RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 256.532 van 15 mei 2023
in de zaak A. 238.867/XII-9363

In zake: de NV CURITAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Fien D'Haenens en Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Verhaeghe
kantoor houdend te 8940 Wervik
Nieuwstraat 38

tegen:

de CVBA INTERGEMEENTELIJKE VERENIGING VOOR AFVALBEHEER IN GENT EN OMSTREKEN (IVAGO)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Maeyaert en Ellen Verschuere
kantoor houdend te 1000 Brussel
Koloniënstraat 18-24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de BV VLAAMS INZAMEL CENTRUM TEXTIEL (V.I.C.T.)
2. de BV VICTRANS
3. de NV RECUTEX,

samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters, Jorien Van Belle en Marie Poisquet
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 april 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de raad van bestuur van de Intergemeentelijke Vereniging voor Afvalbeheer in Gent en Omstreken (IVAGO) van 29 maart 2023 om de opdracht met als voorwerp 'Inzameling, herbestemming en verwerking van textiel via containers op standplaatsen en recyclageparken in het werkingsgebied van IVAGO – perceel 1 (Inzameling, herbestemming en verwerking van textiel via containers op de door de opdrachtnemer te kiezen locaties op publiek domein en op publiek toegankelijk privéterrein, in respectievelijk Gent (1a) en Destelbergen (1b))' te gunnen aan de tijdelijke maatschap bestaande uit de bv Vlaams Inzamel Centrum Textiel (V.I.C.T.), de bv Victrans en de nv Recutex, en van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv Curitas.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 27 april 2023 hebben de bv Vlaams Inzamel Centrum Textiel (V.I.C.T.), de bv Victrans en de nv Recutex, samen vormend een tijdelijke maatschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 mei 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Fien D'Haenens, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Stijn Maeyaert en Ellen Verschuere, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Kris Wauters en Jorien Van Belle, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 opdrachthoudende vereniging Intergemeentelijke Vereniging voor Afvalbeheer in Gent en Omstreken, hierna vermeld volgens haar afkorting IVAGO, schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit, met betrekking tot de 'inzameling, herbestemming en verwerking van textiel via containers op standplaatsen en recyclageparken in het werkingsgebied van IVAGO'. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

De opdracht bestaat uit twee percelen:

- Perceel 1: containers te plaatsen op publiek domein en op publiek toegankelijk privéterrein, op het grondgebied van de stad Gent en de gemeente Destelbergen;
- Perceel 2: containers te plaatsen op publiek domein en recyclageparken, op het grondgebied van de stad Gent en de gemeente Destelbergen.

De voorliggende vordering heeft enkel betrekking op perceel 1.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. Onder punt I.1 van het bijzonder bestek wordt het voorwerp van perceel 1 nader omschreven als volgt:

> "PERCEEL 1
> (containers enkel te plaatsen op publiek domein en op publiek toegankelijk privéterrein):
> - Deel 1a: inzameling, herbestemming en verwerking van textiel via containers op door de opdrachtnemer te kiezen locaties op publiek domein en op publiek toegankelijk privéterrein op het grondgebied van Stad Gent

- Deel 1b: inzameling, herbestemming en verwerking van textiel via containers op door de opdrachtnemer te kiezen locaties op publiek domein en op publiek toegankelijk privéterrein op het grondgebied van Gemeente Destelbergen
Voor perceel 1 (1a en 1b) vermeldt de inschrijver in de inventaris de prijs van de dienstverlening voor Stad Gent en de Gemeente Destelbergen apart, uitgedrukt in euro en afgerond tot maximaal 2 cijfers na de komma.
De door de inschrijver opgegeven prijs kan enkel een negatieve prijs inhouden en betreft een forfaitaire vergoeding per maand.
Offertes waarbij een nulprijs of een positieve prijs wordt bedongen, zijn niet in overeenstemming met de opdrachteisen en vertonen een substantiële onregelmatigheid.
[…]
Voor perceel 1 (1a en 1b) verloopt de inzameling via textielcontainers op door de opdrachtnemer te kiezen standplaatsen op publiek domein en op publiek toegankelijk privéterrein.
[…]
Het aantal inwoners in Stad Gent bedroeg in 2021 264.676 (Bron: Gent.be).
Het aantal inwoners in Destelbergen bedroeg in 2021 18.525 (Bron: commune-gemeente.be).
De vermoedelijke hoeveelheden op jaarbasis zijn (op basis van cijfers van 2021):
- […]
- […]
- textielcontainers op te kiezen locaties op publiek domein en op publiek toegankelijk privéterrein zoals voorzien in perceel 1: 826 ton
De opgegeven hoeveelheden zijn louter indicatief, binden de opdrachtgever op geen enkele wijze en kunnen in geen geval aanleiding geven tot een schadevergoeding."

