

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.669 van 1 februari 2023
in de zaak A. 238.084/XII-9311**

In zake: BPOST, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Andi Zrza
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en
Democratische Vernieuwing
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Bruno Lombaert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 januari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Minister van Binnenlandse Zaken van 19 december 2022 waarbij de overheidsopdracht betreffende een ‘raamovereenkomst van cosourcing van de postdiensten ten voordele van de Federale Politie’ wordt gegund aan de nv Ipex en waarbij de offerte van de nv van publiek recht Bpost substantieel onregelmatig wordt verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 januari 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten David D’Hooghe, Leen De Vuyst en Lieselotte Schellekens, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 “raamovereenkomst van cosourcing van de postdiensten ten voordele van de Federale Politie”.

De verwerende partij kiest voor een openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. Het bestek met referentienummer 2023 R3 018 is op de opdracht van toepassing. Dat bestek bevat een aantal bijlagen, waaronder een bijlage E, ‘Algemene Boekhoudkundige Clausule’.

Volgens punt 8 van het bestek, ‘Gunningscriteria’, zijn er twee gunningscriteria, te weten de “prijs” op 70 punten en de “evaluatie van de voorgestelde diensten” op 30 punten.

Onder punt 9 van het bestek worden vervolgens een aantal bepalingen opgenomen in verband met de prijs. Punt 9, d, heeft betrekking op de prijsherziening, waarbij de volgende prijsherzieningsformule wordt bepaald voor “het gedeelte van de dienstverlening dat buiten de universele postdiensten valt”:

“Overeenkomstig Art 38/7 van het [koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, verder in het bestek genoemd: “KB2”], kunnen de inschrijvers opteren voor vaste prijzen gedurende de gehele duur van de opdracht of voor een prijsherziening volgens de volgende herzieningsformule:

Voor wat betreft het gedeelte van de dienstverlening dat buiten de universele postdiensten valt (zijnde de afhaling), is volgende prijsherzieningsformule van toepassing:

$$P = P_o (0,10 + 0,80(C/Co) + 0,10(D/Do))$$

Waarvan:

P = de nieuwe prijs

P_o = de initiële basisprijs

0,10 = vaste coëfficiënt

Co = index van het kwartaal dat de datum van de opening van de offertes voorafgaat

C = dezelfde index, van het laatst beschikbare kwartaal dat de datum van de aanvraag tot prijsherziening voorafgaat.

Index C:

<https://statbel.fgov.be/nl/themas/conjunctuurindicatoren/prijzen/prijsindex-en-voor-diensten#figures> - Downloads - Prijsindexen voor diensten –

Overige posterijen en koeriers (53.2)

Do = dieselindex van toepassing op de datum van de opening van de offertes

D = dezelfde index, beschikbaar op de datum van de aanvraag tot prijsherziening

Index D: www.agoria.be - Marktprijzen van materialen - Diesel wegvervoer

Indien de inschrijver niet kan instemmen met de in het vorige punt voorgestelde prijsherzieningsformule, kan hij zelf een andere formule voorstellen [...]. Op straffe van onregelmatigheid van de offerte zal deze formule verplicht de eisen, bepaald in de algemene boekhoudkundige clausule in bijlage A [lees: bijlage E], eerbiedigen. De toe te passen index en het organisme dat deze uitgeeft dienen toegevoegd te worden aan de administratieve offerte.

[...].”

Bijlage E draagt als opschrift: ‘Algemene boekhoudkundige clausule toepasselijk op de controle van de prijzen en van de factoren van financiële

aard inzake de opdrachten van de Federale Politie'. Sectie 4, die gaat over de prijssherzieningsformule, luidt als volgt:

