzoekende partij op basis van een onlinerouteplanner, met Halle als vertrek- en eindpunt, gemaakt nadat de bestreden gunningsbeslissing is genomen, lijkt andermaal neer te komen op een argumentatie *post factum* die de wettigheid van de genomen beslissing niet kan ondergraven.

22.3. Ter terechtzitting voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij haar offerte zonder meer heeft geweerd, in plaats van haar bijkomende vragen te stellen over het brandstofverbruik en de af te leggen afstand.

Artikel 36, § 2, zesde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 biedt aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid om na ontvangst van de prijsverantwoording de inschrijvers opnieuw te bevragen,. Het gaat om een

mogelijkheid, geen verplichting. De om prijsverantwoording gevraagde inschrijver dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte in geval van een onvoldoende verantwoording, onregelmatig wordt verklaard. Ook al kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de overheid in een bepaald geval verplicht is de inschrijver opnieuw te bevragen, de verzoekende partij brengt op het eerste gezicht geen dergelijke omstandigheden bij.

22.4. De verzoekende partij voert ook nog aan dat de conclusie van de verwerende partij volgens welke het brandstofverbruik en de routeplanning “essentieel en bepalend [...] zijn voor het prijsniveau”, “een vage bewering [uitmaakt] die niet gekaderd wordt binnen de concrete posten van de gevraagde prijsverantwoording”.

De verwerende partij antwoordt hierop met een verwijzing naar de concrete beschouwingen en berekeningen in het gunningsverslag. Dat verslag bevat inderdaad een berekening van de impact, percentsgewijs, van de onderschatting van het brandstofverbruik en de routeplanning op het gedeelte van de prijs dat overblijft voor de dekking van de algemene kosten, de winst en het risico. Gelet op het aldus verkregen percentage lijkt het op het eerste gezicht niet onredelijk voor de verwerende partij om te concluderen, zoals zij in haar nota doet, dat “een dusdanige verschrompeling van de voorziene marge [voor algemene en directe kosten en voor winst] essentieel en bepalend [is]”. In het licht van die conclusie was het op het eerste gezicht ook niet meer nodig voor de verwerende partij om nog andere kostencomponenten in rekening te brengen.

23. De verzoekende partij heeft ten slotte kritiek op de “overige motieven van het onderzoek van de prijsverantwoording”, d.w.z. op motieven die geen verband houden met het brandstofverbruik en de routeplanning. De kritiek heeft meer bepaald betrekking op de beschouwingen in het gunningsverslag in verband met het ontbreken van de vermelding van een toeslag voor algemene kosten, het niet in rekening brengen van een afzonderlijke vergoeding “voor verzekeringen, belastingen en taksen”, het feit dat voor de aankoopkost van diesel en gasolie een gemiddelde maximumprijs wordt geciteerd die nog niet bekend was op de uiterste datum voor het indienen van de offerte, en de vaststelling dat de

posten 19, 80 en 84 deel uitmaken van een bepaalde postgroep die 19,33 % vertegenwoordigt van het totaalbedrag van de offerte.

In de huidige stand van het geding lijkt het te gaan om ten overvloede gegeven motieven. De bestreden gunningsbeslissing lijkt afdoende te kunnen steunen op de vaststelling dat de verzoekende partij geen afdoende prijsverantwoording geeft voor het opgegeven brandstofverbruik en de routeplanning. De overige motieven, waarnaar niet meer verwezen wordt in de conclusie van het prijsonderzoek voor de verzoekende partij, lijken geen bepalende invloed te hebben gehad op de beslissing om de offerte van de verzoekende partij op prijstechnisch vlak af te wijzen.

24. Het middel is niet ernstig.

IX. Besluit

25. Het enig middel is in geen van zijn onderdelen ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Krinkels tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens