RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 262.019 van 17 januari 2025
in de zaak A. 232.275/XIV-39.565

In zake : de BV T.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean-Pierre Busschaert
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Nieuwkerkenstraat 265
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 november 2020, strekt tot de nietigverklaring van "de […] beslissing van 15 september 2020 van het Agentschap Wegen en Verkeer waarbij de offerte van verzoekende partij [voor] 'perceel 7 – E17 NOORD' van de opdracht 'het Project F.A.ST — incidentafhandeling op de autosnelwegen in Provincie Oost-Vlaanderen, op de autosnelweg 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 wordt gegund aan [een derde]".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Adjunct-auditeur Anke Meskens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 december 2024 om 14:30 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Stouthuysen, die *loco* advocaat Jean-Pierre Busschaert verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Anke Meskens 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 van de provincie Oost-Vlaanderen schrijft een overheidsopdracht van diensten 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 Tussenkomst”.

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) □ 3,5 ton.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 april 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 17 april 2020.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek met nummer 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 ≤3,5 ton)’.

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 opdrachtdocumenten 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.”

De opdracht bestaat uit negen percelen, die elk een verschillend actiegebied bestrijken. Het voorliggende beroep heeft enkel betrekking op perceel 7, ‘E17 Noord’.

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

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."

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

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 7 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. Oproep in een tijdvak passend bij tarief 3.	IH	Stuk	20	€ 190,00

3.3. Op 2 juni 2020 vindt de openingszitting plaats.

Voor perceel 7 werden twee offertes ingediend, onder meer door de verzoekende partij.

3.4. Op 1 september 2020 worden gunningsverslagen opgemaakt, onder meer voor perceel 7.

Daarin wordt de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaard op grond van de volgende motivering:

> "4. Regelmatigheid van de offertes (art. 83 Wet Overheidsopdrachten en art. 76 KB Plaatsing)
> […]
> 4.5. Administratieve (on)regelmatigheden
> Er werd nagegaan of de offertes van de inschrijver substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn in de zin van art. 83 Wet Overheidsopdrachten en art. 76, §1, lid 4 KB Plaatsing en zoals gespecificeerd in de opdrachtdocumenten 1M3DH/20/8.
> De offerte van [de bv T.B.]: in het offerteformulier ontbreken de gegevens van o.a.
> - D: onderaannemers,
> - E: Personeel,
> - F: betalingen
> - G: RSZ-verplichtingen ontbreekt
>
> Het offerteformulier werd dus niet volledig en correct ingevuld. De offerte van [de bv. T.B.] wordt substantieel onregelmatig verklaard."

Wat het prijsonderzoek betreft, wordt in het gunningsverslag het volgende overwogen:

> "4. Regelmatigheid van de offertes (art. 83 Wet Overheidsopdrachten en art. 76 KB Plaatsing)
> […]
> 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."

In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat de enige regelmatige inschrijver, de bv D.G., aan de selectievereisten op het gebied van de technische en beroepsbekwaamheid voldoet. Het gunningsverslag omschrijft de bevindingen van dit onderzoek als volgt:

> "6.2.2. Technische en beroepsbekwaamheid (art. 71 Wet Overheidsopdrachten en art. 68 KB Plaatsing)
> […]
> De inschrijver [D.G.] toont aan dat hij aan de eisen van de selectie voldoet."

Er wordt voorgesteld om de opdracht voor dit perceel te gunnen aan de enige inschrijver wiens offerte regelmatig is, de bv D.G., en dit tegen de eenheidsprijzen uit de offerte en de meetstaat.

3.5. Op 15 september 2020 beslist de administrateur-generaal van de verwerende partij om het gunningsverslag goed te keuren en perceel 7 van de opdracht te gunnen aan de bv D.G. tegen de eenheidsprijzen uit de offerte en de meetstaat.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Bij arrest nr. 260.322 van 28 juni 2024 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.260.322) wordt de beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer van 15 september 2020 "waarbij de offerte van [aan andere inschrijver] 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 bv D.G.]", vernietigd.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep op afgeleid uit een gebrek aan belang. Volgens de verwerende partij beschikt de verzoekende partij niet over het vereiste belang om de bestreden beslissing aan te vechten aangezien haar offerte substantieel onregelmatig werd verklaard. De verzoekende partij laat na aan te tonen dat haar offerte ten onrechte substantieel onregelmatig werd verklaard.