- “4.1. Algemeen
- 4.1.1. Het Art 38/7 van het KB2 regelt de prijssherziening.
- 4.1.1.1. Art 38/7, § 1. [...]
- 4.1.1.2. Art 38/7, § 2. [...]
- 4.2. Herzieningsclausule - Beginselen
- 4.2.1. De herzieningsclausule wordt uitdrukkelijk voorzien in het bestek of in de documenten die ze vervangen.
- 4.2.2. Een prijssherzieningsformule wordt in het bestek voorgesteld. Indien de inschrijver het nodig acht kan hij, omstandig gemotiveerd, een andere prijssherzieningsformule voorstellen. Deze moet dan wel beantwoorden aan voorschriften:
 - de vaste factor van 10% blijft behouden.
 - enkel de parameters en de wegingen kunnen worden aangepast voor zover ze de werkelijke kostenstructuur weerspiegelen en de parameters objectief en controleerbaar zijn.
- 4.3. Herzieningsclausule – Structuur en componenten
- 4.3.1. In principe, doen de elementen van een prijssherzieningsformule zich voor als volgt:
$$P = P_o (10\% + b \frac{M_b}{M_{b/o}} + c \frac{M_c}{M_{c/o}} + i \frac{M_i}{M_{i/o}} + n \frac{S}{S_o}).$$
- 4.3.2. De elementen van deze formule zijn in dit geval:
- 4.3.2.1. P = herziene prijs (of te factureren).
 P_o = contractuele basisprijs.
- 4.3.2.2. Coëfficiënten: hun som is gelijk aan 1: de waarden mogen in de loop van de opdracht geen enkele wijziging ondergaan.
 a = vaste factor. Blijft behouden op 10% gedurende de ganse duur van de opdracht.
 $b, c, .. i ..$ = vaste coëfficiënten toegekend aan iedere parameter die betrekking heeft op grondstoffen of materialen.
 n = vaste coëfficiënt toegekend aan de parameter ‘lonen + sociale lasten’.
- 4.3.2.3. Indexen: $M_{b/o}, M_{c/o}, M_{i/o}, S_o, M_b, M_c, M_i, S$:
Deze indexen vertegenwoordigen een juiste bepaling van de evolutie van de samenstellende kosten van de prijs. De indices M hebben in principe betrekking op de samenstellende delen betreffende grondstoffen (Materialen) van de prijs, de index S slaat op de lonen en sociale lasten.
Deze indexen moeten juist bepaald worden en (zo mogelijk) verwijzen naar officiële publicaties of publicaties van officiële aard, gepubliceerd door diverse organismen (Ministerie van Economische Zaken, Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, Ministerie van Openbare Werken, VBO, Fabrimetal, Agoria enz.).

- 4.3.3. Enkel de parameters en de wegingen kunnen worden aangepast voor de aanvang van het contract en voor zover ze de werkelijke kostenstructuur weerspiegelen.
 - 4.3.4. Leestijd
 - 4.3.4.1. Onder leestijd dient verstaan te worden het ogenblik waarop de waarde van een index wordt vastgesteld door bepaling van een datum of periode.
- [...].”

3.3. Drie ondernemingen dienen een offerte in: de nv van publiek recht Bpost (verzoekende partij), de nv Ipex en de bvba Postalia Belgium.

In haar offerte stelt de verzoekende partij voor om voor de “commerciële diensten”, dit wil zeggen de diensten die niet behoren tot de universele diensten, twee alternatieve prijssherzieningsformules te hanteren. De ene formule heeft betrekking op de prijzen voor het ophalen van zendingen; hiervoor stelt de verzoekende partij voor om uit te gaan van de index van de vzw Instituut Wegtransport & Logistiek België, afgekort ITLB, voor de maand april. De andere formule heeft betrekking op de prijzen voor de behandeling van zendingen; hiervoor stelt zij voor om uit te gaan van de “consumptie-index” (consumptieprijsindex) van de FOD Economie voor de maand april. In de twee formules is een vast gedeelte van 10 % begrepen.

3.4. Op 19 december 2022 neemt de Minister van Binnenlandse Zaken een gemotiveerde beslissing.

De offertes van de nv van publiek recht Bpost en de bvba Postalia worden onregelmatig verklaard. De offerte van de nv Ipex wordt als enige regelmatig verklaard.