Onder punt I.4 van het bestek wordt de prijsvaststelling voor perceel 1 verduidelijkt als volgt:

"De door de inschrijver opgegeven prijs kan enkel een negatieve prijs inhouden en betreft een forfaitaire vergoeding per maand.
Dientengevolge verklaart de inschrijver zich niet alleen bereid om de diensten zoals beschreven in dit bestek te verlenen zonder daarvoor een bijkomende vergoeding van de aanbestedende overheid te ontvangen, maar ook om de aanbestedende overheid, als vergoeding voor de economische waarde van het door hem in te zamelen textiel (die dus hoger wordt geacht dan de kostprijs van de dienstverlening), een geldsom te betalen.
Offertes waarbij een nulprijs of een positieve prijs wordt bedongen, zijn niet in overeenstemming met de opdrachteisen en vertonen een substantiële onregelmatigheid."

Onder punt I.10.1 worden de volgende gunningscriteria voor perceel 1 bepaald:

Gunningscriterium	Perceel 1 (1a en 1b)
Prijs	50
Kwaliteit van de inzameling van het textiel • Organisatie, planning, rapportage • Kwaliteit containers • Kwaliteit en duurzaamheid transportmiddelen	25
Kwaliteit van de herbestemming en verwerking van het textiel • Circulaire principes • Duurzaamheid verwerking • Maatschappelijk verantwoord gebruik	25

Deze gunningscriteria worden onder punt I.10.2 nog nader toegelicht.

3.4. Op 6 februari 2023 worden de inschrijvingen geopend. Voor perceel 1 blijken vier offertes te zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

3.5. Op 29 maart 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Wat perceel 1 betreft, wordt vooreerst besloten dat van de vier inschrijvers er drie zijn die voldoen aan de selectiecriteria: de nv Curitas, de tijdelijke maatschap bestaande uit de bv Belcotex, de bv Belcotrans en de nv Euro-Frip (hierna: tm Belcotex), en de tijdelijke maatschap bestaande uit de bv V.I.C.T., de bv Victrans en de nv Recutex (hierna: tm VICT).

Vervolgens wordt de regelmatigheid van de offertes beoordeeld. In verband met de materiële regelmatigheid wordt onder meer vermeld dat “de offerte wordt onderworpen aan een prijsonderzoek en een prijsvergelijking”. Voorts wordt gemeld dat er, “voor wat betreft de materiële regelmatigheid van de offertes, […] geen opmerkingen [zijn]”.

Ten slotte worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria. Die toetsing leidt tot de volgende rangschikking:

Inschrijver	Prijs (op 50)	Kwaliteit van de inzameling van het textiel (op 25)	Kwaliteit van de herbestemming en verwerking van het textiel (op 25)	Totaal
TM VICT	49,90	23,00	23,00	95,90
TM Belcotex	50,00	21,00	17,00	88,00
NV Curitas	19,76	19,00	17,00	55,76

Er wordt dan ook voorgesteld om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de tm VICT.

3.6. Op 29 maart 2023 beslist de raad van bestuur van IVAGO om perceel 1 van de opdracht te gunnen aan de tm VICT voor een negatieve totale prijs van 1.000.000 euro, btw niet inbegrepen, voor de initiële periode van twee jaar.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Tussenkomst

4. De bv Vlaams Inzamel Centrum Textiel (V.I.C.T.), de bv Victrans en de nv Recutex, samen vormend een tijdelijke maatschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering inzake de impliciete weigeringsbeslissing

5.1. De verzoekende partij vordert ook de schorsing van de uitvoering van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen.

5.2. Een verzoekende partij die de nietigverklaring vraagt of de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van een impliciete weigeringsbeslissing, moet aantonen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen. Er moeten met andere woorden elementen worden bijgebracht die tot de uitzonderlijke vaststelling kunnen leiden dat de verwerende partij na de schorsing in feite geen andere rechtsgeldige keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

Uit de middelen die de verzoekende partij te dezen aanvoert lijkt op het eerste gezicht hoogstens te kunnen volgen dat het prijsonderzoek overgedaan zal moeten worden (eerste middel), dat de hele plaatsingsprocedure overgedaan zal moeten worden (tweede middel), of dat de toetsing van de offertes aan het tweede en het derde gunningscriterium overgedaan zal moeten worden (derde middel).

Geen van deze mogelijke vaststellingen lijkt op het eerste gezicht in te houden dat de opdracht direct aan de verzoekende partij gegund dient te worden, zonder nog enig rechtsgeldig alternatief.

5.3. De vordering dient reeds op het eerste gezicht te worden verworpen als niet-ontvankelijk in de mate dat ze tegen de impliciete weigeringsbeslissing is gericht.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. 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.

VII. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van de artikelen 5 en 8 van de rechtsbeschermingswet , de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

7.2.1. In een eerste onderdeel doet zij gelden dat er geen prijsonderzoek is gevoerd en dat de vermelding daaromtrent in het gunningsverslag een loutere stijlformule is.

Zij wijst vooreerst op het feit dat de tm Belcotex en de tm VICT een aanzienlijk hogere vergoeding hebben aangeboden dan de verzoekende partij (respectievelijk 1.0001.976 euro, 1.000.000 euro en 396.000 euro), en voert aan dat die hoge vergoedingen niet marktconform zijn. Voor gelijkaardige opdrachten ligt de gemiddelde vergoeding aangeboden door diverse ondernemingen actief in de sector – ook de tm VICT en de tm Belcotex – tussen 0,21 en 0,34 euro per kilogram textielafval, terwijl de tm VICT en de tm Belcotex te dezen een vergoeding van 0,61 euro per kilogram aanbieden. De verwerende partij had een dergelijk groot verschil moeten opmerken.