Bovendien gaat het er bij het aanvechten van beslissingen inzake overheidsopdrachten wezenlijk om dat de verzoekende partij de opdracht zelf gegund wil krijgen. In dat verband stelt de verwerende partij vast dat het eerste middel zich richt tegen de bepalingen van het bestek, waarbij aan de verwerende partij wordt verweten "dumpingprijzen" op te leggen. Uit deze wettigheidskritiek moet volgens de verwerende partij worden afgeleid dat de verzoekende partij de opdracht niet wenst uit te voeren overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

In haar laatste memorie wijst de verwerende partij in dat verband nog op de zorgvuldigheidsplicht in hoofde van een inschrijver bij het opstellen en indienen van zijn offerte. Nu niet kan worden betwist dat de offerte van de verzoekende partij onvolledig was, kan volgens haar niet over deze onregelmatigheid worden heengestapt.

5. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de verzoekende partij, 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.

Beide aangevoerde middelen strekken er precies toe om dit laatste aan te tonen. In het eerste middel voert de verzoekende partij de onwettigheid van het bestek aan, alsmede van de bestreden beslissing die op dit bestek is gesteund. Daarnaast voert zij in het tweede middel aan dat de gekozen inschrijver ten onrechte werd geselecteerd voor de voorliggende opdracht wat perceel 7 betreft.

Indien één van de beide middelen gegrond wordt bevonden, volgt daaruit dat perceel 7 van de opdracht aan geen van de inschrijvers rechtsgeldig kon worden toegewezen.

De exceptie wordt bijgevolg verworpen.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

6. 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: de wet van 29 juli 1991), van de artikelen 4 en 5, § 1, en 84 van de wet van 17 juni 2016, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 36, 76, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, van artikel VI.104 van het Wetboek Economisch Recht (hierna: het WER), en van de beginselen van behoorlijk bestuur, "inzonderheid de formele- en materiëlemotiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel (*patere legem quam ipse fecisti*) en het zorgvuldigheids-beginsel",

> "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 en 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 vertekenen: 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.
> De aanbesteder heeft nagelaten om een correct prijsonderzoek te voeren en gunt opdrachten aan abnormaal lage prijzen terwijl een offerte met abnormaal lage prijzen voor meerdere niet-verwaarloosbare posten de aanbesteder ertoe verplicht om de offerte als substantieel onregelmatig te weren.
> Elke opmerking die een inschrijver hieromtrent maakt wordt door de aanbesteder als een ontoelaatbaar voorbehoud gezien met wering van de offerte als - onterecht - gevolg.

> 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."

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

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 taken die worden opgelegd, noch met het gegeven dat incidentafhandeling technisch complexer is geworden onder meer door de opkomst van elektrische wagens. De verzoekende partij hekelt in dat verband de omstandigheid dat liefst 27 van de 46 posten identiek zijn aan het bestek van 2013, maar niettemin dezelfde of lagere tarieven omvatten dan dezelfde post uit 2013. De opgelegde prijzen zouden de inschrijvers aldus dwingen om te werken aan een abnormaal lage prijs, tegen verlies. De opgelegde tarieven komen volgens de verzoekende partij "neer op een dumpingprijs als de inschrijver alle verplichtingen van het bestek moet naleven". Door de aldus opgelegde tarieven te hanteren, wordt volgens de verzoekende partij ook de gelijkheid onder de inschrijvers geschaad, vermits het inschrijvers benadeelt "die aan correcte tarieven willen inschrijven en bepaalde delen van de opdracht dus niet kunnen uitvoeren tegen de opgelegde tarieven".