De motivering voor de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij luidt:

“[Bpost] stelde de volgende prijssherzieningsformule voor:
[...]- Voor de universele diensten: volgens de formule in artikel 19 van de Wet van 26 januari 2018 betreffende postdiensten;
[...]- Voor de commerciële diensten:
o Afhaling: [op basis van] Transportindex van april:
[...]

o Verwerkingskosten: [op basis van] Consumptie index van april [...]

Opmerkingen bij formule 1 voor afhaling:

1. Het gebruik van de ITLB index: het is niet duidelijk welke index gekozen werd, ‘algemeen nationaal’ of de index ‘stukgoed’;
2. Bpost wenst telkens de ITLB indexen van april te gebruiken. Dat is mogelijk maar gebruikelijk is dat de datum waarop een prijssherziening wordt aangevraagd bepalend is. Dan wordt de laatst beschikbare index genomen die tegenover de index, van toepassing op de datum van de opening van de offertes, berekend wordt. In dat geval dienen de omschrijvingen in de formule aangepast te worden.

Opmerkingen bij formule 2 voor de verwerkingskosten.

1. De index consumptieprijsen kan niet aanvaard worden. Er zijn meer passende indexen beschikbaar. Deze index omvat zowel goederen als diensten, en een zeer grote verscheidenheid van elk. De voorgestelde index moet de werkelijke situatie zo dicht mogelijk benaderen.
En dit is in strijd met punt 4.1.1.1 van bijlage E van het bestek. ‘De prijssherziening steunt op objectieve en controleerbare parameters en maakt gebruik van passende wegingscoëfficiënten en weerspiegelt aldus de werkelijke kostprijsstructuur.’
Dit is ook in strijd met punt 4.2.2 van bijlage E van het bestek: enkel de parameters en de wegingen kunnen worden aangepast voor zover ze de werkelijke kostenstructuur weerspiegelen en de parameters objectief en controleerbaar zijn.
2. Bpost wenst telkens de index van consumptieprijsen van april te nemen. Het is mogelijk maar gebruikelijk is dat de datum waarop een prijssherziening wordt aangevraagd bepalend is. Dan wordt de laatst beschikbare index genomen die tegenover de index, van toepassing op de datum van de opening van de offertes, berekend wordt. In dat geval dienen de omschrijvingen in de formule aangepast te worden.
Deze onregelmatigheden maken de vergelijking van de offertes van de inschrijvers onmogelijk, wat een substantiële onregelmatigheid uitmaakt krachtens art 76, § 1, al. 3 van KB van 18 april 2017.
De substantiële onregelmatigheid van de offerte van Bpost is dus vastgesteld.
Krachtens Art. 76, § 3 van [het] KB van 18 april 2017 wordt de offerte van Bpost nietig verklaard.”

Vervolgens wordt beslist om de raamovereenkomst te sluiten met de nv Ipex.

De beslissing van 19 december 2022 is de bestreden beslissing.

3.5. Met een aangetekende brief, gedateerd op 19 december 2022, stelt de verwerende partij de verzoekende partij ervan in kennis dat haar offerte

onregelmatig is verklaard. Bij dit schrijven wordt ook een uittreksel uit de gemotiveerde beslissing gevoegd. Dit uittreksel bevat meer bepaald de motieven voor het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij.

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 het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 38/7 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: koninklijk besluit uitvoering 2013), 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, 5 en 81, §§ 1 tot 3, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016); het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

5.1. De verzoekende partij verwijt aan de bestreden beslissing dat zij haar offerte ten onrechte substantieel onregelmatig heeft verklaard (en haar offerte dus niet inhoudelijk heeft beoordeeld op de gunningscriteria) op grond dat de verzoekende partij, nochtans in lijn met het bestek, voor de behandeling van de zendingen, een eigen prijssherzieningsformule heeft voorgesteld op basis van de index van de consumptieprijzen.

