

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 260.322 van 28 juni 2024
in de zaak A. 231.998/XII-8973**

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

tegen :

 het VLAAMSE GEWEST
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Jens Debièvre en Anton De Weerd
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Havenlaan 86 C/113b
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 november 2020, strekt tot de nietigverklaring van:

- de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer van 15 september 2020 waarbij “perceel 6 – E17 Midden” van de opdracht “Project F.A.S.T. Incidentafhandeling op de autosnelwegen in [de] Provincie Oost-Vlaanderen, op [de] autosnelweg[en] A10 (E40), A14 (E17), A11 (E34) en R4, Takelen en afvoeren van voertuigen met Maximaal Toegelaten Massa (MTM) <3,5 ton” wordt gegund aan de bvba D.G. en de offerte van de nv D.D.G. als onregelmatig wordt geweerd, en de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv D.D.G.;
- de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer van 15 september 2020 waarbij “perceel 7 – E17 Noord” van de opdracht “Project F.A.S.T. Incidentafhandeling op de autosnelwegen in [de] Provincie Oost-Vlaanderen, op [de] autosnelweg[en] A10 (E40), A14 (E17), A11 (E34) en R4. Takelen en

afvoeren van voertuigen met Maximaal Toegelaten Massa (MTM) <3,5 ton” wordt gegund aan de bvba D.G.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 248.872 van 10 november 2020 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie met verzoek tot voortzetting van het geding ingediend. Ook de verzoekende partij heeft een laatste memorie met verzoek tot voortzetting van het geding ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 april 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Jens Debièvre en Anton De Weerd, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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. Het Vlaamse Gewest, agentschap Wegen en Verkeer, schrijft een overheidsopdracht uit voor het sluiten van een raamovereenkomst voor incidentafhandeling op de autosnelwegen in de provincie Oost-Vlaanderen. De opdracht kadert in het project FAST, “Files Aanpakken door Snelle Tussenkoms”.

De opdracht bestaat in het takelen van voertuigen en het signaleren van verkeersbelemmeringen op de autosnelwegen E40, E17, E34 en R4. Ze heeft enkel betrekking op voertuigen met een maximaal toegelaten massa (MTM) $\leq$ 3,5 ton.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 maart 2020 en het Europees Publicatieblad van 17 maart 2020.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek 1M3D8H/20/8-X40/D400/65, ‘Project F.A.S.T. Incidentafhandeling op de autosnelwegen in Provincie Oost-Vlaanderen, op autosnelweg A10 (E40), A14 (E17), A11 (E34) en R4. Takelen en afvoeren van voertuigen met Maximaal Toegelaten Massa (MTM $\leq$ 3,5 ton)’.

3.2.1. Onder punt 1, ‘Algemeen’, wordt bepaald dat de inschrijvers door het indienen van een offerte onvoorwaardelijk de inhoud van de opdracht-documenten aanvaarden. Het bestek vervolgt:

“Indien een inschrijver in verband met de inhoud van de opdracht-documenten rechtmatigheidsbezwaren heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende brief uiterlijk tien kalenderdagen voor de uiterste indieningsdatum van de offertes bekend te maken aan de aanbestedende overheid met omschrijving van de redenen.”

3.2.2. De opdracht bestaat uit negen percelen, die elk een verschillend actiegebied bestrijken. Het voorliggende beroep heeft betrekking op twee percelen, namelijk perceel 6, ‘E17 Midden’, en perceel 7, ‘E17 Noord’.

3.2.3. De opdracht wordt gegund voor één kalenderjaar en is tot driemaal verlengbaar met telkens één kalenderjaar.

3.2.4. De opdracht wordt gegund door middel van een openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs.

Onder punt 2.1 van het bestek, ‘Administratieve voorschriften bij toepassing van de wet van 17.06.2016 inzake overheidsopdrachten [...]’, wordt daarover het volgende bepaald:

“Art. 81. Gunning

De economisch meest voordelige offertes worden vastgesteld op basis van de prijs (kortingspercentage dat geldt op alle posten behalve op [posten] 8, 9, 10 en 11.
[...])”

Onder punt 2.2, ‘Administratieve voorschriften bij toepassing van het koninklijk besluit van 18.04.2017 inzake plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren [...]’, wordt ook nog het volgende bepaald:

“Art. 25. Prijsweergave

De maximale prijs per type takeling werd door de aanbestedende overheid opgenomen in de inventaris. Door in te schrijven op deze opdracht verklaart elke inschrijver zich akkoord om de takelingen voor de opgegeven prijzen uit te voeren.

De inschrijvers kunnen per perceel één globaal kortingspercentage aanbieden (dit kortingspercentage geldt niet op [posten] 8, 9, 10 en 11). Het indienen van een kortingspercentage bij samenvoeging van de percelen is niet toegestaan. De inschrijver bepaalt per perceel zijn eventuele kortingspercentage (prijzen excl. btw) ten opzichte van de eenheidsprijzen opgenomen in de inventaris.

De opgenomen eenheidsprijzen zijn gebaseerd op indicatieve hoeveelheden (IH). Deze indicatieve hoeveelheden zijn door de aanbestedende overheid bepaald op grond van historische gegevens (van het aantal takelingen dat tijdens de voorbije jaren werd uitgevoerd) en bieden bijgevolg geen enkele garantie inzake het aantal takelingen dat via de voorliggende raamovereenkomst effectief zal worden uitgevoerd. De dienstverlener heeft

geen enkel recht op de uitvoering van een minimaal aantal prestaties. Ze geven de inschrijver ook geen enkel recht op extra vergoedingen bij het niet halen van deze hoeveelheden of het overschrijden ervan.

De eenheidsprijzen opgenomen in de inventaris, en de eventuele kortingspercentages uit de offerte, zijn vast. Dit betekent dat de dienstverlener geen verrekeningen, schadevergoedingen of elke andere vorm van tegemoetkoming kan eisen ingeval de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden afwijken van de indicatieve hoeveelheden uit de inventaris.

Art. 26. Prijsvaststelling

Deze opdracht is een opdracht tegen prijslijst.”

3.2.5. Onder punt 3.4, ‘Omschrijving der posten’, wordt voor elk van de 15 posten die opgenomen zijn in de inventaris, een omschrijving gegeven.

3.2.6. Bijlage 4.2, ‘Inventaris’, bevat voor elk van de negen percelen een afzonderlijke inventaris. Op elke inventaris worden bij de meeste posten telkens drie subposten met afzonderlijke tarieven (1, 2 en 3) opgegeven, naargelang het tijdvak (dag van de week en uren van de dag) van de oproep.

De inventaris voor perceel 6 bevat in totaal 46 posten of onderverdelingen van posten. Bij wijze van voorbeeld worden post 1 met zijn drie subposten hieronder weergegeven:

Post nr.	Basisposten met in te schrijven prijs. Voor de volledige beschrijving van de posten wordt verwezen naar hoofdstuk III van dit bestek	Aard	Eenheid	Aantal	Eenheidsprijs
1	1.A. Takeling Type I; een NIET ongevalsvoertuig; (forfaitaire duur van de takeling van 30 min.). Volgens de beschrijving in Hoofdstuk III deel 3.4 POST 1 van dit bestek. Oproep in een tijdvak passend bij tarief 1.	IH	stuk	40	€ 135,00
	1.B. Takeling Type I; een NIET ongevalsvoertuig; (forfaitaire duur van de takeling van 30 min.). Volgens de beschrijving in Hoofdstuk III deel 3.4 POST 1 van dit bestek. Oproep in een tijdvak passend bij tarief 2.	IH	Stuk	20	€ 165,00
	1.C. Takeling Type I; een NIET ongevalsvoertuig; (forfaitaire duur van de takeling van 30 min.). Volgens de beschrijving in Hoofdstuk III deel 3.4 POST 1 van dit bestek.	IH	Stuk	20	€ 190,00

	Oproep in een tijdvak passend bij tarief 3.				
--	---	--	--	--	--

3.3. Op 2 juni 2020 vindt de openingszitting plaats.

Voor perceel 6 werden drie offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partij. Met een afzonderlijk document schrijft zij dat zij inschrijft onder een aantal voorwaarden waaronder zij de opdracht zou uitvoeren. Die voorwaarden hebben onder meer betrekking op het ophalen van dieren en het bewaren van kadavers.

Voor perceel 7 werden twee offertes ingediend. De verzoekende partij heeft geen offerte ingediend.

3.4. Op 1 september 2020 worden gunningsverslagen opgemaakt, onder meer voor de percelen 6 en 7.

3.4.1. In het gunningsverslag over perceel 6 wordt geconcludeerd dat de drie inschrijvers geselecteerd worden.

In verband met de regelmatigheid van de offertes is onder punt 4.3, ‘Technische conformiteit’, de volgende tabel opgenomen:

[D.L.]	OK
[D.G.]	OK
[D.D.G.]	De inschrijver stelt bepaalde eenzijdige voorwaarden onder dewelke zij slechts de overeenkomst willen uitvoeren. Deze handeling is niet toegelaten binnen deze procedure. De offerte wordt substantieel onregelmatig verklaard.

Na rangschikking van de twee regelmatig verklaarde offertes, wordt voorgesteld om de opdracht voor dit perceel te gunnen aan D.G.

3.4.2. In het gunningsverslag over perceel 7 worden de twee inschrijvers geselecteerd, maar wordt één van de offertes substantieel onregelmatig verklaard. Er wordt voorgesteld om de opdracht voor dit perceel te gunnen aan de enige inschrijver wiens offerte regelmatig is, D.G.

3.5. Met afzonderlijke beslissingen van 15 september 2020 beslist de administrateur-generaal van de verwerende partij om zowel perceel 6 als perceel 7 van de opdracht te gunnen aan D.G.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

3.6. De verzoekende partij stelt tegen die beslissingen een vordering in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Met arrest nr. 248.872 van 10 november 2020 verklaart de Raad van State de vordering onontvankelijk in zoverre ze gericht is tegen de impliciete beslissing om perceel 6 van de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij en tegen de beslissing om perceel 7 van de opdracht te gunnen aan D.G. In zoverre de vordering gericht is tegen de beslissing om perceel 6 van de opdracht te gunnen aan D.G. en de offerte van de verzoekende partij voor dit perceel als onregelmatig te weren, wordt de vordering verworpen omdat geen van de middelen ernstig is gebleken.

3.7. Tegen de beslissing in verband met de gunning van perceel 7 van de opdracht aan D.G. wordt ook een beroep tot vernietiging ingesteld door de inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard. Dit beroep, op de rol ingeschreven onder nummer A. 232.275/XII-8992, is nog aanhangig.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Bij haar laatste memorie voegt de verwerende partij een nieuw stuk 10. De verzoekende partij vraagt dat dit stuk uit de debatten geweerd zou worden.

Op deze vraag wordt hierna ingegaan, bij de bespreking van het eerste middel (zie overweging 32).

V. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Belang van de verzoekende partij

Gunningsbeslissing inzake perceel 7

5.1. In zoverre het beroep gericht is tegen de gunningsbeslissing inzake perceel 7, werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit het gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij.

5.2. Met de verwerende partij stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij voor perceel 7 geen offerte blijkt te hebben ingediend, en dat zij niet aanvoert dat het bestek het haar onmogelijk maakte om dit te doen.

In de memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij aan dat haar middelen erop gericht zijn om aan te tonen dat de gekozen inschrijver onmogelijk geselecteerd kon worden. De verwerende partij zou met name haar eigen bestekvoorschriften miskend hebben. De verzoekende partij voert aan dat zij wel degelijk een belang heeft bij het aanvechten van een beslissing die een concurrentieel voordeel aan de gekozen inschrijver verleent.

Het enkele feit dat de verwerende partij de bestekbepalingen zou hebben miskend bij het nemen van een beslissing die betrekking heeft op een perceel waarvoor de verzoekende partij geen offerte heeft ingediend, toont echter geenszins het vereiste belang aan in hoofde van de verzoekende partij. Het belang, dat persoonlijk en rechtstreeks moet zijn, kan niet slechts bestaan in de voldoening die een verzoeker eventueel zou putten uit het feit dat de onwettigheid van de bestreden beslissing wordt vastgesteld. Evenmin toont de verzoekende partij aan hoe met de bestreden beslissing over perceel 7 aan de gekozen inschrijver een concurrentieel voordeel zou zijn toegekend, gelet op het feit dat de verzoekende partij zelf besliste om voor dat perceel geen offerte in te dienen.

5.3. De exceptie is gegrond.

De middelen worden hierna enkel onderzocht in zoverre ze betrekking hebben op perceel 6 van de opdracht.

Beslissing om de offerte van de verzoekende partij voor perceel 6 te weren en gunningsbeslissing inzake perceel 6

6.1. Ook in zoverre het beroep gericht is tegen de beslissing om de offerte van de verzoekende partij voor perceel 6 te weren en de beslissing om perceel 6 te gunnen aan de gekozen inschrijver, werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid op, die eveneens afgeleid is uit het ontbreken van een belang. Volgens de verwerende partij beschikt de verzoekende partij niet over het vereiste belang om de gunningsbeslissing aan te vechten aangezien haar offerte onregelmatig werd verklaard. De verzoekende partij laat na aan te tonen dat haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard, en zij is ook niet in staat om aan te tonen dat de opdracht wat perceel 6 betreft aan geen enkele inschrijver gegund mocht worden.

6.2. In zoverre het beroep gericht is tegen de beslissing om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te weren, heeft die partij kennelijk een belang daarbij.

6.3. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, heeft in principe geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Minstens het eerste van de aangevoerde middelen strekt er precies toe om dit laatste aan te tonen. In dat middel voert de verzoekende partij de onwettigheid van het bestek aan, alsmede van alle beslissingen die op dit bestek zijn gesteund.

Indien dit middel gegrond wordt bevonden, volgt daaruit dat perceel 6 van de opdracht aan geen van de inschrijvers rechtsgeldig kon worden toegewezen.