De verzoekende partij voert voorts aan dat de verwerende partij in elk geval heeft "nagelaten om een correct prijsonderzoek te voeren". Zij betoogt dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld door in het bestek tarieven op te leggen die ongewijzigd zijn gebleven sinds 2013, zonder te onderzoeken of de tarieven voor de inschrijvers een "normale en duurzame rentabiliteit" toelaten. In dit opzicht verwijt de verzoekende partij aan de verwerende partij meer bepaald dat het bestek op een onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

7. In de memorie van antwoord doet de verwerende partij in de eerste plaats gelden dat het middel van de verzoekende partij niet-ontvankelijk is aangezien zij artikel 25 ‘prijsweergave’ van het bestek, waarin een maximale prijs per type takeling wordt opgelegd en dat de essentie van haar wettigheidskritiek uitmaakt, niet in het voorwerp van het annulatieberoep heeft betrokken.

De verwerende partij merkt ook op dat door andere inschrijvers voor de verschillende percelen geen opmerkingen met betrekking tot de voormelde bestekbepaling inzake de prijsweergave werden geformuleerd. Ook de verzoekende partij heeft voorafgaandelijk aan het indienen van haar offerte, geen opmerkingen of bezwaren met betrekking tot voormeld artikel 25 van het bestek geformuleerd. De wettigheidskritiek van de verzoekende partij klemt volgens de verwerende partij des te meer, nu de verzoekende partij in haar offerte zelf een globaal kortingspercentage van 3% heeft voorgesteld. Ook om die reden is het middel volgens de verwerende partij niet-ontvankelijk.

Wat de grond van het middel betreft, verwijst de verwerende partij naar het arrest van de Raad van State van 10 november 2020, nr. 248.872 (ECLI:BE:RVSCE:2020:ARR. 248.872), gewezen in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waar de Raad van State “een middel met een identiek, minstens gelijkaardig voorwerp als ongegrond heeft verworpen”.

De verwerende partij benadrukt tot slot dat de offerte van de verzoekende partij niet omwille van de opgegeven prijzen als onregelmatig werd geweerd, doch wel omwille van het verzuim om bepaalde documenten bij te voegen.

8. In de memorie van wederantwoord herneemt de verzoekende partij haar kritiek uit het inleidend verzoekschrift. Wat de door de verwerende partij opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid van het middel betreft, merkt zij nog op dat het aangevoerde middel zich niet richt tegen artikel 25 van het bestek op zich zodat het niet in het voorwerp van het annulatieberoep diende te worden betrokken. Het is voorts niet omdat de andere inschrijvers geen opmerking

met betrekking tot de prijsbepaling hebben geformuleerd dat de verzoekende partij dienaangaande geen kritiek kan aanvoeren.

9. In de laatste memorie handhaaft de verwerende partij haar exceptie van niet-ontvankelijkheid van het eerste middel.

Wat de aangevoerde exceptie op grond van laattijdige kritiek tegen het bestek betreft, merkt zij in de eerste plaats op dat de meldingsplicht waartoe de inschrijvers in het kader van de plaatsingsprocedure zijn gehouden, niet alleen volgt uit de bepaling opgenomen onder randnummer 1 van het bestek, maar ook is opgenomen in een reglementaire bepaling, meer bepaald artikel 81, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Volgens de verwerende partij rijst de vraag of het voormelde artikel, waarvan de aanhaling in het bestek louter een herneming vormt, zo maar ter zijde kan worden gesteld. Het gaat volgens de verwerende partij te deze immers duidelijk om een fout die in de opvatting van de verzoekende partij van aard was om de prijsberekening, dan wel de vergelijking van de offertes onmogelijk te maken, nu er geen rendabele prijzen konden worden ingediend.