Volgens de verzoekende partij wordt voor die beslissing niet in enige juiste, draagkrachtige, redelijke dan wel afdoende motivering voorzien. Artikel 9, d, van het bestek laat een dergelijke alternatieve prijssherzieningsformule toe. Artikel 38/7 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 hanteert de “index van consumptieprijzen” zelfs expliciet als een “passende index”, die de “werkelijke kostprijsstructuur” weerspiegelt. De verzoekende partij voegt eraan toe dat iedere redelijk handelende, zorgvuldige en diligente aanbesteder ertoe gehouden is om alle inschrijvers op gelijke, niet-discriminerende en proportionele wijze te behandelen, in lijn met het vigerend wettelijk kader én de principes die hij daartoe heeft vastgesteld in zijn eigen bestek.

5.2. In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij dat zij louter heeft gebruikgemaakt van de mogelijkheid waarin het bestek voorziet om, in de plaats van de standaard prijssherzieningsformule, een eigen en daaraan alternatieve, prijssherzieningsformule voor te stellen. Zij wijst erop dat zij aan de vereisten voldoet die in punt 4.2.2 van bijlage E bij het bestek zijn bepaald voor het geval dat een eigen prijssherzieningsformule wordt voorgesteld: de vereiste vaste factor van 10 % blijft behouden en de beide prijssherzieningsformules zijn gebaseerd op passende indexen die de “werkelijke kostenstructuur” weerspiegelen (resp. de ITLB-index voor de ophaling en de index van de consumptieprijzen voor de verwerkingskosten).

5.2.1. Zij stelt vast dat de verwerende partij vooral struikelt over deze laatste index. Nochtans, zoals blijkt uit artikel 38/7, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit uitvoering 2013, laat deze bepaling precies deze index van de consumptieprijzen uitdrukkelijk toe. Meer nog, die bepaling omschrijft deze index zelfs expliciet als een “passende index” die bovendien de “werkelijke kostprijsstructuur” weerspiegelt. De verzoekende partij benadrukt hierbij nog dat

het bestek in geen enkele afwijking dan wel nuancering op dit artikel 38/7 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 voorziet, en integendeel meerdere malen ernaar verwijst.

De verzoekende partij verwijst voorts naar diverse motieven om voor een andere index te kiezen dan de dieselindex waarin het bestek voorziet: de inzet van de verzoekende partij op meer klimaatvriendelijke energiebronnen; de keuze van de verzoekende partij, die één van de grootste werkgevers van België is en bijgevolg een zeer arbeidsintensieve onderneming, voor de meest representatieve index; het feit dat de index van de consumptieprijzen een meer standvastig verloop heeft dan de grilligere dieselindex.

De verzoekende partij voert tevens aan dat de bestreden beslissing, door de wettelijk voorziene én aanvaarde index van de consumptieprijzen te weigeren, niet in redelijkheid is genomen. Bovendien is ze volgens haar niet afdoende gemotiveerd, nu de overweging dat er meer passende indexen zijn niet kan volstaan: zo heeft zij er het raden naar welke “meer passende indexen” worden bedoeld en vooral, waarom deze (ongenoemde) indexen dan “meer passend” zouden zijn. Met verwijzing naar rechtsleer en rechtspraak, merkt de verzoekende partij hierbij op dat iedere prijsherzieningsformule per definitie een onzekerheidsfactor in zich draagt. Dit geldt ook voor de index van de consumptieprijzen. De verwerende partij slaagt er niet in om aan te tonen dat die index de werkelijke kostprijstructuur niet zou “weerspiegelen”, of dat deze “oncontroleerbaar, niet objectief dan wel onwerkelijk” zou zijn.

De verzoekende partij ziet evenmin in hoe het gebruik van deze wettelijke voorziene én door het bestek toegelaten index van de consumptieprijzen de vergelijking van de offertes van de inschrijvers onmogelijk zou kunnen maken, zoals in de bestreden beslissing wordt aangenomen, doch eveneens niet nader wordt toegelicht.

5.2.2. “Ten overvloede” gaat de verzoekende partij nog beknopt in op de twee overige randopmerkingen die de verwerende partij in de bestreden beslissing formuleert.