6.4. De exceptie kan niet aangenomen worden.

B. Impliciete weigeringsbeslissing

7.1. De verwerende partij werpt ten slotte een exceptie van onontvankelijkheid van het beroep op, in zoverre dit gericht is tegen de impliciete beslissing om perceel 6 van de opdracht niet aan haar te gunnen. Volgens de verwerende partij toont de verzoekende partij niet aan dat zij hiervoor een regelmatige offerte indiende, laat staan dat zij hard kan maken dat zij als eerste gerangschikte inschrijver de opdracht toebedeeld moest krijgen.

7.2. De bijzondere jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van de impliciete weigering om een opdracht aan een verzoekende partij te gunnen, dient voor uitzonderlijke gevallen voorbehouden te blijven. Het is daarbij vereist dat de verzoekende partij aantoont dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid om de opdracht aan haar te gunnen.

De verzoekende partij maakt te dezen niet aannemelijk dat zulke uitzonderlijke omstandigheden voorhanden zijn.

De exceptie is gegrond.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

8. In het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de

uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de artikelen 4, 5, § 1, en 84 van de wet 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 36, 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel VI.104 van het Wetboek Economisch Recht, de formele en de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel (*patere legem quam ipse fecisti*) en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat de bestreden beslissing gesteund is op een bestek dat de eenheidsprijzen in de inventaris reeds vastlegt, waarbij [het] de inschrijver niet is toegestaan om een supplement toe te rekenen. Het is enkel mogelijk een korting aan te bieden.

Terwijl de vaste tarieven die worden opgelegd, identiek zijn aan de tarieven die in het bestek van 2013 golden en die dus ontoereikend zijn om een normale duurzame werking van de ondernemingen te verzekeren in het kader van de dienstverlening voor de voorliggende opdracht. De opgelegde tarieven houden geen rekening met de bijkomende kosten die voortvloeien uit indexering van de lonen, stijging van kosten, bijkomende taken die moeten worden uitgevoerd die vroeger niet opgelegd werden (o.a. zorg voor aangereden dieren en kadavers) en voor de complexiteit van de incidentafhandeling met de opkomst van de elektrische wagens.

De opgelegde tarieven stemmen overeen met een prijs die de normale mededingingsvoorwaarden verteken[t]: zij dwingen de inschrijver om te werken aan een abnormaal lage prijs die geen normale en duurzame rentabiliteit toelaat. De inschrijvers worden gedwongen om te verkopen met verlies wat een oneerlijke marktpraktijk uitmaakt. Dergelijk handelen is foutief en schendt de zorgvuldigheidsplicht in hoofde van het bestuur.

De aanbesteder heeft nagelaten om een correct prijsonderzoek te voeren en levert niet het bewijs dat hij voorafgaand heeft onderzocht of de opgelegde tarieven toelaten om de opdracht met een normale en duurzame rentabiliteit uit te voeren. Dit is geen voorzichtig bestuur. Wanneer de opdrachtgever de inschrijver verplicht om met de vastgestelde tarieven of korting daarop in te schrijven, dan verplicht hij de inschrijver om met een abnormaal lage prijs in te schrijven. Dit staat haaks op de verplichting in hoofde van de opdrachtgever om elke blijkbaar abnormale prijs in een offerte te onderzoeken en om [een] offerte met effectief abnormale prijzen substantieel onregelmatig te verklaren.

Elke opmerking die een inschrijver hieromtrent maakt wordt door de aanbesteder als een ontoelaatbaar voorbehoud gezien met wering van de offerte als – onterecht – gevolg. Ook dit handelen van de opdrachtgever is onzorgvuldig.

Zodat het bestek onwettig is en elke gunningsbeslissing die erop gesteund is onwettig is en de gelijkheid onder de inschrijvers schendt, en de bestreden gunningsbeslissingen onzorgvuldig zijn genomen.”

9. Uit het middel blijkt dat de verzoekende partij twee onderscheiden grieven aanvoert tegen de bestreden beslissingen.

In de eerste plaats zijn de opgelegde prijzen volgens haar “ontoereikend [...] om een normale duurzame werking van de ondernemingen te verzekeren”. Met name worden voor de meeste posten dezelfde prijzen gehanteerd als in een bestek van 2013 voor een gelijkaardige opdracht, en is geen rekening gehouden met allerlei prijsstijgingen en bijkomende kosten. De opgelegde prijzen zouden de inschrijvers aldus dwingen om te werken aan een abnormaal lage prijs, tegen verlies.

De verzoekende partij voert voorts aan dat de verwerende partij in elk geval heeft “nagelaten om een correct prijsonderzoek te voeren en [...] niet het bewijs [levert] dat [zij] voorafgaand [aan het vaststellen van het bestek] heeft onderzocht of de opgelegde tarieven toelaten om de opdracht met een normale en duurzame rentabiliteit uit te voeren”. In dit opzicht verwijt de verzoekende partij aan de bestreden beslissing meer bepaald dat ze op een onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

Hierna worden de standpunten van de partijen met betrekking tot die twee grieven achtereenvolgens besproken.

Vooraf worden hun standpunten in verband met de ontvankelijkheid van het middel uiteengezet.

1. Ontvankelijkheid van het middel

10. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op. Volgens haar heeft de verzoekende partij geen belang bij het middel, aangezien ze heeft nagelaten de vermeende rechtmatigheidsbezwaren tegen het bestek tijdig te melden en haar offerte bovendien substantieel onregelmatig is verklaard.

De verwerende partij wijst erop dat het bestek bepaalt dat een inschrijver die rechtmatigheidsbezwaren heeft in verband met de inhoud van de opdrachtdocumenten, deze uiterlijk tien kalenderdagen vóór de uiterste indieningsdatum van de offertes bekend dient te maken. Bijgevolg kon de verzoekende partij tot en met 23 mei 2020 haar rechtmatigheidsbezwaren kenbaar maken. Het bestek en de daarin opgenomen prijsopgave waren meteen zichtbaar voor de verzoekende partij, zoals ook blijkt uit het door haar geformuleerde voorbehoud in haar offerte. Zij heeft echter nagelaten haar rechtmatigheidsbezwaren tijdig over te maken aan de verwerende partij.

Met betrekking tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij wijst de verwerende partij erop dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat de in de offerte aangegane verbintenissen zonder enig voorbehoud, en dus onvoorwaardelijk, moeten zijn. De verzoekende partij maakt echter een voorbehoud bij haar offerte. Zij probeert dat voorbehoud nu wel te herkwalficeren als een kritiek op het bestek, maar dat is niet de draagwijdte van het voorbehoud. Zij schrijft immers in onder bepaalde voorwaarden, waardoor zij weigert bepaalde prestaties uit te voeren die in het bestek zijn bepaald. Deze werkwijze verhindert de prijsvergelijking met de andere inschrijvers en creëert onzekerheid over de verbintenis van de verzoekende partij onder de in het bestek gestelde voorwaarden.

11. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij vooreerst dat zij wel belang heeft bij het middel omdat het ertoe strekt aan te tonen dat de gekozen inschrijver niet geselecteerd kon worden, zodat perceel 6 aan geen enkele inschrijver kon worden gegund.