Het arrest van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van 2 december 2005, nr. 152.173, inzake de nv Labonorm (ECLI:BE:RVSCE:2005:ARR.152.173), waarnaar in het auditoraatsverslag wordt verwezen, is volgens de verwerende partij ook niet langer actueel in het licht van de intussen gewijzigde regelgeving en de rechtspraak van het Hof van Justitie, met name het arrest van 12 maart 2015 in de zaak eVigilo, C-538/13, (ECLI:EU:C:2015:166). Zowel de materieelrechtelijke bepalingen als de richtlijnen met betrekking tot de rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten zijn sinds het voormelde arrest van de algemene vergadering gewijzigd waarbij er ingrijpende verbeteringen werden aangebracht in de zin dat nu onmiskenbaar de mogelijkheid voorligt om onwettige bestekbepalingen aan te vechten voorafgaandelijk aan het indienen van een offerte en dit desgevallend door middel van een schorsingsprocedure. Zij merkt op dat de Raad van State in eerdere rechtspraak reeds een waarschuwingsplicht in hoofde van de inschrijvers heeft

erkend. Uit voormeld arrest van het Hof van Justitie moet volgens de verwerende partij worden afgeleid "dat het Hof, mede rekening houdend met het evenredigheidsbeginsel, aan de inschrijvers de verplichting oplegt om, zodra zij kennis hebben van onregelmatigheden in de opdrachtdocumenten, als een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver te handelen". Zij stelt dat de Raad van State in arrest nr. 243.095 van 30 november 2018 (ECLI:BE:RVSCE:2018:ARR.243.095) heeft overwogen dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie niet voortvloeit dat het rechtszekerheidsbeginsel, dat moet worden afgewogen tegen het rechtsbeschermingsbeginsel, inhoudt dat de redelijk geïnformeerd en normaal zorgvuldige inschrijver er in elk geval toe verplicht zou zijn om onmiddellijk bezwaar te maken tegen elke eventueel onwettelijke of onduidelijke voorbeslissing zoals een bestekbepaling en dit wanneer deze bestekbepaling de kandidaat-inschrijver niet verhindert op zinvolle wijze aan de gunningsprocedure deel te nemen. Dit laatste geval doet zich volgens de verwerende partij te dezen wel voor: de verzoekende partij was van oordeel dat zij als gevolg van de vermeend onwettige bestekbepaling niet in staat was om op zinvolle wijze aan de gunningsprocedure deel te nemen, "nu zij verplicht was om een inschrijvingsprijs in te dienen die hoger was dan het maximumbedrag dat in het bestek was opgenomen".

Wat de grond van het eerste middel betreft, doet zij nog gelden dat er geen wettelijke basis is voor het opleggen, uit hoofde van het zorgvuldigheidsbeginsel, van een *a priori* prijsonderzoek. Geen enkele bepaling in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten verplicht de aanbestedende overheden die een maximumbedrag opnemen in de opdrachtdocumenten met het oog op de beoordeling van het gunningscriterium 'prijs', om een "a priori prijsverantwoording- en rechtvaardiging op te stellen met betrekking tot voormeld maximumbedrag".

Zij concludeert dat, zonder wettige grondslag, aan een aanbestedende overheid geen verplichting mag worden opgelegd met betrekking tot het intern verantwoorden van een door haar in het bestek opgenomen bestekbepaling waaromtrent door de verzoekende partij geen bezwaar werd

geformuleerd, hoewel deze van meet af aan goed bewust was van het feit dat niet enkel haar offerte substantieel onregelmatig was, maar haar wettigheidskritiek bovendien ertoe zou leiden dat geen enkele wettige gunningsbeslissing kon worden genomen. De rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten is volgens haar een verhaal van rechten en plichten. Dat de rechtspositie van niet-gekozen inschrijvers werd verbeterd, verleent hen niet het recht om van deze bepalingen misbruik te maken, en wanneer zij worden geconfronteerd met problemen in de opdrachtdocumenten dienen zij hun verantwoordelijkheid op te nemen.

10. De verzoekende partij verwijst in haar laatste memorie in de eerste plaats nadrukkelijk naar arrest nr. 260.322 van 28 juni 2024 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.260.322) dat betrekking heeft op de gunningsbeslissing voor de percelen 6 en 7 voor dezelfde opdracht, onderworpen aan hetzelfde bestek. Zij doet gelden dat de Raad van State in voormeld arrest op gemotiveerde wijze de in die zaak bestreden beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij en gunningsbeslissing voor perceel 6 heeft vernietigd, zodat er geen enkele reden is om thans anders te oordelen. In het licht van het vernietigingsmotief in voormeld arrest dat perceel 6 betreft en de door de verzoekende partij eveneens aangevoerde onwettigheid van hetzelfde bestek met betrekking tot perceel 7, dient ook in de voorliggende zaak besloten te worden tot de gegrondheid van het middel waarin de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel bij het vaststellen van bepaalde eenheidsprijzen in het bestek wordt aangevoerd, zodat de opdracht niet langer op basis van het huidige bestek kan worden toegewezen.