Inzake de gehanteerde referentiemaand april, stelt zij vooreerst vast dat de bestreden beslissing zelf tot tweemaal toe vaststelt dat zulks wel degelijk mogelijk is. Tevens meent zij dat dit aspect geen impact kan hebben op de objectiviteit, de controleerbaarheid dan wel de werkelijkheid van de voorgestelde prijssherzieningsformule. Daarbij komt nog dat de reden waarom de verzoekende partij voor de referentiemaand april koos, te vinden is in de wet van 26 januari 2018 ‘betreffende de postdiensten’, waarvan artikel 19, § 1, 1°, eveneens “de maand april” als referentiemaand hanteert.

Wat de ITLB-index betreft, en de vraag of daarmee de “algemeen nationale” index of die voor “stukgoed” wordt bedoeld, kan er geen twijfel over bestaan, gelet op de aard van de opdracht (zijnde postdiensten), dat het gaat om de algemeen nationale index. “Postdiensten kunnen evident niet kwalificeren als ‘stukgoederen’ die niet naar maat of gewicht, maar per individueel ‘stuk’ worden opgegeven en vervoerd in kisten, kratten of vaten; dergelijke merkwaardige interpretatie zou een volstrekte contradictio in terminis uitmaken”.

Beoordeling

6. In punt 9, d, van het bestek wordt voorzien in een prijssherzieningsformule voor het geval de inschrijvers niet opteren voor vaste prijzen. Deze prijssherzieningsformule geldt voor het gedeelte van de dienstverlening dat buiten de universele postdiensten valt, zijnde de afhaling van de postzendingen. Zij houdt rekening met een vaste coëfficiënt van 10 %, een coëfficiënt van 80 % voor de evolutie van de prijzen voor de ‘overige posterijen en koeriers’, en een coëfficiënt van 10 % voor de evolutie van de dieselprijs voor het wegvervoer.

Wanneer een inschrijver niet kan instemmen met deze formule, kan hij zelf een andere formule voorstellen. De formule die de inschrijver in voorkomend geval zelf voorstelt, moet de vereisten eerbiedigen die zijn bepaald in de algemene boekhoudkundige clausule vervat in bijlage E bij het bestek. Deze verplichting wordt voorgeschreven “op straffe van onregelmatigheid van de offerte”.

In bijlage E herneemt het bestek in punt 4.2 de mogelijkheid voor een inschrijver om een andere prijssherzieningsformule voor te stellen dan die waarin het bestek voorziet. In dat geval moet de door de inschrijver voorgestelde prijssherzieningsformule “omstandig” worden gemotiveerd, en moet zij beantwoorden aan twee vereisten: de vaste factor 10 % moet behouden blijven, en enkel de parameters en de wegingen kunnen worden aangepast, “voor zover ze de werkelijke kostenstructuur weerspiegelen en de parameters objectief en controleerbaar zijn”.

7. Uit de offerte van de verzoekende partij blijkt dat zij een prijssherzieningsformule voorstelt die geen rekening houdt met de evolutie van de index betreffende de overige posterijen en koeriers noch met de evolutie van de dieselindex. De formule die de verzoekende partij voorstelt, is integendeel gebaseerd, voor de ophaling van zendingen, op de nationale transportindex (ITLB), en voor de verwerking van de zendingen, op de consumptieprijsindex.

Een concrete motivering voor de aanpassing van de prijssherzieningsformule lijkt, op het eerste gezicht, niet in de offerte van de verzoekende partij te zijn opgenomen. Het ontbreken van enige motivering lijkt echter geen motief geweest te zijn waarop de bestreden beslissing steunt.

Uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij met name het gebruik van de consumptieprijsindex niet aanvaardt. Als motivering wordt in de bestreden beslissing in de eerste plaats gesteld dat meer passende indexen beschikbaar zijn en dat de consumptieprijsindex zowel goederen als diensten omvat, met een zeer grote verscheidenheid van elk. De voorgestelde index moet de werkelijke situatie zo dicht mogelijk benaderen. De verwerende partij oordeelt dat het gebruik van de consumptieprijsindex in strijd is met de bepalingen van het bestek die opleggen dat de prijssherziening moet steunen op objectieve en controleerbare parameters en moet gebruikmaken van passende wegingscoëfficiënten waardoor de “werkelijke kostprijsstructuur” wordt weerspiegeld. Bijkomend wordt opgemerkt dat de verzoekende partij voor de consumptieprijsindex, zoals overigens ook voor de ITLB-index, de maand april als referentiemaand hanteert. Volgens de verwerende partij is dat wel mogelijk, maar dan moeten de omschrijvingen in de formule aangepast worden.

Hierna wordt ingegaan op de beoordeling volgens welke de consumptieprijsindex onverenigbaar is met de bestekseisen, meer bepaald op grond dat ze de werkelijke kostprijsstructuur niet weerspiegelt.

8. Met de verwerende partij lijkt aangenomen te kunnen worden dat de consumptieprijsindex het verloop weergeeft van het prijspeil van een goederen- en dienstenpakket dat representatief is voor de uitgaven van de gezinnen. De consumptieprijsindex lijkt met andere woorden de prijsevolutie te meten van de goederen en diensten die de gezinnen consumeren. Dit indexcijfer wordt maandelijks door de FOD Economie bepaald, aan de hand van de waarde van een “korf” met de belangrijkste consumptiegoederen en diensten. Het verloop van de maandelijkse indexcijfers toont de evolutie van de levensduurte voor de gezinnen.

Op het eerste gezicht lijkt met de verwerende partij te kunnen worden vastgesteld dat de consumptieprijsindex meer algemeen is dan de meer specifieke parameters die voorkomen in de in het bestek bepaalde formule en die betrekking hebben op de index voor ‘overige posten en koeriers’ en de dieselindex voor het wegvervoer. Die twee indexen lijken meer direct aan te leunen bij het voorwerp van de opdracht dan de consumptieprijsindex die door de verzoekende partij wordt voorgesteld.

De verwerende partij lijkt dan ook in redelijkheid te kunnen oordelen dat er “meer passende” indexen beschikbaar zijn dan die welke door de verzoekende partij wordt voorgesteld, en dat de voorgestelde index de werkelijke situatie aldus niet “zo dicht mogelijk” benadert.

9. In haar verzoekschrift doet de verzoekende partij gelden dat de consumptieprijsindex gebruikelijk en passend is. Zij verwijst daarbij onder meer naar artikel 38/7, § 2, van het koninklijk besluit uitvoering 2013, dat deze index uitdrukkelijk als passend benoemt. Uit deze bepaling blijkt volgens de verzoekende partij dat de Koning van oordeel is dat deze index de werkelijke kostprijsstructuur weerspiegelt. Het staat niet aan de verwerende partij om er een ander oordeel op na te houden.

Artikel 38/7, § 2, van het koninklijk besluit uitvoering 2013 bepaalt als volgt:

“In toepassing van artikel 10 van de wet kunnen de opdrachtdocumenten, voor de opdrachten voor leveringen en diensten die niet in bijlage 1 van dit besluit werden opgenomen, voorzien in een herzieningsclausule, zoals bepaald in artikel 38, waarin de modaliteiten voor een prijsherziening worden bepaald aan de hand van één of meer verschillende elementen zoals met name de lonen, de sociale lasten, de prijzen van de grondstoffen of de wisselkoersen.

De prijsherziening steunt op objectieve en controleerbare parameters en maakt gebruik van passende wegingscoëfficiënten en weerspiegelt aldus de werkelijke kostprijsstructuur. In geval van moeilijkheden om een prijsherzieningsformule samen te stellen, kan de aanbesteder de gezondheidsindex, de index van consumptieprijzen of een andere passende index hanteren.

De prijsherziening kan een vaste, niet-herzienbare factor bevatten, die de aanbesteder bepaalt in functie van de specificiteiten van de opdracht.”