In zoverre de verwerende partij opwerpt dat de in het middel ontwikkelde grieven laattijdig zijn aangevoerd, verwijst de verzoekende partij naar het arrest van de Raad van State van 2 december 2005, nr. 152.173, nv Labonorm. Uit dat arrest, dat nog steeds actueel is, volgt dat de aanbestedende overheid de toegang tot de rechter, met betrekking tot een mogelijk onwettige bestekbepaling, niet kan afsluiten door een draconisch voorschrift in de opdrachtdocumenten op te

nemen waarmee de inschrijver zich gedurende de korte inschrijvingstijd, bij gebrek aan protest, akkoord zou verklaren en waarop hij dan niet meer zou kunnen terugkomen.

In zoverre de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partij niet aantoont dat haar offerte niet substantieel onregelmatig is, antwoordt de verzoekende partij dat die omstandigheid geen impact heeft op haar belang bij het middel. De verzoekende partij put haar belang uit het feit dat zij van oordeel is dat perceel 6 van de opdracht aan geen enkele inschrijver kon worden gegund, en dat met name de gekozen inschrijver volgens de bestekeisen inzake de selectievoorwaarden niet in aanmerking kwam voor selectie.

12. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij, in verband met de exceptie van onontvankelijkheid gesteund op het feit dat de verzoekende partij haar rechtmatigheidsbezwaren laattijdig heeft bekendgemaakt, dat het bestek een duidelijke verplichting bevatte om meteen zichtbare rechtmatigheidsbezwaren onverwijld te melden. De onrechtmatigheid waarover het in het middel gaat, namelijk het feit dat de opgelegde eenheidsprijzen zouden neerkomen op dumpingprijzen, is meteen zichtbaar. In verband met een dergelijke onrechtmatigheid kan het gebrek aan belang bij een daarop gesteund middel wel degelijk aanvaard worden.

Voorts handhaaft de verwerende partij de exceptie van onontvankelijkheid, gesteund op het feit dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is verklaard.

13. In haar laatste memorie verwijst de verzoekende partij, in verband met de onontvankelijkheid van het middel, naar hetgeen zij in haar memorie van wederantwoord heeft uiteengezet.

2. Grief inzake het ontoereikend karakter van de opgelegde eenheidsprijzen

14. In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat gelijkaardige opdrachten als de litigieuze opdracht al in het verleden zijn gegund. Het laatste bestek voor de incidentafhandeling op de autosnelweg E17 op het grondgebied van de provincie Oost-Vlaanderen dateert van 2013. De opdrachten die in het kader van dat bestek zijn gegund, zijn een paar keer verlengd.

Volgens de verzoekende partij is de voorliggende opdracht complexer dan die welke in 2013 is uitgeschreven. Niet enkel is de incidentafhandeling technisch complexer geworden, bovendien legt het bestek vele nieuwe taken op. Die taken betreffen onder meer de zorg en incidentafhandeling van aangereden dieren en kadavers.

De verzoekende partij merkt op dat, met uitzondering van 7 van de 46 posten, de tarieven die in het voorliggende bestek worden opgelegd, identiek zijn aan de tarieven die in het bestek van 2013 waren opgelegd. Deze tarieven houden geen rekening met de stijgende kosten, die voortvloeien uit de indexering van de lonen van personeelsleden, de impact van de personeelskosten op de permanentieverplichtingen, de bijkomende kosten van de vereiste opleidingen, de bijkomende kosten van incidentafhandeling van aangereden dieren en kadavers, de vele rapportageverplichtingen, de kosten van de borgstelling, de verplichte verzekeringen, de OBU [*on board unit*] kosten, de benzine- en olieken, de veiligheidsvoorzieningen en de materiaalkosten.

Volgens de verzoekende partij zijn de opgelegde tarieven voor een onderneming economisch een onhaalbare zaak.

15. In de memorie van antwoord wijst de verwerende partij erop dat het vastleggen van eenheidsprijzen in het bestek een courante techniek is die de toets van de Raad van State heeft doorstaan. Zij betwist voorts dat die eenheidsprijzen te dezen dumpingprijzen zouden zijn.

Met betrekking tot de argumentatie dat het huidige bestek veel complexer geworden zou zijn in vergelijking met het bestek van 2013, merkt de verwerende partij op dat het enige nieuwe element de ophaling en verwerking van aangereden dieren betreft. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij laat uitschijnen, kunnen daarvoor ook prestaties worden aangerekend.

De verwerende partij beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om te bepalen wat haar noden zijn en hoe de opdracht daaraan het best tegemoet komt. Zij kan onder meer een maximale eenheidsprijs voor elke post bepalen. De verzoekende partij heeft hierover tijdens het opstellen van haar offerte geen vraag gesteld, noch daarover een opmerking gemaakt.

De stelling van de verzoekende partij dat de eenheidsprijzen abnormaal laag zijn, blijkt grotendeels gestoeld te zijn op het feit dat voor een aantal posten dezelfde eenheidsprijzen als in het bestek van 2013 worden gehanteerd. Het feit dat daarnaast voor zeven posten hogere eenheidsprijzen zijn opgenomen ten opzichte van het bestek van 2013, wordt door de verzoekende partij afgedaan als ontoereikend, zonder dat zij aantoont waarom deze stijging onvoldoende is om een normale, duurzame werking van ondernemingen te verzekeren.

De bijkomende kosten waarnaar de verzoekende partij verwijst, blijken vaak onjuist en worden misleidend voorgesteld.

Samenvattend concludeert de verwerende partij dat de verzoekende partij niet aantoont dat ze voor meerdere niet te verwaarlozen posten heeft moeten inschrijven tegen abnormaal lage eenheidsprijzen. Het tegendeel blijkt uit het feit dat de opgelegde tarieven voor andere inschrijvers geen beletsel vormden om in te schrijven en dat één van hen zelfs in staat was een korting aan te bieden op de vastgestelde eenheidsprijzen. De stelling van de verzoekende partij is des te meer opmerkelijk gelet op het feit dat zij de betrokken opdracht voordien zelf uitvoerde. Zij zou toen dus aan “dumpingprijzen” gewerkt hebben.

16. In haar memorie van wederantwoord herhaalt de verzoekende partij dat de in het bestek bepaalde prijzen ontoereikend zijn om de kosten van de opdrachtnemer te dekken. Zij wijst in dit verband erop dat de vereisten die bij het bestek aan de inschrijvers worden opgelegd, zeer streng zijn.

Zij wijst er onder meer ook op dat de omstandigheid dat zij in het verleden voor een soortgelijke opdracht inschreef met aanbidding van een korting, geen bewijs is dat haar huidige argumentatie zonder grond zou zijn. Het gaat er precies om dat sinds de toewijzing van de vorige opdracht zeer veel zaken zijn gewijzigd, waardoor het huidige tarief ontoereikend is om op een duurzame wijze de opdracht uit te voeren.

17. In haar laatste memorie gaat de verwerende partij vooral in op wat hiervoor als de tweede grief van de verzoekende partij is omschreven (zie overweging 22, hierna).