De verzoekende partij merkt voorts op dat de kans bestaat dat de tm VICT en de tm Belcotex bij hun prijszetting een materiële fout hebben begaan, nu hun offerteprijzen minstens dubbel zo hoog zijn als de prijzen waarmee zij voor andere opdrachten hebben ingeschreven. De verwerende partij had als zorgvuldig aanbestedende overheid een grondig prijsonderzoek moeten voeren met verzoek om een prijsverantwoording.

In het gunningsverslag wordt enkel vermeld dat “de offerte wordt onderworpen aan een prijsonderzoek en prijsvergelijking”. Op basis daarvan kan de verzoekende partij niet uitmaken of er effectief een prijsonderzoek is gebeurd dan wel of die vermelding een loutere stijlformule is. Volgens de verzoekende partij is er in werkelijkheid geen prijsonderzoek geweest.

7.2.2. In een tweede onderdeel doet de verzoekende partij gelden dat noch in de bestreden beslissing noch in het gunningsverslag de redenen zijn terug te vinden waarom de vergoedingen aangeboden door de tm VICT en de tm Belcotex, ondanks hun kennelijk afwijkend karakter, toch als normaal kunnen worden aanvaard.

Subsidiair voert de verzoekende partij aan dat minstens in het administratief dossier een neerslag moet terug te vinden zijn van de motieven waarom de vergoedingen van de tm VICT en de tm Belcotex als normaal werden beschouwd. Uit het administratief dossier moet blijken dat de verwerende partij wel degelijk een deugdelijk prijsonderzoek heeft gevoerd en, nu geen prijsverantwoording werd gevraagd, op grond van welke redenen zij van oordeel was dat de vergoedingen niet abnormaal leken. Indien in het administratief dossier geen enkele neerslag is terug te vinden van het gevoerde prijsonderzoek, zijn de materiële en de formele motiveringsplicht geschonden.

7.2.3. In een derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de offertes van de tm VICT en de tm Belcotex substantieel onregelmatig zijn omwille van het abnormaal karakter van de aangeboden vergoeding.

Indien uit het administratief dossier zou blijken dat er wel degelijk een prijsonderzoek is gebeurd, dan is dit prijsonderzoek in elk geval onzorgvuldig verlopen, aangezien de vergoedingen aangeboden door de tm VICT en de tm Belcotex kennelijk niet marktconform zijn voor het volume dat geraamd wordt in het bestek, dit wil zeggen 826 ton. De enige verklaring voor de hogere vergoeding is dan dat de tm VICT en de tm Belcotex beschikten over meer of andere informatie over het aantal kilo’s die de textielcontainers vandaag opleveren. Die informatie is immers essentieel is voor het bepalen van de

vergoeding. Ofwel is de vermelding van 826 ton in het bestek foutief, ofwel heeft de verwerende partij zich bij het opstellen van het bestek gebaseerd op verkeerde gegevens. Er is volgens de verzoekende partij geen correcte verantwoording mogelijk voor de hoge vergoeding aangeboden door de tm VICT en de tm Belcotex, zodat hun offertes substantieel onregelmatig zijn. De verwerende partij kon deze offertes niet regelmatig verklaren.

8.1. In verband met het eerste onderdeel doet de verwerende partij vooreerst gelden dat er wel degelijk een deugdelijk prijsonderzoek is gevoerd, zoals ook uitdrukkelijk is vermeld in het gunningsverslag. Dat onderzoek heeft niet tot de vaststelling van onregelmatigheden geleid, hetgeen blijkt uit de vermelding in het verslag dat er inzake de materiële regelmatigheid “geen opmerkingen” zijn.

Voorts wijst de verwerende partij op een stuk van het administratief dossier met als opschrift ‘Prijsonderzoek’. Zij merkt bij dat stuk het volgende op:

> “Uit dit stuk blijkt met name dat de verwerende partij op grond van een analyse van de offertes van de verschillende inschrijvers terecht tot de conclusie is kunnen komen dat niet de eenheidsprijzen bepalend zijn voor de prijsverschillen, doch wel het commercieel en operationeel model dat de diverse inschrijvers wensen te hanteren. Dit wegens, onder andere, een hogere frequentie en optimalisatie van de ophaling van het textiel, maar eveneens gelet op bijvoorbeeld het aantal aan te wenden locaties.”

Volgens de verwerende partij blijkt uit de voorstellen van de inschrijvers dat de tm VICT en de tm Belcotex een “ambitieuzer” model hanteren, terwijl de verzoekende partij een “minder ambitieus of conservatiever” model hanteert. Het bestek laat daartoe ruimte aan de inschrijvers, door de inschrijvers de mogelijkheid te geven om bijvoorbeeld, binnen een vork van minima en maxima, het aantal locaties te bepalen waar containers worden geplaatst en om een eigen ophaalschema te bepalen. Daarnaast schatten de tm VICT en de tm Belcotex in dat de hoeveelheid ingezameld textiel per inwoner kan worden geoptimaliseerd.

Volgens de verwerende partij heeft de kern van de zaak dan ook niets te maken met een vermeende abnormaliteit van prijzen, maar wel met een ander commercieel en operationeel model, dat logischerwijze tot andere resultaten kan en zal leiden. Het is logisch dat een ambitieuzer model een inschrijver zal toelaten om een beter prijsvoorstel te doen aan de aanbestedende overheid, met meer punten tot gevolg op het prijscriterium.

De verwerende partij concludeert hierover:

> "De verwerende partij besloot met andere woorden terecht dat meerdere modellen realistisch zijn en het prijsverschil kunnen verklaren. In die zin werd eveneens terecht geoordeeld dat er geen noodzaak bestond om een verder (bijzonder) prijsonderzoek te voeren. De verwerende partij beschikt in dit verband ook over een zeer ruime discretionaire bevoegdheid om te oordelen of sprake is van abnormale prijzen waarbij vastgesteld wordt dat haar beoordeling in elk geval binnen de grenzen van die bevoegdheid valt."

8.2. In verband met het tweede onderdeel voert de verwerende partij aan dat wanneer een aanbestedende overheid in het kader van het prijsonderzoek geen abnormaal lijkende prijzen waarneemt, zij geen extensieve motivering dient op te nemen in het gunningsverslag of het verslag van nazicht. Voor het overige verwijst zij naar het hiervoor genoemde stuk 'Prijsonderzoek' in het administratief dossier.

8.3. In verband met het derde onderdeel voert de verwerende partij aan dat dit steunt op een onjuist uitgangspunt. De verzoekende partij gaat immers uit van een vermoedelijke hoeveelheid op te halen textiel van 826 ton. Het bestek heeft dat volume echter gekwalificeerd als een "louter indicatief" gegeven, en daarbij aangegeven dat dit de hoeveelheid is van het werkingsjaar 2021. Het actuele volume zal afhangen van de werkwijze die een inschrijver hanteert en die te maken heeft met onder meer de frequentie van het aantal ophalingen, het aantal containers enzovoort. Het is uiteindelijk aan de inschrijvers om een eigen commerciële en operationele analyse te maken, op basis van eigen onderzoek. Het zijn de tonnages waarvan de inschrijvers uitgaan die bepalend zijn voor de prijs, niet de vermeende eenheidsprijzen waarnaar de verzoekende partij verwijst.

Daarbij komt dat er in de inventaris geen sprake is van eenheidsprijzen, doch enkel van een (globale) “forfaitaire maandelijkse vergoeding”. De analyse door de verzoekende partij van diverse eenheidsprijzen uit overheidsopdrachten uit het verleden is dan ook niet pertinent. Voorts betwist de verwerende partij de relevantie van die eerdere opdrachten, nu elke opdracht wordt beheerst door een eigen bestek, met eigen bestekvoorwaarden. Aldus kunnen er verschillen zijn in de ophaalfrequentie of in het aantal extra of nieuwe containers die moeten worden aangeschaft. Ook met het geografisch aspect moet rekening gehouden worden. De ene locatie is de andere locatie niet, waardoor de hoeveelheid textiel sterk afhankelijk kan zijn van de regio en de plaats waar de containers worden geplaatst.

8.4. Subsidiair doet de verwerende partij gelden, ten aanzien van de drie onderdelen van het middel, dat de verzoekende partij daarbij geen belang heeft.

In het kader van de voorliggende opdracht dient door de opdrachtnemer immers een vergoeding te worden betaald aan de aanbestedende overheid, welke juridisch-technisch niet gelijkgesteld kan worden met een prijs in de zin van de bepalingen in de regelgeving overheidsopdrachten inzake het prijsonderzoek. In de hypothese dat de verwerende partij het dossier opnieuw zou moeten onderzoeken ingevolge het ernstig bevinden van het voorliggende middel, zou zij niet verplicht zijn om alsnog een prijsonderzoek te voeren. Het middel kan de verzoekende partij dan ook niet tot voordeel strekken.

9.1. De tussenkomende partijen betwisten in de eerste plaats de ontvankelijkheid van het middel, wegens gebrek aan belang voor de verzoekende partij.

Ook zij wijzen erop dat de “forfaitaire vergoeding per maand” niet kan worden gekwalificeerd als een prijs in de zin van artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De voornoemde bepalingen zijn niet van toepassing, zodat de verwerende partij geen prijsonderzoek moest verrichten. De aangevoerde onwettigheid kan niet leiden tot een herbeoordeling van de offertes,

zodat de rangschikking daardoor niet kan worden beïnvloed. Het enige wat de verwerende partij na een eventuele schorsing zou kunnen doen, is geen prijsonderzoek meer voeren.

9.2. In verband met het eerste onderdeel herhalen de tussenkomende partijen dat de “forfaitaire vergoeding per maand” geen prijs is in de zin van de artikel 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zij is met andere woorden geen prijs die abnormaal hoog of laag kan zijn. Een prijsonderzoek was dus niet vereist.