Wat de aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel op grond van laattijdige kritiek tegen het bestek betreft, merkt zij op dat de verwerende partij er ten onrechte van uitgaat dat zij zich duidelijk en onbetwistbaar bewust was van de onregelmatigheid waarmee het bestek was behept. Zij benadrukt dat haar bestuurder geen jurist is en dat zij als onderneming geenszins constant wordt bijgestaan door juristen bij het indienen van offertes. Zij heeft haar raadsman pas gecontacteerd na de onregelmatigverklaring van haar offerte. Het arrest van het Hof van Justitie van 2 maart 2015 in de zaak eVigilo, C-538/13,

(ECLI:EU:C:2015:166) waar de verwerende partij naar verwijst, betreft volgens haar de vraag of een inschrijver het recht moet hebben om na het verstrijken van de in het nationale recht bepaalde termijn nog een beroep in te stellen. Aangezien de verzoekende partij voor het verstrijken van de in het nationale recht gestelde termijn een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld is het arrest niet terzake dienend.

Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van het middel – ambtshalve exceptie

11. De verzoekende partij zet niet uiteen op welke wijze de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de materiëlemotiveringsplicht en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* zouden zijn geschonden.

12. Het middel is in die mate niet-ontvankelijk.

B. Ontvankelijkheid van het middel – exceptie van niet-ontvankelijkheid zoals opgeworpen door de verwerende partij

13. Zoals de Raad van State reeds sinds zijn in algemene vergadering gewezen arrest nr. 152.173 van 2 december 2005 (ECLI:BE:RVSCE:2005:ARR.152.173) inzake de nv Labonorm oordeelt, neemt de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in te stellen tegen de beslissing om het bestek vast te stellen, niet weg 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. De verzoekende partij mag derhalve tot staving van haar beroep tegen de bestreden beslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State.

Het voormelde arrest waarborgt op ruime wijze de toegang tot de rechter van inschrijvers op overheidsopdrachten. Het enkele feit dat de verzoekende partij in de loop van de plaatsingsprocedure geen bezwaar heeft gemaakt tegen een bepaald onderdeel van het bestek, ontneemt haar niet het recht om op te komen tegen de beslissing die aan het einde van de procedure is genomen.

Dit arrest kan niet ter discussie worden gesteld aan de hand van het arrest van het Hof van Justitie van 2 maart 2015 in de zaak eVigilo, C-538/13, (ECLI:EU:C:2015:16), waarnaar de verwerende partij verwijst. In dit arrest 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 aanbestedings-voorwaarden 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.

De doelstelling die erin bestaat dat de economische operatoren over een daadwerkelijk en doeltreffend jurisdictioneel beroep beschikken, betekent niet dat voorbijgegaan mag worden aan het feit dat aanbestedende overheden hun procedures tot een goed einde moeten kunnen brengen: in die zin heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in punt 51 van het voornoemde arrest *eVigilo* inderdaad geoordeeld dat "de volledige verwezenlijking van het doel van richtlijn 89/665 (…) in gevaar [zou] worden gebracht indien het de gegadigden en de inschrijvers vrij zou staan op ieder moment van de aanbestedingsprocedure inbreuken op de regels voor het plaatsen van opdrachten op te werpen, waardoor de

aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen". Dezelfde bezorgdheid in verband met de volledige verwezenlijking van de doelstelling die bij de voornoemde richtlijn 89/665 wordt nagestreefd, staat er evenwel aan in de weg dat de aanbestedende overheden onnodig blootgesteld worden aan het risico op jurisdictionele beroepen die voorbarig zijn in de zin dat de betrokken economische operatoren ze louter zouden instellen uit vrees dat een bezwaar inzake de onwettigheid van de opdrachtdocumenten, dat pas gemaakt wordt nadat de gunningsbeslissing is genomen, en dus in een fase waarin ze, met voldoende kennis van zaken, kunnen inschatten of het opportuun is om een jurisdictionele procedure op te starten, niet-ontvankelijk zou worden verklaard wegens laattijdig.