18. In haar laatste memorie legt de verzoekende partij, tot staving van het onrealistisch karakter van de door de verwerende partij opgelegde tarieven, nog een aantal stukken neer. Enerzijds gaat het om stukken die een geactualiseerde berekening bevatten van de loonkost voor drie werknemers van de verzoekende partij (een bediende depannages, een takelaar en een bestuurder van een signalisatiewagen). Anderzijds gaat het om uittreksels uit de resultaatrekeningen van 2013 en 2024 in verband met de personeelskosten, waaruit volgens de verzoekende partij blijkt dat de gemiddelde loonkost tussen 2013 en 2023 is gestegen met 20 %.

3. Grief volgens welke de verwerende partij de eenheidsprijzen op een onzorgvuldige manier heeft vastgesteld

19. In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat de aanbestedende overheid verplicht is om een prijs- en kostenonderzoek te verrichten, en dit zorgvuldig te doen. Dit geldt des te meer als de overheid zelf de eenheidsprijzen oplegt. Dergelijke eenheidsprijzen zouden marktconform moeten

zijn en zouden minstens moeten steunen op een realistische kostprijsberekening door de aanbestedder. Hiervan levert de verwerende partij te dezen echter geen bewijs. Uit het feit dat tarieven worden opgelegd die ongewijzigd zijn gebleven sinds 2013, blijkt integendeel dat de aanbestedende overheid geen zorgvuldig kosten- en prijsonderzoek heeft verricht. Meer nog, door dezelfde tarieven te hanteren, verplicht de verwerende partij de inschrijvers om tegen abnormaal lage prijzen in te schrijven, terwijl een aanbestedende overheid de plicht heeft om offertes die voor meerdere niet-verwaarloosbare posten abnormaal lage prijzen bevatten, als substantieel onregelmatig te weren.

20. In haar memorie van antwoord voert de verwerende partij onder meer aan dat het bestek van 2013 geenszins klakkeloos werd overgenomen. Integendeel, verschillende prijzen werden aangepast en bijkomende posten werden toegevoegd. De omstandigheid dat een beperkt aantal eenheidsprijzen identiek zijn aan de eenheidsprijzen van 2013 kan niet doen besluiten dat er sprake is van dumpingprijzen.

21. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij vast dat, terwijl zij veel stukken heeft voorgelegd en gepaste berekeningen heeft gemaakt om haar standpunt te staven, de verwerende partij niet in detail antwoordt op al deze informatie. Belangrijker nog is dat de verwerende partij nergens aantoon, aan de hand van haar eigen berekeningen van de te voorziene kosten, dat het maximumtarief dat zij oplegt, toereikend is om een normale en duurzame rentabiliteit op te bouwen.

Een zorgvuldig bestuur moet kunnen aantonen dat de maximumtarieven die het oplegt, aan de opdrachtnemer toelaten om op een rendabele wijze de opdracht uit te voeren zonder ervan uit te gaan dat deze moet of kan rekenen op bijkomende opportuniteiten die de eigen bedrijfsvoering met zich brengt. De korting die een inschrijver kan voorstellen, is immers niet gelinkt aan het aantal percelen dat hij gegund kan krijgen, en dus niet aan een minimum omzet. Een korting kan bijgevolg enkel op rendabele wijze worden aangeboden indien er bedrijfsopportuniteiten zijn die toelaten om aan een lager tarief te werken.

Als zorgvuldig bestuur moet de verwerende partij prijzen opleggen die minstens niet abnormaal laag zijn. Het is niet omdat een bepaalde inschrijver op een vastgestelde prijs een korting aanbiedt, dat die prijs daarom marktconform is en een rendabele duurzame bedrijfsvoering garandeert. De verwerende partij toont niet aan dat zij een onderzoek heeft gevoerd naar de marktconformiteit van haar eenheidsprijzen.

Volgens de verzoekende partij gaat de verwerende partij niet in op de argumenten die zij heeft aangevoerd om aan te tonen dat de in het bestek bepaalde prijzen ontoereikend zijn. De verwerende partij toont met name niet in concreto aan welke parameters of kostenposten tot lagere kostencomponenten voor de inschrijvers zouden kunnen leiden. De verzoekende partij heeft daarentegen concreet aangetoond dat voor haar, vanuit haar positie en vanuit de gemiddelde positie van elke onderneming in de betrokken sector, de maximumtarieven ontoereikend zijn.

Voorts toont de verwerende partij niet aan hoe de vergoeding die wordt betaald voor het ophalen van kadavers volstaat om de kosten die verbonden zijn aan het transport en de vernietiging van kadavers, te vergoeden. In dit verband vergeet de verwerende partij rekening te houden met alle verplichtingen die voortvloeien uit het besluit van de Vlaamse regering van 21 juni 2013 ‘betreffende dierlijke bijproducten en afgeleide producten’, in het bijzonder de artikelen 3, 7 en 8. De takelaar moet dode dieren bewaren in afwachting van de ophaling van de kadavers door een geregistreerde inzamelaar, en moet daarbij de nodige voorzorgsmaatregelen in acht nemen.

De verzoekende partij merkt voorts op dat de verwerende partij wel aanvoert dat de verzoekende partij in haar berekeningen ten onrechte ervan uitgaat dat een takeling een uur duurt, maar dat zij zelf niet uitlegt hoe zij de duur van een takeling heeft berekend en hoe die duur haar maximumtarief kan verantwoorden. De verzoekende partij is een familiebedrijf dat al meerdere generaties actief is en zijn stiel kent. Het is op basis van die ervaring en vakkennis dat zij een begroting heeft gemaakt.

De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij geen eigen berekening bijbrengt, gesteund op uurtarieven, die zou aantonen dat gemiddeld genomen, op basis van statistieken, het vaste tarief aan ondernemers toelaat om hun kosten te dekken.

22. In haar laatste memorie werpt de verwerende partij op dat de verzoekende partij pas in de memorie van wederantwoord heeft aangevoerd dat de verwerende partij niet aantoont, aan de hand van eigen berekeningen, dat het door haar opgelegde maximumtarief toereikend is om een normale en duurzame rentabiliteit op te bouwen. De verwerende partij kon op dat argument niet antwoorden in haar memorie van antwoord.

Volgens de verwerende partij is er geen enkele wettelijke verplichting voor een aanbestedende overheid om de achterliggende berekeningen van de eenheidsprijzen kenbaar te maken. Zij betwist echter niet dat zij op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel verplicht was om haar beslissing zorgvuldig voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding.

De verwerende partij licht dan toe hoe zij tot de vaststelling van de eenheidsprijzen is gekomen:

- Binnen de schoot van de verwerende partij (en in samenwerking met de federale politie) is reeds lange tijd geleden de werkgroep FAST opgericht (FAST staat voor “Files Aanpakken door Snelle Tussenkoms”). De bedoeling van FAST bestaat erin om de verkeersveiligheid en de verkeersdoorstroming op de Vlaamse snelwegen te verhogen.
- Elke provincie wordt opgedeeld in verschillende percelen (dit zijn zones van één of meer snelwegen) en per perceel wordt een takelaar aangewezen die wordt opgeroepen voor de takelingen. De takelaars worden aangewezen na een openbare oproep voor een overheidsopdracht.
- De prijzen die worden gehanteerd in het kader van het FAST-project zijn tot stand gekomen binnen de schoot van de werkgroep FAST. De verwerende partij legt een Excel-document voor (stuk 10). Op één van de tabbladen is de berekeningswijze van de (oorspronkelijke) prijzen terug te

vinden. Uit dat tabblad blijkt dat rekening is gehouden met een uitgebreid aantal parameters, onder meer: “de kostprijs van takel- en signalisatie-wagens (met een minimum- en maximumplafond); de afschrijvingswaarde van deze wagens na 4 jaar (zijnde de duur van de opdracht); de gemiddelde kostprijs per rit; de aanrijtijd; de maximale snelheid, de gemiddelde en [de] maximale afstand; kosten voor keuring, verzekering, onderhoud etc.; de benzineprijzen, de uurlonen van de verschillende personeelsleden; nacht- en weekendtarieven (tarieven aan 150 % en 200%) en de winst voor de takelaars”. De verwerende partij wijst erop dat de prijzen werden samengesteld in samenwerking met Traxio, de mobiliteitsfederatie van de takelsector.