Deze bepalingen hebben weliswaar betrekking op de prijsherzieningsformule zoals die door de aanbestedende overheid kan worden vastgesteld. Uit punt 4.2.2 van de bijlage E bij het bestek lijkt echter afgeleid te kunnen worden dat de verwerende partij zich voor het formuleren van de bestekseisen die gelden voor de prijsherzieningsformules die een inschrijver kan voorstellen, door het voornoemde artikel 38/7, § 2, en meer bepaald het tweede lid ervan, heeft laten inspireren. Voor de interpretatie van de draagwijdte van de voornoemde bestekseis lijkt dan ook rekening gehouden te mogen worden met de interpretatie die aan de voornoemde bepaling toekomt.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, lijkt uit artikel 38/7, § 2, niet te kunnen worden afgeleid dat de consumptieprijsindex voor elke opdracht van diensten als een passende index geldt, die de werkelijke kostprijsstructuur weerspiegelt. Het tweede lid van artikel 38/7, § 2, lijkt de aanbestedende overheden immers op te leggen om “objectieve en controleerbare parameters” en “passende wegingscoëfficiënten” te hanteren, zodat de prijsherziening de werkelijke kostprijsstructuur weerspiegelt. “In geval van moeilijkheden” om een dergelijke prijsherzieningsformule samen te stellen, kan de aanbesteder een “passende index” hanteren, waaronder de “index van

consumptieprijzen”. Uit die bepalingen kan niet worden afgeleid dat deze laatste index per definitie voor elke situatie of opdracht als een passende index kan worden beschouwd.

In het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ wordt met betrekking tot artikel 20, § 1, van dat besluit, waarvan de bepalingen later zijn overgenomen in artikel 38/7 van het koninklijk besluit uitvoering 2013, onder meer het volgende gesteld:

“Het eerste lid vermeldt de voornaamste prijscomponenten die in aanmerking worden genomen : de uurlonen en sociale lasten, alsook, naargelang de aard van de opdracht, één of meer relevante elementen zoals materiaal- en grondstofprijzen of de evolutie van de wisselkoers. Volgens het tweede lid is het essentieel dat de herziening de werkelijke kostprijsstructuur weerspiegelt. Bijgevolg moet de herziening gebaseerd zijn op objectieve en controleerbare parameters en gebruik maken van correcte wegingscoëfficiënten. Afhankelijk van de aard van de opdracht en het al dan niet voorhanden zijn van de voormelde parameters, kan het niettemin moeilijk of zelfs onmogelijk zijn om een herzieningsclausule op te stellen die aan de genoemde voorwaarden voldoet. In dat geval kan de aanbestedende overheid voortaan gebruik maken van de gezondheidsindex, de index van de consumptieprijzen of een andere passende indexformule.”

De tekst van artikel 38/7, § 2, en het aangehaalde verslag aan de Koning lijken aldus duidelijk te maken dat de drie met name genoemde indexen, waaronder de consumptieprijsindex, door een aanbestedende overheid gebruikt kunnen worden wanneer het “moeilijk of zelfs onmogelijk” is om een prijsherzieningsformule samen te stellen die de werkelijke kostprijsstructuur weerspiegelt. Het lijkt met andere woorden te gaan om indexen die bij gebrek aan beters in aanmerking kunnen komen.

Getransponeerd naar alternatieve prijsherzieningsformules voorgesteld door inschrijvers op een opdracht, lijkt uit het voornoemde artikel 38/7, § 2, het volgende afgeleid te kunnen worden. Wanneer de opdrachtdocumenten uitdrukkelijk voorzien in een prijsherzieningsformule met parameters die de werkelijke kostprijsstructuur weerspiegelen, maar een inschrijver een andere prijsherzieningsformule voorstelt, lijkt het, in de eerste plaats, de verplichting van

die inschrijver om in zijn offerte duidelijk en concreet aan te geven waarom ook de voorgestelde parameters objectieve en controleerbare parameters zijn die de werkelijke kostprijsstructuur weerspiegelen.