14. De opgeworpen exceptie heeft voorts tot gevolg dat een inschrijver verplicht zou zijn om reeds tijdens de plaatsingsprocedure de onwettigheid waarmee een opdracht behept zou kunnen zijn, te identificeren en op te werpen teneinde zijn toegang tot de rechter te vrijwaren opdat die de aangevoerde onwettigheid aan zijn toetsingsrecht kan onderwerpen. Een dergelijke nagestreefde voorafgaande meldingsplicht kan evenwel niet verantwoorden dat het feit dat een overheid een onwettigheid begaat, minder verregaande gevolgen heeft dan het feit dat de rechtzoekende dit niet onmiddellijk heeft opgemerkt. In dat verband dient eraan te worden herinnerd dat het uitgangspunt moet zijn dat een aanbestedende overheid de fundamentele plicht heeft om wettige bestekbepalingen op te stellen. Deze zorgvuldigheidsplicht en plicht tot rechtmatig optreden die op de overheid rust, kan niet in de praktijk worden omgezet naar een zorgvuldigheidsplicht van de rechtszoekende (vgl. GwH 11 april 2023, nr. 59/2023, punt B 17.2, ECLI:BE:GHCC:2023:ARR.059). In dat kader kan aldus van een inschrijver niet worden vereist dat hij reeds tijdens de plaatsingsprocedure expliciet voorbehoud maakt voor de wettigheid van een bestekbepaling of die reeds opwerpt. Integendeel, hij mag uitgaan van het vermoeden dat de bestekbepalingen in overeenstemming zijn met het recht, zonder dat hij moet onderzoeken, en in het kader van de plaatsingsprocedure reeds moet opwerpen, dat die onwettig zijn, op straffe van anders zijn toegang tot de rechter te verliezen.

15. Het gegeven dat het bestek te dezen bepaalt dat een inschrijver, door het indienen van een offerte, onvoorwaardelijk de inhoud van de opdrachtdocumenten aanvaardt, en dat hij zijn rechtmatigheidsbezwaren in verband met de inhoud van de opdrachtdocumenten uiterlijk tien dagen vóór de uiterste indieningsdatum van de offertes kenbaar dient te maken aan de aanbestedende overheid, doet hieraan niets af. Het middel niet-ontvankelijk 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 komt het een aanbestedende overheid niet toe de toegang tot de rechter, die de openbare orde raakt en die exclusief tot de investituur van de rechter behoort, te reguleren, laat staan te beknotten of uit te sluiten.

Evenmin kan de verzoekende partij de toegang tot de rechter worden ontzegd omdat zij in haar offerte zelf een globaal kortingspercentage van 3% heeft voorgesteld, dan wel omdat andere inschrijvers evenmin opmerkingen met betrekking tot de voormelde bestekbepaling inzake de prijsweergave hebben geformuleerd.

Daarbij dient ook gewezen te worden op de context van een dergelijke procedure, waarin de inschrijver zich vóór alles concentreert op de voorbereiding van de offerte zelf. Er kan hem in principe niet aangewreven worden dat hij niet elke bepaling van het bestek onder de loep neemt met het oog op eventuele juridische geschillen en dat hij niet onmiddellijk de aanbestedende overheid of een rechter adieert.

16. Ook de uitdrukkelijke verwijzing door de verwerende partij naar de meldingsplicht opgenomen in artikel 81 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 doet niet anders besluiten.