Indien de Raad van State zou oordelen dat het toch om een prijs in die zin van de voornoemde bepalingen gaat, dan voeren de tussenkomende partijen aan dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij wel degelijk een prijsonderzoek heeft gevoerd.

9.3. In verband met het tweede onderdeel voeren de tussenkomende partijen aan dat, als bij het algemeen prijsonderzoek geen bijzondere problemen rijzen, geen motivering in extenso in het gunningsverslag of de gunningsbeslissing is vereist. Het is dan voldoende dat het gevoerde prijsonderzoek zijn neerslag vindt in het administratief dossier, wat te dezen het geval is.

9.4. In verband met het derde onderdeel doen de tussenkomende partijen vooreerst gelden dat, nu de vergoeding die zij zullen betalen aan de aanbestedende overheid geen prijs is in de zin van de wetgeving overheidsopdrachten, die vergoeding niet abnormaal kan zijn in de zin van dezelfde wetgeving.

Zij voeren voorts aan dat de prijs die zij hebben aangeboden wel degelijk marktconform is. Het bestek vermeldt het aantal inwoners en het volume ingezameld textiel in 2021. De inschrijvers zijn niet verplicht om hun prijsbepaling te steunen op de vermoedelijke hoeveelheid van 826 ton. De door de verzoekende partij berekende vergoeding van 0,61 euro/kg is bijgevolg foutief, aangezien hun berekening steunt op de vermoedelijke hoeveelheid van 826 ton, terwijl de tussenkomende partijen hun prijs bepaald hebben op basis van hun

eigen kennis en ervaring van de betrokken markt. De aangeboden vergoeding is derhalve niet abnormaal en de offerte van de tussenkomende partijen is niet substantieel onregelmatig.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

10. In de drie onderdelen van het eerste middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat er te dezen geen deugdelijk prijsonderzoek is gevoerd.

Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partijen werpen op dat, aangezien het te dezen gaat om een opdracht waarbij de inschrijvers een forfaitaire vergoeding aan de aanbestedende overheid dienen te betalen, er geen sprake is van een ‘prijs’ in de zin van de bepalingen inzake het prijsonderzoek. Volgens hen diende er dan ook helemaal geen prijsonderzoek te worden gevoerd, en heeft de verzoekende partij bijgevolg geen belang bij het middel.

11. Ter zitting heeft de Raad van State de vraag gesteld of het, in de optiek van de verwerende partij en de tussenkomende partijen, niet veeleer om een concessie dan om een overheidsopdracht gaat.

Uit de antwoorden van de partijen blijkt dat zij het allen erover eens zijn dat het wel degelijk gaat om een overheidsopdracht. De Raad van State acht het dan ook niet nodig om thans, in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, nader op deze kwestie in te gaan. Voor de beoordeling van de voorliggende vordering zal hij uitgaan van de kwalificatie die in het bestek is gegeven, namelijk als overheidsopdracht.

12. Overeenkomstig het bestek dienen de inschrijvers voor perceel 1 van de opdracht een ‘negatieve’ prijs op te geven, die bestaat uit de forfaitaire vergoeding per maand die de inschrijver aan de aanbestedende overheid zal betalen, als vergoeding voor de economische waarde van het door hem in te zamelen textiel.

Noch in artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, noch in de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit 2017, bepalingen die alle

betrekking hebben op het door de aanbestedende overheid te voeren prijs- of kostenonderzoek, wordt een onderscheid gemaakt tussen gewone prijzen en ‘negatieve’ prijzen. Met name wordt niet voorzien in enige vrijstelling van de verplichting om een prijs- of kostenonderzoek te voeren voor zogenaamde ‘negatieve’ prijzen.

Het voeren van een prijsonderzoek bij ‘negatieve’ prijzen strookt ook met het doel van de regeling inzake de controle op abnormale prijzen. Dat doel is tweeledig: enerzijds, de bescherming van de aanbestedende dienst, door hem in staat te stellen zich ervan te vergewissen dat de door de inschrijvers geboden prijs het werkelijk mogelijk maakt om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het bijzonder bestek en elke speculatie ten koste van de fundamentele belangen van de aanbestedende dienst en de overheidsgelden uit te sluiten; anderzijds, de bescherming van de vereisten van een gezonde mededinging, door te vermijden dat de aanbestedende dienst gedragingen zou goedkeuren die in strijd zijn met een gezonde mededinging en dat overheidsopdrachten uiteindelijk gegund zouden worden aan inschrijvers die spotprijzen hebben ingediend en die daardoor het normale spel van de mededinging hebben verstoord. Een abnormaal ‘negatieve’ prijs of een abnormaal hoge vergoeding houdt evenzeer het risico in dat de inschrijver de opdracht niet op een rendabele wijze kan uitvoeren en dat hij zal kiezen voor een zo goedkoop mogelijke en eventueel zelfs een niet-bestekconforme uitvoeringswijze. Voorts geldt ook bij een ‘negatieve’ prijs de regel dat een offerte substantieel onregelmatig is wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden of tot concurrentievervalsing te leiden (artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017).