- Op basis van al deze parameters en de samenwerking met Traxio heeft de werkgroep FAST per post de prijzen vastgesteld. Die prijzen zijn vermeld op een ander tabblad van hetzelfde Excel-bestand.
- Vervolgens zijn deze prijzen doorheen de jaren (licht) gewijzigd. Een aantal posten werden duurder, een aantal posten werden goedkoper. Deze wijzigingen vinden hun oorzaak in onder meer de inflatie en de kilometerheffing, de wijziging van de omschrijving van een bepaalde post, en de populariteit van het FAST-systeem (meer takelingen impliceert immers schaalvoordelen).

De verwerende partij besluit dat zij haar beslissingen wel degelijk zorgvuldig heeft voorbereid en dat zij gesteund heeft op een correcte feitenvinding.

In zoverre in het auditorsverslag wordt gesteld dat het ontbreken van een zorgvuldig onderzoek bij het vaststellen van de eenheidsprijzen des te kwalijker zou zijn omdat de verwerende partij van oordeel was dat een prijsonderzoek in het kader van het regelmatigheidsonderzoek “niet van toepassing” was, berust die stelling op een verkeerde lezing van het gunningsverslag. Daarin werd weliswaar inderdaad gesteld dat een prijsonderzoek “niet van toepassing” was. De verwerende partij bedoelde daarmee echter niet dat de regels omtrent het prijsonderzoek niet van toepassing waren, wel dat uit het algemeen

prijsonderzoek was gebleken dat een bijkomend prijsonderzoek niet vereist was. De korting aangeboden door één inschrijver was immers zeer gering (1 %), en de andere inschrijver bood geen korting aan. De aangeboden kortingen waren met andere woorden verwaarloosbaar.

23. In haar laatste memorie vraagt de verzoekende partij vooreerst dat het Excel-bestand dat de verwerende partij met haar laatste memorie voorlegt, wegens laattijdigheid uit de debatten geweerd zou worden. Dit stuk kon immers reeds met de memorie van antwoord zijn neergelegd, en op die manier onderworpen worden aan de tegenspraak van de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord en aan het onderzoek door het auditoraat.

Voorts voert de verzoekende partij aan dat het niet geloofwaardig is dat dit stuk *in tempore non suspecto* zou zijn opgesteld, zijnde in 2020, toen het bestek voor de voorliggende opdracht werd opgemaakt. Er zijn integendeel een aantal elementen die erop wijzen dat dit stuk pas is opgesteld met het oog op het opstellen van de laatste memorie, ter weerlegging van het auditoraatsverslag. Zo wordt, ten eerste, op de infopagina vermeld dat het document is aangemaakt op 30 april 2008, dat het laatst is afgedrukt op 6 juni 2011, en dat het laatst is gewijzigd op 19 januari 2024. Die data leveren aldus geen enkel bewijs over het ogenblik waarop dit document zou zijn gemaakt, minstens niet dat het zou zijn geactualiseerd met het oog op de opmaak van het bestek van 2020. Uit die data blijkt eerder dat het document is geactualiseerd in 2024, om te dienen als bewijs van de beweerde eerdere opmaak van een ramingsdocument. Voorts wordt, ten tweede, een loonkost van 35 euro [per uur] gehanteerd. Die loonkost stemt overeen met de actuele loonkost in 2024, niet met die van 2020.

In elk geval kan het stuk niet overtuigen. In de eerste plaats wordt uitgegaan van een minimum aantal ritten van 200 [per jaar], dat echter schromelijk overdreven is. Op het tabblad ‘Schatting’ wordt wel vermeld dat de berekening gebeurt op basis van historische gegevens, en dat de verkregen waarden getoetst moeten worden aan de realiteit, maar uit het stuk blijkt niet dat dit laatste gebeurd is. De berekende kostprijs is niet representatief en volkomen

onrealistisch. Voorts is er geen enkele zekerheid dat er over de vier jaar ook effectief minimaal 200 opdrachten [per jaar] zullen zijn, omdat het aantal takelingen afhangt van bijvoorbeeld het feit of er wegenwerken zijn of niet (in geval van wegenwerken zijn er meer takelgevallen dan als er geen wegenwerken zijn). Ook valt uit de voorgelegde berekening niet af te leiden of er met bruto- dan wel met netto-kosten is gewerkt. Ten slotte is het tarief van 1000 euro [per jaar], voorzien voor het onderhoud van een takelwagen, type vrachtwagen, onrealistisch laag.

De verzoekende partij merkt ook op dat geen enkele bijkomende verantwoording aan de kostprijsberekening is toegevoegd, die daaraan enige realistische grondslag zou kunnen geven.

24. Ter terechtzitting legt de verwerende partij uit dat het Excel-document (stuk 10) een evolutief document is. Het is aangemaakt in 2008, toen de eerste besprekingen in de FAST-werkgroep startten. Het is nadien regelmatig aangepast, rekening houdend met de verschillende parameters waarvan zij melding gemaakt heeft in haar laatste memorie (zie overweging 22).

Op de opwerping van de verzoekende partij dat het stuk laattijdig is neergelegd, antwoordt de verwerende partij dat zij pas uit het auditorsverslag kon opmaken dat aan de voorbereiding van de vaststelling van de eenheidsprijzen belang gehecht werd.

Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van het middel

1. Rechtmatigheidsbezwaren tegen het bestek

25. In zoverre de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partij niet over het vereiste belang bij het middel beschikt op grond dat zij heeft nagelaten tijdig de aanvoerde rechtmatigheidsbezwaren tegen het bestek te

melden, herinnert de Raad van State eraan dat hij meermaals heeft overwogen, onder meer in arrest nr. 152.173 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van 2 december 2005, nv Labonorm, dat de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet wegneemt dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure.

Het gegeven dat het bestek te dezen bepaalt dat een inschrijver, door het indienen van een offerte, onvoorwaardelijk de inhoud van de opdracht-documenten aanvaardt, en dat hij zijn rechtmatigheidsbezwaren in verband met de inhoud van de opdracht-documenten uiterlijk tien dagen vóór de uiterste indieningsdatum van de offertes kenbaar dient te maken aan de aanbestedende overheid, doet hieraan niets af. Het middel onontvankelijk verklaren op basis van een bestekclausule die de inschrijvers verplicht rechtmatigheidsbezwaren tegen het bestek nog vóór de indiening van de offertes aan de aanbestedende overheid te melden, vormt een buitensporige inmenging in het recht van de verzoekende partij om de rechtsmiddelen aan te wenden die haar ter beschikking staan.