10. Zoals hiervoor al is overwogen, lijkt de offerte van de verzoekende partij geen dergelijke motivering te bevatten. Pas in het verzoekschrift legt de verzoekende partij uit waarom zij een andere index heeft voorgesteld. Daarbij moet worden vastgesteld dat, in zoverre zij kritiek uitoefent op de in het bestek bepaalde prijsherzieningsformule, zij die kritiek uitsluitend richt op het gebruik van de dieselindex. Op het gebruik van de index voor diensten betreffende de ‘overige posterijen en koeriers’ lijkt zij geen kritiek te uiten. In dit verband moet opgemerkt worden dat de dieselindex slechts voor 10 % in de prijsherziening doorweegt, terwijl dat voor de index betreffende de ‘overige posterijen en kiezers’ voor 80 % is.

In haar verzoekschrift voert zij vooreerst aan dat het gebruik van de dieselindex voor haar minder geschikt is, gelet op het feit dat zij inzet op toekomstgerichte en klimaatvriendelijke energiebronnen. Zij legt echter niet uit wat het verband is tussen de consumptieprijsindex en toekomstgerichte en klimaatvriendelijke energiebronnen. Bovendien wordt de impact van de consumptieprijsindex op de werkelijke kostprijsstructuur niet concreet toegelicht.

In zoverre de verzoekende partij voorts aanvoert dat de dieselindex grilliger is dan de consumptieprijsindex, maakt zij niet duidelijk waarom de laatstgenoemde index de werkelijke kostenstructuur zou weerspiegelen, laat staan dat zij die beter zou weerspiegelen dan de eerstgenoemde.

Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat zij een “zeer arbeidsintensieve onderneming” is, en dat meer dan de helft van haar bedrijfskosten beschouwd kunnen worden als “salariskosten”. Daarmee lijkt zij echter niet concreet aannemelijk te maken dat de consumptieprijsindex de werkelijke kostenstructuur zou weerspiegelen, laat staan dat deze index de kostenstructuur beter zou weerspiegelen dan de index betreffende de ‘overige posterijen en koeriers’.

11. Met een schrijven van 20 januari 2023, “louter ter ondersteuning [...] van de mondelinge toelichting”, legt de verzoekende partij een aantal bestekken neer waarin de consumptieprijsindex door de betrokken aanbestedende overheden is opgenomen als onderdeel van de prijssherzieningsformule. Zij ziet hierin de bevestiging van het feit dat die index een zeer gepaste index is, die overigens veelvuldig gebruikt wordt.

De Raad van State stelt vast dat geen enkele van de bijgebrachte voorbeelden ook hetzelfde of een gelijkaardig voorwerp betreft als dat van de voorliggende opdracht, namelijk de cosourcing van postdiensten. Bovendien lijkt te dezen niet de vraag aan de orde of de consumptieprijsindex een passende index kan zijn, maar wel de vraag of de verwerende partij in de voorliggende omstandigheden die index als een even of meer passende index moest aanvaarden terwijl zij zelf andere indexen in de prijssherzieningsformule heeft gehanteerd.

Het bijbrengen van bestekken met betrekking tot andere opdrachten lijkt op het eerste gezicht geen antwoord te bieden op die vraag.

12. Gelet op het voorgaande, neemt de Raad van State voorshands aan dat niet concreet en afdoende is aangetoond dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsvrijheid heeft geschonden door de door de verzoekende partij voorgestelde consumptieprijsindex voor de prijzen inzake de verwerking van de zendingen niet te aanvaarden.

13. Gelet op die voorlopige conclusie, is het niet nodig om in te gaan op de motieven in de bestreden beslissing in verband met de voorgestelde ITLB-index voor de prijzen inzake de afhaling van zendingen, noch op de motieven in verband met het hanteren van de maand april als referentiemaand, zowel bij de ITLB-index als bij de consumptieprijsindex. Dit zijn immers ten overvloede gegeven motieven.

14. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

15. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van een februari tweeduizend drieëntwintig, 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