Ten slotte lijkt de aanbestedende overheid ook in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel ertoe gehouden een prijsonderzoek te voeren, zelfs wanneer er sprake is van ‘negatieve’ prijzen. Een aanbestedende overheid die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is immers ertoe gehouden om de regelmatigheid van de offertes na te gaan, en een van de vereisten voor de regelmatigheid van een offerte is dat zij geen abnormale prijzen bevat.

13. Er lijkt aldus op het eerste gezicht geen reden te zijn om aan te nemen dat te dezen door de aanbestedende overheid geen prijsonderzoek moest worden gevoerd. De verzoekende partij heeft belang bij haar middel.

De exceptie is niet ernstig.

Eerste onderdeel

14. In het eerste onderdeel wordt aangevoerd dat er geen prijsonderzoek is geweest.

In het gunningsverslag wordt bij de “controle van de materiële regelmatigheid van de offertes” vooreerst algemeen vermeld wat de verwerende partij dient te onderzoeken. In dat verband wordt gesteld dat “de offerte […] wordt onderworpen aan een prijsonderzoek en een prijsvergelijking”. Daarna wordt besloten dat er “geen opmerkingen” zijn in verband met de materiële regelmatigheid van de offertes. Uit die vermeldingen kon de verzoekende partij niet afleiden dat er effectief een prijsonderzoek is geweest.

In het door de verwerende partij neergelegde administratief dossier komt evenwel een stuk voor, onder het opschrift ‘Prijsonderzoek’, waarin beschreven wordt hoe het prijsonderzoek is gevoerd. Op de inhoud van dat stuk wordt hierna verder ingegaan (zie overwegingen 21-22). Gelet op het bestaan van dit stuk, moet voorshands aangenomen worden dat er wel degelijk een algemeen prijsonderzoek is geweest, in de zin van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De Raad van State merkt overigens op dat uit het administratief dossier niet blijkt dat er een bevraging is geweest, in het kader van een bijzonder prijsonderzoek als bedoeld in artikel 36 van het voornoemde koninklijk besluit.

15. Nu er wel degelijk een prijsonderzoek is geweest, is het eerste onderdeel niet ernstig.

Tweede onderdeel

16. In het tweede onderdeel wordt aangevoerd dat noch uit de bestreden beslissing noch uit het gunningsverslag de redenen blijken op grond waarvan de verwerende partij heeft geoordeeld dat de prijzen van de tm VICT en de tm Belcotex, ondanks hun kennelijk afwijkend karakter ten opzichte van de prijzen van de twee andere inschrijvers, toch als normaal kunnen worden beschouwd.

17. In dit verband herinnert de Raad van State eraan dat indien een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, de formelemotiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Op grond van de materiëlemotiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit het dossier te blijken.

18. In zoverre kan worden aangenomen, wat hierna bij het derde onderdeel zal worden onderzocht, dat er bij het regelmatigheidsonderzoek geen bijzondere problemen zijn gerezen inzake het normaal karakter van de door de tm VICT en de tm Belcotex aangeboden prijzen, zoals de verwerende partij te dezen van oordeel was, diende zij dat oordeel niet nader formeel te motiveren. In zoverre het tweede onderdeel steunt op een gebrek aan formele motivering, is het niet ernstig.

Zoals hiervoor is aangegeven, bevat het stuk ‘Prijsonderzoek’ een beschrijving van het gevoerde prijsonderzoek. Daarin kunnen de redenen worden teruggevonden die de verwerende partij ertoe gebracht hebben om de door de tm VICT en de tm Belcotex aangeboden prijzen niet als abnormaal te

beschouwen. Onder voorbehoud van een nader onderzoek van die redenen, dat het voorwerp uitmaakt van het derde onderdeel, dient voorshands dan ook aangenomen te worden dat het administratief dossier de vereiste materiële motivering bevat. Ook in zoverre is het tweede onderdeel niet ernstig.

Derde onderdeel

19. In het derde onderdeel betwist de verzoekende partij de inhoud zelf van de beoordeling van de verwerende partij volgens welke de door de tm VICT en de tm Belcotex aangeboden prijzen niet abnormaal zijn.

In het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 moet de aanbestedende overheid nagaan of de in de offertes aangeboden prijzen abnormaal lijken, met andere woorden of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal zouden kunnen zijn. Dat kan met name het geval zijn wanneer de in een offerte aangeboden prijs aanmerkelijk hoger of lager is dan de prijs van de andere offertes of dan de gebruikelijke marktprijs. In het kader van dit onderzoek kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken. Indien de ingediende offertes geen aanwijzing van een abnormale prijs bevatten, en de prijzen dus niet abnormaal hoog of laag lijken, mag de aanbestedende overheid doorgaan met de beoordeling van de inschrijvingen en de procedure tot gunning van de opdracht.

Indien daarentegen uit het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen worden aangeboden die wel abnormaal laag of hoog lijken, met andere woorden indien er wel aanwijzingen bestaan dat een offerte abnormaal hoog of laag zou kunnen zijn, moet de aanbestedende overheid met toepassing van artikel 36 van het voornoemde besluit die prijzen nader onderzoeken om zich ervan te vergewissen dat dit niet het geval is. Te dien einde moet zij de betrokken inschrijver overeenkomstig artikel 36, §§ 1 en 2, bevragen en hem de mogelijkheid bieden om uiteen te zetten waarom zijn prijzen volgens hem niet abnormaal hoog of laag zijn. Overeenkomstig artikel 36, § 3, moet de aanbestedende overheid de ontvangen verantwoordingen vervolgens beoordelen

en bepalen of het betrokken totale offertebedrag of het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont, in welk geval zij de offerte moet weren omwille van de substantiële onregelmatigheid ervan.