Bovendien kon het voor de verzoekende partij op het enkele zicht van het bestek nog niet duidelijk zijn of de in het bestek vermelde eenheidsprijzen al dan niet gesteund waren op een zorgvuldig onderzoek door de verwerende partij van de marktconformiteit ervan. De bedoelde eenheidsprijzen hebben haar ook niet verhinderd op zinvolle wijze deel te nemen aan de gunningsprocedure. Zij heeft effectief een offerte ingediend, waarin zij aangaf onder welke voorwaarden zij de opdracht zou uitvoeren.

Er is geen reden om de verzoekende partij te dezen de mogelijkheid te ontzeggen om onregelmatigheden die zij aan het bestek verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere beslissingen om haar offerte onregelmatig te verklaren en om de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver.

26. Het blijkt niet dat het Hof van Justitie van de Europese Unie een andere opvatting erop nahoudt. In het door de verwerende partij ingeroepen arrest van 12 maart 2015 in de zaak eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, oordeelde het Hof immers dat “[a]rtikel 1, lid 1, derde alinea, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, en de artikelen 2, 44, lid 1, en 53, lid 1, onder a), van richtlijn 2004/18 [...] aldus [moeten] worden uitgelegd dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver die de aanbestedingsvoorwaarden pas kon begrijpen toen de aanbestedende dienst, na beoordeling van de inschrijvingen, volledige informatie over de motivering van zijn besluit verstrekte, het recht moet hebben om na het verstrijken van de in het nationale recht gestelde termijn een beroep betreffende de wettigheid van de aanbesteding in te stellen” en dat “[d]at recht van beroep kan worden uitgeoefend tot het verstrijken van de termijn voor beroep tegen het besluit tot gunning van de opdracht”. Aldus verplicht het Hof van Justitie de inschrijvers niet tot het onverwijld aanwenden van een rechtsmiddel tegen een vermeend onwettige bestekbepaling en sluit het evenmin uit dat zulke onwettigheden nadien nog worden ingeroepen tegen de eindbeslissing.

27. De exceptie faalt naar recht.

2. *Onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij*

28. In zoverre de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel op grond dat geen enkele van de aangevoerde schendingen ertoe zou kunnen leiden dat de substantiële onregelmatigheid van haar offerte ongedaan wordt gemaakt, herinnert de Raad van State eraan dat een inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard in beginsel geen belang heeft om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten. Dit is echter anders indien uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Te dezen strekt het middel ertoe om aan te tonen dat het bestek onwettig is. Indien het middel gegrond bevonden wordt, zou dit betekenen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund.

29. De exceptie kan niet aangenomen worden.

B. Gegrondheid van het middel

1. Grief inzake het ontoereikend karakter van de opgelegde eenheidsprijzen

30. Zoals hiervoor is opgemerkt, voert de verzoekende partij in de eerste plaats aan dat de bij het bestek opgelegde eenheidsprijzen “ontoereikend [zijn] om een normale duurzame werking van de ondernemingen te verzekeren in het kader van de dienstverlening voor de voorliggende opdracht”. In de toelichting bij het middel heeft zij het over dumpingprijzen. Zij tracht met eigen berekeningen aan te tonen dat de opgelegde prijzen de inschrijvers verplichten om een offerte in te dienen met een aantal abnormaal lage eenheidsprijzen.

Gelet op de conclusie waartoe de Raad van State komt in verband met de beoordeling van de hierna besproken tweede grief, acht hij het niet nodig om zich uit te spreken over deze eerste grief.

2. Grief volgens welke de verwerende partij de eenheidsprijzen op een onzorgvuldige manier heeft vastgesteld

31. De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij heeft nagelaten om vóór het vaststellen van de eenheidsprijzen “een correct prijsonderzoek te voeren”. Meer in het bijzonder voert zij aan dat de verwerende partij “niet het bewijs [levert dat zij voorafgaandelijk] heeft onderzocht of de opgelegde tarieven toelaten om de opdracht met een normale en duurzame rentabiliteit uit te voeren”.

32. In het kader van de beoordeling van deze grief rijst in de eerste plaats de vraag naar de toelaatbaarheid van stuk 10, ‘Berekeningswijze voor de basis van de eenheidsprijzen van het FAST-systeem’, dat de verwerende partij bij haar laatste memorie heeft gevoegd. Het gaat om een Excel-bestand met vier tabbladen, waarbij de verwerende partij met name verwijst naar het eerste en het vierde tabblad (‘Kostprijs berekening’ en ‘Raming’). In haar laatste memorie vraagt de verzoekende partij dat dit stuk wegens laattijdigheid uit de debatten geweerd zou worden. Onder meer ter terechtzitting antwoordt de verwerende partij hierop dat zij dit stuk niet eerder kon aanbrengen omdat de verzoekende partij pas in haar memorie van wederantwoord heeft aangevoerd dat de verwerende partij niet aan de hand van een eigen berekening van de voorziene kosten zou aantonen dat de bij het bestek opgelegde maximumtarieven toereikend zijn om de opdracht op een normale, rendabele manier uit te voeren.

Anders dan de verwerende partij beweert, is het niet pas voor het eerst in de memorie van wederantwoord dat de verzoekende partij aan de bestreden beslissing heeft verweten dat deze uitgaat van eenheidsprijzen waarvoor, voorafgaand aan het opstellen van het bestek, geen onderzoek is gevoerd naar het rendabel karakter ervan. Reeds in haar verzoekschrift tot nietigverklaring heeft de verzoekende partij in het eerste middel aangevoerd: “De aanbesteder heeft nagelaten om een correct prijsonderzoek te voeren en levert niet het bewijs dat hij voorafgaand heeft onderzocht of de opgelegde tarieven toelaten om de opdracht met een normale en duurzame rentabiliteit uit te voeren.” Zij stelde toen reeds dat die handelwijze “geen voorzichtig bestuur” was. In de toelichting bij het middel stelde zij bovendien dat “de aanbestedende overheid [...] verplicht [is] om een prijs- en kostenonderzoek te verrichten en dit zorgvuldig te doen”, en dat, door tarieven op te leggen die sinds 2013 ongewijzigd waren gebleven, de verwerende partij ervan blijk gaf “geen zorgvuldig kosten- en prijsonderzoek [te hebben] verricht”.

Het verwijt dat de verwerende partij niet aantoont dat zij een voorafgaand, zorgvuldig onderzoek heeft uitgevoerd naar het toereikend karakter van de opgelegde eenheidsprijzen, was dus wel degelijk reeds in het verzoekschrift

gemaakt. Het is omdat de verwerende partij in haar memorie van antwoord daarop niet is ingegaan, en met name geen bewijzen heeft voorgelegd van een voorafgaand prijs- en kostenonderzoek, dat de verzoekende partij dan in haar memorie van wederantwoord geconcludeerd heeft dat er geen dergelijk onderzoek is geweest.