Voornoemd artikel 81, waarop de verwerende partij haar exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel mede steunt, luidt als volgt:

> "Als een ondernemer in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van die aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste tien dagen vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes, tenzij zulks onmogelijk is door de inkorting van de termijn voor ontvangst van de offertes.
> De aanbestedende overheid oordeelt of de fouten of leemten voldoende belangrijk zijn om tot een rechtszettingsbericht over te gaan of tot een andere vorm van aangepaste bekendmaking en om, indien nodig en met inachtneming van artikel 9, tweede en derde lid, de termijn voor de indiening van de offertes te verlengen."

In zoverre de verwerende partij verwijst naar de meldingsplicht in artikel 81 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 volstaat de vaststelling dat het middel geen betrekking heeft op fouten of leemten (luidens de Franse tekst: 'des erreurs ou des omissions') in het bestek in de zin van de voormelde bepaling, maar wel op de onwettigheid van de bestekbepalingen waarin een maximale prijs per type takeling wordt opgelegd.

17. De excepties van niet-ontvankelijkheid van het middel worden verworpen.

C. Gegrondheid van het middel

1. Grief inzake het ontoereikend karakter van de opgelegde eenheidsprijzen

18. 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". De opgelegde prijzen zouden de inschrijvers dwingen om te werken aan een abnormaal lage prijs, tegen verlies. De opgelegde tarieven komen volgens de verzoekende partij "neer op een dumpingprijs als de inschrijver alle verplichtingen van het bestek moet naleven".

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

19. In wat als een tweede grief kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij heeft "nagelaten om een correct prijsonderzoek te voeren". Zij doet in essentie gelden dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld door in het bestek tarieven op te leggen die ongewijzigd zijn gebleven sinds 2013, zonder te onderzoeken of de tarieven voor de inschrijvers een "normale en duurzame rentabiliteit" toelaten. Aldus verwijt de verzoekende partij aan de verwerende partij dat het bestek op een onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

20. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen.

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.

21. 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 7. 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 voorts vast dat de verwerende partij noch in haar memorie van antwoord, noch in de laatste memorie enige toelichting geeft bij de wijze waarop zij de eenheidsprijzen in het bestek heeft vastgesteld.

22. Er blijkt ook niet dat dit gebrek aan zorgvuldige voorbereiding is goedgemaakt 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 worden afgeleid 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.

23. Deze beoordeling sluit overigens aan bij die welke werd gemaakt in het arrest nr. 260.322 van 28 juni 2024

(ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.260.322), dat over een beroep tot nietigverklaring met betrekking tot de percelen 6 en 7 van dezelfde opdracht, ingesteld door een andere inschrijver, is gewezen.

24. In haar laatste memorie doet de verwerende partij nog gelden dat geen enkele bepaling in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten verplicht tot een *a priori* prijsonderzoek wat de opgelegde tarieven betreft. Dat specifieke wettelijke en reglementaire bepalingen inzake het prijsonderzoek van de door de inschrijvers geboden prijzen niet van toepassing zijn bij het vaststellen van het bestek, neemt niet weg dat een aanbestedende overheid steeds, en dus ook bij het vaststellen van het bestek, ertoe gehouden is om in overeenstemming met het zorgvuldigheidsbeginsel te handelen.

25. In de mate dat de verwerende partij in haar laatste memorie en ter terechtzitting voorts nog betoogt dat geen enkele bepaling in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten de aanbestedende overheden die een maximum-bedrag opnemen in de opdrachtdocumenten met het oog op de beoordeling van het gunningscriterium 'prijs' verplicht om een "a priori prijsverantwoording- en rechtvaardiging op te stellen met betrekking tot voormeld maximumbedrag" gaat zij er bovendien aan voorbij dat de opname van een dergelijk globaal maximumbedrag of budget, geenszins zonder meer kan worden gelijkgesteld met het opleggen van maximumtarieven voor alle eenheidsposten in de meetstaat.

26. 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.

27. Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer van 15 september 2020 waarbij de offerte van de verzoekende partij voor "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" als onregelmatig wordt geweerd, en waarbij de opdracht wordt gegund aan de bv D.G.

2. 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 zeventien januari tweeduizend vijfentwintig, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,

bijgestaan door

Johan Pas,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**

Johan Pas **Geert Debersaques**