20. Zoals de verzoekende partij opmerkt, is er te dezen een belangrijk verschil tussen de prijzen die voor perceel 1 worden aangeboden: de tm Belcotex biedt 1.001.976 euro aan, de tm VICT 1.000.000 euro, de niet-geselecteerde inschrijver 567.984 euro en de verzoekende partij 396.000 euro (prijzen exclusief btw). Het valt bovendien op dat er nauwelijks een verschil is tussen de prijzen aangeboden door de tm VICT en de tm Belcotex. Volgens de verzoekende partij komt dit laatste doordat er feitelijke banden bestaan tussen die twee groepen ondernemingen, wat een plausibele verklaring lijkt.

Uitgaande van een op te halen hoeveelheid textiel van 826 ton per jaar, berekent de verzoekende partij bovendien dat de tm Belcotex en de tm VICT een prijs aanbieden die neerkomt op 0,61 euro per kg. Die prijs ligt volgens de verzoekende partij veel hoger dan de prijzen die de tm Belcotex en de tm VICT voor gelijkaardige opdrachten hebben geboden (tussen 0,22 en 0,31 euro per kg) en dan de prijzen die de verzoekende partij en de vierde inschrijver voor die opdrachten hebben geboden (tussen 0,21 en 0,34 euro per kg). Volgens de verzoekende partij blijkt uit deze vergelijkingen dat de door de tm VICT en de tm Belcotex aangeboden prijzen dubbel zo hoog zijn als de gangbare marktprijzen.

Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partijen benadrukken dat het in het bestek genoemde volume van 826 ton per jaar een louter indicatieve hoeveelheid is, gebaseerd op de inzameling van textiel in 2021, en dat de inschrijvers mogen uitgaan van een ander volume, op grond van hun eigen commerciële en operationele analyse van de betrokken markt. De Raad van State ziet echter niet in waarom het in het bestek vermelde volume niet als uitgangspunt genomen zou moeten worden voor de beoordeling van het normaal karakter van de offerteprijzen. Het is best mogelijk dat een inschrijver op grond van een eigen analyse van oordeel is dat het volume ingezameld textiel hoger zal zijn, maar dat is dan een element dat eventueel zou kunnen verklaren waarom die inschrijver een hogere prijs aanbiedt dan de inschrijvers die zijn uitgegaan van het in het bestek vermelde volume. *A priori* lijkt de verwerende partij moeilijk te

kunnen uitgaan van een ander volume dan het volume dat zij zelf heeft vermeld, als overheid gespecialiseerd in afvalbeheer, en dat zij als zodanig aan de inschrijvers ter kennis heeft gebracht.

Op grond van de voornoemde gegevens neemt de Raad van State voorshands aan, met de verzoekende partij, dat de door de tm VICT en de tm Belcotex aangeboden prijzen aanmerkelijk hoger zijn dan de prijzen aangeboden door de niet-geselecteerde inschrijver en door de verzoekende partij, en op het eerste gezicht ook aanmerkelijk hoger zijn dan de gebruikelijke marktprijs. Aldus lijkt het dossier aanwijzingen te bevatten dat de door de tm VICT en de tm Belcotex aangeboden prijzen abnormaal hoog zouden kunnen zijn. Die aanwijzingen lijken de aandacht van de verwerende partij te hebben moeten trekken en haar ertoe te moeten brengen om zich ervan te vergewissen dat de door de tm VICT en de tm Belcotex aangeboden prijzen niet abnormaal hoog waren.

21. Het administratief dossier bevat, zoals gezegd, een stuk met als opschrift ‘Prijsonderzoek’. Dat document luidt in substantie, wat perceel 1 betreft, als volgt:

> “In het kader van de procedure van aanbesteding werd overgegaan tot het verplicht prijs- en kostenonderzoek.
> Er wordt nagegaan of de betrokken inschrijvers een normale prijs hebben aangeboden.
> Een normale prijs is een prijs die de potentiële opdrachtnemer toelaat om, na aftrek van al zijn kosten, een redelijke winstmarge over te houden.
> Voor perceel 1 wordt onder ‘prijs’ verstaan, de prijs die de inschrijver zal betalen aan IVAGO.
> Er werden 3 regelmatige offertes ontvangen.
> […]
> Het prijsonderzoek wordt gevoerd wat betreft perceel 1.
> Op basis van de vermeldingen in de respectieve offertes kan worden gesteld dat niet de eenheidsprijzen bepalend zijn voor het prijsverschil, maar wel het commercieel en operationeel model dat de diverse inschrijvers voor ogen hebben.
> Meer bepaald geven de hoogste aanbieders aan dat ze niet alleen het aantal locaties, maar ook het aantal containers en de ophaaldagen maximaal willen benutten.

> Zij schatten ook in dat de hoeveelheid ingezameld textiel per inwoner kan worden geoptimaliseerd en zij verwachten een hogere prijs te bekomen van hun verwerkers.
> De inschrijvers met de hoogst aangeboden prijs gaan uit van een ambitieus plan van aanpak, een strategische keuze van locaties op openbaar domein en een selectie van locaties op publiek toegankelijk privéterrein waarmee in het verleden reeds werd samengewerkt.
> De inschrijver met de laagst aangeboden prijs gaat uit van een eerder conservatieve inschatting van de mogelijkheden tot inzameling en ophaling, voorziet geen optimalisatie van de in het verleden toegepaste werkwijze en een beperkt aantal locaties.
> Beide operationele en commerciële modellen van inzameling en verwerking zijn realistisch en worden correct onderbouwd door de betrokken inschrijvers.
> Het prijsverschil wordt aldus niet abnormaal beschouwd en er is geen bijkomende toelichting door de betrokken inschrijvers noodzakelijk."

Uit dit stuk blijkt dat de verwerende partij zich wel degelijk bewust was van het prijsverschil tussen de onderscheiden offertes, en dat zij ook op zoek gegaan is naar een verklaring die haar eventueel kon toelaten om over dat prijsverschil heen te stappen. Zij heeft de verklaring voor de hogere prijzen van de tm VICT en de tm Belcotex gevonden in het feit dat deze inschrijvers een ambitieus operationeel en commercieel model hanteren, waarbij zij het aantal locaties, het aantal containers en de ophaaldagen maximaal willen benutten, zodat zij het volume ingezameld textiel per inwoner kunnen optimaliseren. De verwerende partij overweegt ook dat de voornoemde inschrijvers verwachten een hogere prijs te kunnen krijgen van hun verwerkers.

22. Gesteld tegenover de aanzienlijke verschillen tussen de prijzen van de tm VICT en de tm Belcotex, enerzijds, en de prijzen van de andere inschrijvers en de op het eerste gezicht gebruikelijke marktprijs, anderzijds, lijkt een concrete, cijfermatige analyse verwacht te mogen worden, ter verantwoording van die verschillen. Met name lijkt van een zorgvuldige aanbestedende overheid verwacht te kunnen worden dat zij zich ervan vergewist dat de door de betrokken inschrijvers in het vooruitzicht gestelde "optimalisatie" van de hoeveelheid ingezameld textiel per inwoner realistisch is, gelet op de concrete kenmerken van het betrokken gebied, en dat ook de door hen verwachte prijs waartegen zij het ingezamelde textiel kunnen aanbieden aan verwerkers, realistisch is.

Noch uit het stuk ‘Prijsonderzoek’ noch uit enig ander stuk van het administratief dossier blijkt echter dat de verwerende partij heeft gesteund op enige concrete becijfering terzake. In zoverre de offertes van de tm VICT en de tm Belcotex niet in de nodige cijfermatige onderbouwing voorzagen, had zij hen om nadere inlichtingen of zelfs om een prijsverantwoording kunnen verzoeken; dat is niet gebeurd.

Ter terechtzitting verschaffen de tussenkomende partijen wel uitleg bij de uitgangspunten van hun offerte. Die uitleg *a posteriori* kan de leemtes in het administratief dossier evenwel niet goedmaken. Het volstaat ook niet dat de tussenkomende partijen een uitleg geven: het staat aan de verwerende partij om die uitleg met de nodige zorg te onderzoeken en onder meer op haar realiteitsgehalte te beoordelen.

Het administratief dossier doet aldus niet blijken van afdoende redenen op grond waarvan de verwerende partij heeft geoordeeld dat de door de tm VICT en de tm Belcotex aangeboden prijzen niet abnormaal zijn. Het prijsonderzoek lijkt niet met de nodige zorgvuldigheid te zijn gevoerd.

23. Het derde onderdeel is in de besproken mate ernstig.

VIII. Besluit

24. Het derde onderdeel van het eerste middel is in de besproken mate ernstig gebleken. Zonder dat het nodig is het tweede en het derde middel te onderzoeken, wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dan ook ingewilligd.

IX. Kosten

25. Het is passend, gelet op de ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Vlaams Inzamel Centrum Textiel (V.I.C.T.), de bv Victrans en de nv Recutex, samen vormend een tijdelijke maatschap, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de raad van bestuur van de Intergemeentelijke Vereniging voor Afvalbeheer in Gent en Omstreken (IVAGO) van 29 maart 2023 om de opdracht met als voorwerp 'Inzameling, herbestemming en verwerking van textiel via containers op standplaatsen en recyclageparken in het werkingsgebied van IVAGO – perceel 1 (Inzameling, herbestemming en verwerking van textiel via containers op de door de opdrachtnemer te kiezen locaties op publiek domein en op publiek toegankelijk privéterrein, in respectievelijk Gent (1a) en Destelbergen (1b))' te gunnen aan de tijdelijke maatschap bestaande uit de bv Vlaams Inzamel Centrum Textiel (V.I.C.T.), de bv Victrans en de nv Recutex.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftien mei tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Paul Lemmens**