Het is pas na het auditoraatsverslag, waarin het auditoraat de verzoekende partij op dit punt bijvalt, dat de verwerende partij stuk 10 voorlegt. Dit stuk zou volgens haar moeten bewijzen dat er wel degelijk, alleszins ten tijde van de eerste besprekingen in de schoot van de FAST-werkgroep, een onderzoek naar de kosten en de prijzen voor de uitvoering van de opdracht is gevoerd.

Met dit nieuwe stuk kan in de gegeven omstandigheden echter geen rekening worden gehouden. Er blijkt niet dat de verwerende partij dit stuk niet reeds bij haar memorie van antwoord had kunnen voegen, als onderdeel van het administratief dossier. Bovendien heeft de handelwijze van de verwerende partij tot gevolg gehad dat dit stuk werd onttrokken aan de schriftelijke tegenspraak door de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord en aan het schriftelijk onderzoek van de zaak door het auditoraat, beide essentieel in de bij uitstek schriftelijke annulatieprocedure.

Stuk 10 wordt aldus uit de debatten geweerd.

33. Het in het middel ingeroepen zorgvuldigheidsbeginsel houdt voor een bestuur de verplichting in om zijn beslissing zorgvuldig voor te bereiden en te steunen op een correcte feitenvinding. Het bestuur dient zowel bij de voorbereiding van zijn beslissing als bij het nemen ervan zorgvuldig te handelen, wat impliceert dat het zijn beslissing slechts kan nemen na een behoorlijk onderzoek van de zaak en rekening houdend met alle relevante gegevens.

Van een aanbestedende overheid die met het bestek maximale eenheidsprijzen oplegt, kan op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel worden verwacht dat zij bij het opstellen van het bestek een gedegen onderzoek voert naar

de kosten die voor een inschrijver verbonden zijn aan de verschillende posten van het bestek. Op die wijze kan zij zich ervan verzekeren dat de maximumprijzen opgenomen in het bestek een normale uitvoering van de opdracht en een zo ruim mogelijke mededinging tussen potentiële inschrijvers mogelijk maken.

34. Uit het administratief dossier, zoals het met de memorie van antwoord werd neergelegd, kan niet afgeleid worden dat de verwerende partij vóór het opstellen van het bestek voor de litigieuze opdracht, een onderzoek gedaan heeft naar het toereikend karakter van de in het bestek opgelegde eenheidsprijzen voor perceel 6. Uit niets blijkt dat de verwerende partij zich op een zorgvuldige manier ervan vergewist heeft dat haar maximumtarieven het voor een inschrijver mogelijk zouden maken om de opdracht op een normale, rendabele manier uit te voeren.

De Raad van State stelt bovendien vast dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord geen enkele toelichting geeft bij de wijze waarop zij de eenheidsprijzen in het bestek heeft vastgesteld. Zo wijst de verwerende partij er wel op dat de eenheidsprijzen voor sommige posten in vergelijking met het bestek van 2013 zijn verhoogd, maar zij legt niet uit op grond van welke elementen zij die eenheidsprijzen heeft verhoogd, noch hoe deze verhogingen werden berekend.

35. Pas in haar laatste memorie licht de verwerende partij toe hoe zij tot de vaststelling van haar eenheidsprijzen is gekomen (zie overweging 22, hiervoor).

De Raad van State moet echter vaststellen dat die uitleg hoofdzakelijk betrekking heeft op de wijze waarop de eenheidsprijzen oorspronkelijk, in 2008, binnen de werkgroep FAST zijn opgesteld, in samenwerking met de mobiliteitsfederatie Traxio. In verband met de latere aanpassingen van die prijzen, beperkt de verwerende partij zich ertoe om te stellen dat die aanpassingen er zijn geweest, en dat die hun “oorzaak [vinden] in o.m. inflatie en kilometerheffing, de wijziging van de omschrijving van een bepaalde post en de populariteit van het FAST-systeem (meer takelingen impliceert immers schaalvoordelen)”. Van enige

concrete berekening van de impact van die factoren op de prijsberekening is echter geen sprake.

36. Er blijkt ook niet dat dit gebrek aan zorgvuldige voorbereiding is goedge maakt tijdens het verdere verloop van de plaatsingsprocedure, en met name niet tijdens het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes.

In het gunningsverslag wordt in dit verband het volgende gesteld:

“ 4.8. Prijsonderzoek

Deze opdracht is een raamovereenkomst waarbij de aanbestedende overheid bestellingen plaatst in functie van haar behoeften. De bedragen werden opgenomen in de prijslijst. De inschrijver kan een kortingspercentage geven. Een prijsonderzoek is niet van toepassing.”

Uit die vermelding kan niet afgeleid worden dat de verwerende partij naar aanleiding van het onderzoek van de offertes van de inschrijvers heeft nagegaan of de eenheidsprijzen, in voorkomend geval verminderd met een aangeboden korting, overeenkomen met prijzen die een normale rentabiliteit toelaten. Ook uit het administratief dossier blijkt niet dat een dergelijk prijsonderzoek nog is uitgevoerd.

37. Uit het voorgaande volgt dat de verwerende partij niet aantoont dat zij de in het bestek bepaalde maximale eenheidsprijzen zorgvuldig heeft vastgesteld, en meer in het bijzonder dat zij niet aantoont dat zij zich ervan vergewist heeft dat die prijzen realistische prijzen zijn, die het voor de inschrijvers mogelijk maken om de opdracht met een normale rentabiliteit uit te voeren.

Dit betekent niet noodzakelijk dat de vastgestelde prijzen, of sommige ervan, “dumpingprijzen” zijn, zoals de verzoekende partij beweert. De conclusie waartoe de Raad van State komt, betekent enkel dat de verwerende partij de op haar rustende bewijslast niet is nagekomen, zodat de wettigheid van de bestreden beslissing niet is aangetoond.

38. In zoverre in het middel een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel wordt aangevoerd, is het gegrond.

VII. Conclusie

39. Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond en verantwoordt de vernietiging van de bestreden beslissing. Het eventueel gegrond bevinden van het tweede middel, gericht tegen de beslissing waarbij de gekozen inschrijver wordt geselecteerd voor perceel 6, leidt niet tot een ruimere vernietiging, en kan dan ook onbesproken blijven.

40. Daardoor bestaat er evenmin aanleiding om in gaan op het verzoek van de verzoekende partij om de vertrouwelijkheid van bepaalde bijlagen bij de offerte van de gekozen inschrijver te lichten. De toegang tot die stukken zou immers enkel van belang kunnen zijn in het kader van het onderzoek van het tweede middel.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer van 15 september 2020 waarbij de offerte van de nv D.D.G. voor “perceel 6 – E17 Midden” van de opdracht “Project F.A.S.T. Incidentafhandeling op de autosnelwegen in [de] Provincie Oost-Vlaanderen, op [de] autosnelweg[en] A10 (E40), A14 (E17), A11 (E34) en R4, Takelen en afvoeren van voertuigen met Maximaal Toegelaten Massa (MTM) <3,5 ton” als onregelmatig wordt geweerd, en waarbij de opdracht voor dat perceel wordt gegund aan de bvba D.G.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van

20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op achtentwintig juni tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens