

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.818 van 8 juni 2021
in de zaak A. 233.663/XII-9087**

In zake: de NV TAXI HENDRIKS ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wim Mertens en Stefano Geebelen
kantoor houdend te 3580 Beringen
Paalsesteenweg 81
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

Tussenkomende partij :

de BV HUUR EEN STUUR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Guillaume Vyncke en Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 mei 2021, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “1. de beslissing van [het Vlaamse Gewest, departement Mobiliteit en Openbare Werken] van 29 april 2021 tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 1 – Haven van Antwerpen + pendel in het kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’ (bestek nr. DABL/20/03) [...]

2. de beslissing van [het Vlaamse Gewest, departement Mobiliteit en Openbare Werken] van 29 april 2021 tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 2 – Haven van Gent in het kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’ (bestek nr. DABL/20/03) [...]
3. de beslissing van [het Vlaamse Gewest, departement Mobiliteit en Openbare Werken] van 29 april 2021 tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 3 – Kusthavens in het kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’ (bestek nr. DABL/20/03) [...]
4. de beslissing van [het Vlaamse Gewest, departement Mobiliteit en Openbare Werken] van 29 april 2021 tot gunning aan Huur een Stuur bv van Perceel 4 – Vlissingen Nederland in het kader van de overheidsopdracht ‘personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen’ (bestek nr. DABL/20/03).”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 25 mei 2021 heeft de bv Huur een Stuur gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 juni 2021, om 14.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stefano Geebelen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Guillaume Vyncke, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit, namelijk “Personenvervoer ten behoeve van de DAB Loodswezen” met vier percelen: perceel 1: Haven van Antwerpen + pendel, perceel 2: Haven van Gent, perceel 3: Kusthavens en perceel 4 : Vlissingen Nederland.

De opdracht wordt geplaatst bij openbare procedure en bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 augustus 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 2 september 2020.

3.2. Het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek met nr. DABL/20/03 legt de volgende selectievereisten op voor de economische en financiële draagkracht:

“De inschrijver toont zijn financiële en economische draagkracht aan door het voorleggen van:

- de jaarrekeningen van de laatste twee boekjaren, waarvan het eigen vermogen minstens positief moet zijn;
- een bankverklaring opgesteld overeenkomstig het model vervat in bijlage. Voor de Belgische inschrijver zal de aanbestedende overheid de jaarrekeningen digitaal opvragen via Telemarc.”

Het bestek schrijft voorts voor dat het de inschrijver is toegelaten verbeteringsvoorstellen (kortingen) te bieden in het geval dat hij voor meerdere percelen een offerte indient en de door hem bepaalde percelen aan hem worden gegund.

Aangaande het prijs-en kostenonderzoek bepaalt het bestek:

“A.4.4. Prijs- of kostenonderzoek (art. 35 en 37 kb Plaatsing)

Op verzoek van de aanbestedende overheid verstrekt de inschrijver alle nodige inlichtingen om het prijsonderzoek van zijn offerte mogelijk te maken.

De aanbestedende overheid kan ofwel zelf overgaan tot, ofwel een persoon aanduiden voor het uitvoeren van alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse, teneinde de juistheid na te gaan van de gegevens die de inschrijver in het raam van het prijsonderzoek heeft verstrekt.

Deze opdracht is een opdracht tegen een maandelijks vast bedrag en een kilometerprijs voor de afgelegde kilometers.

Het maandelijks vast bedrag moet een realistische weerspiegeling zijn van de vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens (bijv. huur gebouwen, personeelskosten, verzekeringen, etc.). De kilometerprijs dient een realistische weerspiegeling te zijn van de variabele kosten naargelang de inzet van de wagens (onderhoud, tanken en/of laden, etc.). De opdrachtnemer is verplicht om zijn vergoeding te baseren op deze twee componenten. Andere soorten vergoedingen of kostenstructuren (m.u.v. art. A.4.3.b - toltunnels) worden niet toegestaan op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte.

De kilometerprijs en het maandelijks vast bedrag zijn herzienbaar overeenkomstig punt B.31 prijsherziening.”

Het bestek vermeldt voorts de volgende gunningscriteria:

“- Het bedrag van de offerte (per perceel adhv het geraamd aantal km, regel van drie): 80 punten;
- Plan van aanpak (zie bijlage IX): 20 punten.”

3.3. Zeven inschrijvers dienen een offerte in. De verzoekende partij dient een offerte in voor de vier percelen.

3.4. In het kader van het prijsonderzoek vraagt de verwerende partij het advies van de cel Prijsadvies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van het departement Mobiliteit en Openbare Werken (hierna: ATO). Op 21 oktober 2020 wordt dit verstrekt.

3.5. In navolging van dit advies richt de verwerende partij een verzoek tot prijsverantwoording aan alle inschrijvers, waarna alle inschrijvers ook tijdig een prijsverantwoording verstrekken.

3.6. Inzake het gevoerde prijsonderzoek vermeldt het gunningsverslag van 10 november 2020:

“C.2.3. Prijsonderzoek

Gelet op de verschillen tussen de ingediende onderzochte offertes onderling, a.d.h.v. het mathematisch gemiddelde, alsook t.o.v. de door de aanbestedende overheid vooropgestelde raming, werd advies ingewonnen bij de cel Prijsadvies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken. Het advies werd afgeleverd op 21/10/2020.

In navolging van dit advies werden de onderzochte regelmatige inschrijvers op 22/10/2020 per aangetekend schrijven, alsook elektronisch, verzocht om bijkomende prijsverantwoording in te dienen binnen een termijn van 12 kalenderdagen overeenkomstig artikel 36 KB Plaatsing. Alle inschrijvers hebben tijdig hun verantwoording bezorgd aan de aanbestedende overheid.

De door de onderzochte inschrijvers aangeboden prijzen zijn te verklaren a.d.h.v. de invulling of keuzes die gemaakt werden ter realisatie van de opdracht. De globale offertebedragen zijn niet abnormaal, waardoor alle geselecteerde offertes voor verdere beoordeling in aanmerking komen.”

Vervolgens worden alle offertes per perceel getoetst aan de gunningscriteria. De offerte van de bv Huur een Stuur wordt voor de vier percelen als eerste gerangschikt. Voorgesteld wordt om de vier percelen van de opdracht te gunnen aan deze inschrijver.

3.7. Op 21 december 2020 beslist de verwerende partij om de vier percelen van de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de bv Huur een Stuur.

3.8. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 21 december 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen, waarna deze een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid instelt bij de Raad van State tegen de voormelde beslissingen.

3.9. Bij arrest nr. 249.703 van 2 februari 2021 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid

van de gunningsbeslissingen van 21 december 2020 met betrekking tot de vier percelen.

3.10. Op 11 februari 2021 wordt aan de bv Huur een Stuur gevraagd om bijkomende toelichting te geven over de lonen en overuren vermeld in haar prijsverantwoording.

3.11. Met betrekking tot de gegeven prijsverantwoordingen vraagt de verwerende partij opnieuw advies aan ATO. Dit bijkomend advies wordt gegeven op 1 maart 2021.

3.12. De ontvangen offertes en prijsverantwoordingen worden door de verwerende partij opnieuw onderzocht en beoordeeld en er wordt op 10 maart 2021 een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Hierin worden twee van de zeven inschrijvers niet geselecteerd wegens het niet voldoen aan de voorwaarden voor financiële en economische draagkracht omwille van een negatief eigen vermogen volgens de jaarrekeningen van 2018 en 2019. De overige vijf inschrijvers worden wel geselecteerd waarbij onder meer wordt opgemerkt dat zij elk een positief eigen vermogen volgens de jaarrekeningen van 2018 en 2019 en een bankverklaring volgens model voorleggen.

Inzake het gevoerde prijsonderzoek bevat het gunningsverslag in de eerste plaats de volgende algemene opmerking:

“C.2.3. Prijsonderzoek

Gelet op de verschillen tussen de ingediende onderzochte offertes onderling, a.d.h.v. het mathematisch gemiddelde, alsook t.o.v. de door de aanbestedende overheid vooropgestelde raming, werd advies ingewonnen bij de cel Prijsadvies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken. Het advies werd afgeleverd op 21/10/2020.

In navolging van dit advies werden de onderzochte inschrijvers op 22/10/2020 per aangetekend schrijven, alsook elektronisch, verzocht om prijsverantwoording, voor de totaalprijzen en de eenheidsprijzen met betrekking tot de prijs per km en het vaste maandbedrag, in te dienen binnen een termijn van 12 kalenderdagen overeenkomstig artikel 36 KB

Plaatsing. Alle inschrijvers hebben tijdig hun verantwoording bezorgd aan de aanbestedende overheid. Op 11/02/2021 werd aan Huur een Stuur gevraagd om bijkomende toelichting te geven over de lonen en overuren vermeld in de eerste prijsverantwoording.

Met betrekking tot de gegeven prijsverantwoordingen heeft de aanbestedende overheid andermaal advies ingewonnen bij de cel Prijsadvies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO). Dit bijkomend advies werd afgeleverd op 01/03/2021. Daarin werd vergelijking gemaakt van de directe kosten (afschrijvingskosten wagenpark, onderhoudskosten, brandstofkosten, energiekosten (elektrisch), personeelskosten chauffeurs), indirecte kosten, winstdeel en kortingen.

De door de onderzochte inschrijvers aangeboden prijzen zijn te verklaren aan de hand van de invulling of keuzes die werden gemaakt met het oog op het bepalen van de prijs in het kader van de uitvoering van de opdracht.”

Vervolgens bevat het gunningsverslag een beoordeling van de prijsverantwoordingen per inschrijver. Wat de offerte van de bv Huur een Stuur betreft, luidt deze beoordeling:

“Wat de offerte van Huur een Stuur betreft, werd een inhoudelijk onderbouwde en cijfermatige verantwoording verstrekt (Excellfile), waarbij m.n. volgende verantwoordingen worden verstrekt, aangevuld met cijfermatige toelichting:

- (i) het dynamisch karakter van de onderneming met een gespecialiseerd aanbod van diensten, m.n. de verhuur van wagens met chauffeur en luchthavenvervoer;
- (ii) het beschikken over eigen wagens en eigen chauffeurs, ondersteund door een verticaal uitgebouwde organisatiestructuur (kantoren in eigendom, garage, werkplaats, carwash, bandencontrole, tankstation, kleedruimtes, enz.), alsmede twee voltijdse IT-medewerkers belast met het uitwerken en ontwikkelen van innovatieve oplossingen met het oog op kostenbesparingen en verbeteringen van de kwaliteit;
- (iii) het beschikken over een wagenpark in eigendom, waardoor rentingkosten en andere kosten van terbeschikkingstelling kunnen worden vermeden; en
- (iv) het voeren van een efficiënt kostenbeleid en -controle ten aanzien van leveranciers en dienstverleners, waarbij de voordelen worden verwerkt in aan de klanten aangeboden prijzen.

De bijkomende korting ten belope van 10 % ingeval van een gezamenlijke gunning van de vier percelen zoals omvat door de opdracht, wordt door de inschrijver als volgt toegelicht:

- (i) het schaaffect als gevolg van de spreiding van het aantal chauffeurs, waardoor de combinatie van ritten mogelijk is, omkaderd en ondersteund door een softwaresysteem; en

- (ii) het gezamenlijk volume voortvloeiende uit de samenvoeging van de vier percelen, dat aan de inschrijver toelaat schaalvoordelen te bekomen en competitieve prijzen te onderhandelen met leveranciers en dienstverleners.

Huur een Stuur rekent bovendien geen algemene overheadkosten aan, zijnde algemene kosten verbonden aan haar operationele werking.

Teneinde een competitieve prijs te kunnen aanbieden, worden deze kosten gekwalificeerd als ‘sunk cost’ die niet op deze dienstverlening worden aangerekend.

Huur een Stuur licht verder toe dat zij de vaste en variabele kosten betreffende de uit te voeren dienstverlening aanrekent, waarbij nog een aanvaardbare marge als rendement wordt behouden.

De prijsverantwoording van Huur een Stuur dient vooreerst getoetst te worden aan artikel 28 van het KB plaatsing dat luidt als volgt:

‘De eenheidsprijzen en de globale prijzen voor iedere post van de samenvattende opmeting of van de inventaris worden opgegeven met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die posten ten opzichte van het totale offertebedrag. Alle algemene en financiële kosten alsmede de winst worden, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld over de onderscheiden posten.’

Uit de rechtspraak van de Raad van State (RvS nr. 234.189, 26 maart 2016) blijkt dat voormelde bepaling beoogt om de praktijk van frontloading (d.w.z. het toerekenen van alle algemene kosten op welbepaalde prestaties met als gevolg dat de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang is) te bestrijden.

In casu geeft de inschrijver evenwel aan dat hij geen algemene kosten aanrekent, zodat er dan ook geen sprake is van frontloading.

Echter, de vraag rijst of kan worden aanvaard dat een inschrijver met betrekking tot een uit te voeren opdracht geen algemene overheadkosten betreffende de werking van zijn onderneming toerekent op een bepaalde opdracht. Hierbij moet worden benadrukt dat uit de verstrekte cijfermatige prijsverantwoording blijkt dat met het oog op de te verrichten prestaties een prijs wordt aangerekend die niet van aard is om op het eerste gezicht de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht in het gedrang te brengen.

Uit de prijsverantwoording blijkt immers dat de directe kosten voor voertuigen die door Huur een Stuur worden in rekening gebracht in lijn liggen met de directe kosten die door andere inschrijvers gehanteerd worden. Uit de prijsverantwoording blijkt dat Huur een Stuur de laagste personeelskosten in rekening brengt van alle inschrijvers. Dit wordt verantwoord doordat Huur een Stuur slechts deels gebruik maakt van vaste chauffeurs. Een deel van de ritten zal uitgevoerd worden door zgn. associate drivers. Dit zijn veelal studenten en starters, waarvan de uurtarieven aanzienlijk lager liggen.

Huur een Stuur gaat ook uit van synergie met andere opdrachten, bij alle percelen, maar in het bijzonder met betrekking tot perceel 4. Chauffeurs hoeven dus niet ‘stand-by’ te staan, waardoor enkel de geschatte loonkost voor de effectieve prestaties in rekening werd gebracht. Het aantal uren dat

evenwel in rekening wordt gebracht [...], blijft echter voldoende, rekening houdend met de voorziene kilometers per perceel.

In de prijsverantwoording van Huur een Stuur worden de indirecte kosten niet uitdrukkelijk vermeld. Bijgevolg werd voor het prijsonderzoek de indirecte kost berekend op basis van het verschil tussen de berekende kosten uit de prijsverantwoording en de inschrijvingsprijs. Hieruit blijkt dat de indirecte kosten van Huur een Stuur in lijn liggen met de indirecte kosten van andere inschrijvers, zoals Taxi Hendriks en Eendracht, en niet als abnormaal moet worden beschouwd.

Zelfs wanneer rekening wordt gehouden met de prijskorting van 10% in geval van een gezamenlijke gunning van de vier percelen blijft de marge die Huur een Stuur hanteert, voldoende om de directe kosten te dekken. Doordat voertuigen en gebouwen eigendom zijn van Huur een Stuur en geen kosten voor dispatching aangerekend worden, is de aanbestedende overheid van mening dat dit aanvaardbaar is.

Met betrekking tot de beoordeling van de deugdelijkheid van de prijsverantwoording wordt dan ook verwezen naar volgende overwegingen uit het arrest d.d. 10 september 2020 (C-367/19) van het Europees Hof van Justitie:

‘32 Zo volgt uit lid 1 van dat artikel (69 van de Richtlijn 2014/24/EU) dat wanneer een inschrijving kan worden aangemerkt als abnormaal laag, de aanbestedende diensten van de inschrijver verlangen dat hij de daarin voorgestelde prijs of kosten nader toelicht, waarbij deze toelichtingen met name betrekking kunnen hebben op de in lid 2 van dat artikel bedoelde gegevens. Deze toelichtingen helpen dus bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van de offerte en zouden kunnen aantonen dat, hoewel de inschrijver in de betrokken offerte een prijs voorstelt van nul euro, dit geen gevolgen zal hebben voor de correcte uitvoering van de opdracht.

33 Overeenkomstig het derde lid van dat artikel moet de aanbestedende dienst de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver beoordelen en kan hij een dergelijke inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal.

34 Bij de beoordeling van deze informatie moeten bovendien de beginselen van gelijkheid en non- discriminatie tussen de inschrijvers en van transparantie en evenredigheid in acht worden genomen, die de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 moet naleven.’ [...]

Verder heeft het Hof in voormeld arrest overwogen dat, naast de gevraagde financiële tegenprestatie, d.w.z. de inschrijvingsprijs, ook andere elementen met een economische waarde door een inschrijver in rekening kunnen worden gebracht, m.n. bv.

- het bekomen van toegang tot een nieuwe markt; of
- de mogelijkheid om referenties te verwerven.

Uit de rechtvaardigingen die door de inschrijver bij zijn prijsverantwoording zijn opgenomen, blijkt dat, enerzijds, de betrokken inschrijver wenst een zo competitief mogelijke offerte in te dienen en, anderzijds, mede in het licht van de actueel bijzondere tijden en omstandigheden, bereid is om hiervoor een verregaande commerciële inspanning te doen met betrekking tot de competitiviteit van zijn offerte. Op basis van het geheel van voormelde overwegingen kan dan ook worden beslist dat, op basis van de verantwoordingen die door Huur een Stuur werden aangereikt, de eenheidsprijzen en de totaalprijzen voor de vier betrokken percelen als normaal kunnen worden aanvaard.”

Vervolgens worden de offertes van de geselecteerde inschrijvers per perceel getoetst aan de gunningscriteria. De offerte van de bv Huur een Stuur wordt voor de vier percelen als eerste gerangschikt. Er wordt voorgesteld om de vier percelen van de opdracht te gunnen aan deze inschrijver.

3.13. Op 29 april 2021 beslist de verwerende partij tot intrekking van de gunningsbeslissing van 21 december 2020.

Met een afzonderlijke beslissing van diezelfde dag beslist de verwerende partij om de vier percelen van de opdracht overeenkomstig het nieuwe gunningsverslag van 10 maart 2021 te gunnen aan de bv Huur een Stuur.

3.14. Met een aangetekend schrijven van 30 april 2021 en een e-mailbericht wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. Tussenkost

4. De bv Huur een Stuur blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende

noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 66, § 1, eerste lid, 1°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, en § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017

‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017).

De verzoekende partij vat dit middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij inschrijvingsprijzen van Huur een Stuur bv aanvaardt waarvan het maandbedrag geen realistische weerspiegeling vormt van de ‘vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens’.

Terwijl krachtens artikel 66, §1, eerste lid, 2° [lees: 1°] wet overheidsopdrachten een overheidsopdracht wordt gegund op basis van een offerte die voldoet aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de aankondiging van een opdracht en de opdrachtdocumenten. Dat een aanbestedende overheid zijn eigen regels moet respecteren, met name de bestekbepalingen. Dat het bestek voorschrijft, op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte, dat het maandelijks vast bedrag een realistische weerspiegeling moet zijn van de vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens (bijv. huur gebouwen, personeelskosten, verzekeringen, enzovoorts). Dat inschrijvers in het vast maandbedrag bijgevolg moeten aanrekenen alle vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens, zoals de kosten voor dispatching en algemene overheadkosten. Dat een offerteprijs waarbij niet alle ‘vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens’ worden doorgerekend, leidt tot de substantiële onregelmatig[heid] van de offerte. Dat een aanbestedende overheid bij een openbare procedure met een opdracht met een geraamde waarde hoger dan de drempel voor Europese bekendmaking, verplicht is om de substantieel onregelmatige offerte te weren.

Zodat zijn geschonden artikel 66, §1, eerste lid, 1° wet overheidsopdrachten, het beginsel patere legem quam ipse fecisti en artikel 76, §1 vierde lid, 3° en §3 KB Plaatsing.”

De verzoekende partij wijst erop dat uit het gunningsverslag blijkt dat de bv Huur een Stuur bepaalde kosten niet doorrekent aan de verwerende partij, namelijk algemene overheadkosten – dit zijn volgens haar vaste bedrijfskosten ongeacht de inzet van de wagens – en de kosten voor de dispatching – dit zijn ook personeelskosten die behoren tot de vaste kosten. Hieruit mag worden afgeleid dat de bv Huur een Stuur heeft ingeschreven met een maandvergoeding “waarbij enkele ‘vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens’ niet worden doorgerekend”, wat volgens haar irrealistisch en strijdig is met de bestekbepalingen.

Beoordeling

7.1. De verzoekende partij verwijst in haar middel naar de besteksbepaling “A.4.4. Prijs- of kostenonderzoek (art. 35 en 37 kb Plaatsing)” (zie hiervoor na randnummer 3.2) waarin onder meer is bepaald dat het een opdracht betreft tegen enerzijds een maandelijks vast bedrag en anderzijds een kilometerprijs voor de afgelegde kilometers, dat het maandelijks vast bedrag een realistische weerspiegeling moet zijn van “de vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens”, dat de kilometerprijs dit ook moet zijn voor “de variabele kosten naargelang de inzet van de wagens” en dat andere soorten vergoedingen of kostenstructuren niet worden toegestaan op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte.

7.2. In de mate dat de verzoekende partij uit deze besteksbepaling afleidt dat het bestek de inschrijvers zou verplichten om door middel van het vast maandbedrag alle vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens aan te rekenen, en dit op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte, lijkt het middel te steunen op een verkeerde lezing van die bepaling.

Immers, zoals ook blijkt uit het opschrift ervan, kadert deze besteksbepaling in de eerste plaats in het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en volgende van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Het is in dit kader dat het al dan niet realistisch karakter van de prijzen dient te worden onderzocht, waarbij het bestek verduidelijkt dat het maandelijks vast bedrag een realistische weerspiegeling moet zijn van “de vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens”. Hiermee lijkt tevens te worden aangegeven dat de prijzen die de inschrijvers voor deze post invullen op de inventaris dekkend moeten zijn en zodoende in de loop van de uitvoering van de opdracht geen extra vaste kosten mogen worden doorgerekend.

Wel lijkt de inschrijver verplicht te zijn om zijn vergoeding te steunen op twee componenten: een maandelijks vast bedrag en een kilometerprijs, waarbij andere soorten vergoedingen of kostenstructuren niet zijn toegestaan op straffe van substantiële onregelmatigheid van de offerte. Dat de gekozen inschrijver voor alle percelen zijn vergoeding heeft gegrond op een maandelijks vast bedrag en een kilometerprijs, wordt door de verzoekende partij echter niet betwist.

7.3. De vraag of het niet aanrekenen van overheadkosten en kosten voor dispatching tot gevolg heeft dat het maandelijks vast bedrag geen realistische weerspiegeling is van “de vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens”, en de offerte aldus met een abnormale prijs is behept, betreft aldus een vraag die kadert in het prijsonderzoek. Dit komt in het tweede middel aan bod.

7.4. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 36, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

De verzoekende partij vat dit middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij de prijsverantwoording van Huur een Stuur bv heeft aanvaard en heeft geoordeeld dat de totale inschrijvingsprijs geen abnormaal karakter vertoont. Dat uit deze prijsverantwoording blijkt dat de vermoedelijk abnormaal lage prijs gerechtvaardigd wordt met het niet-doorrekenen van diverse kosten die de gekozen inschrijver zal maken voor de uitvoering van de opdracht.

Terwijl een aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek uitvoert, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. Dat het doel van het prijzen- of kostenonderzoek is om ‘fantasieprijzen te weren die, in feite, het normale spel van de mededinging zouden vervalsen, een schadelijke invloed zouden hebben op de uitvoering van de aanneming of het zouden mogelijk maken met misbruik te speculeren’. Dat een normale prijs een prijs is die de opdrachtnemer toelaat om na aftrek van al zijn kosten een redelijke winstmarge over te houden. Dat een abnormale lage prijs een prijs is die lager is dan wat voor de inschrijver in kwestie en voor de markt mogelijk is. Dat een aanbestedende overheid bij het vermoeden van een abnormaal (lage) prijs of prijzen de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording bevrage. Dat een prijsverantwoording toelaat om te oordelen dat de voorgestelde inschrijvingsprijzen al dan niet normaal zijn. Dat wanneer (1) uit de prijsverantwoording blijkt dat de inschrijver bepaalde kosten voor de uitvoering van de opdracht niet zal doorrekenen aan de aanbestedende overheid en (2) uit de offerte en

diezelfde verantwoording niet blijkt dat deze kosten gedekt worden door andere middelen dan de vergoeding van de aanbestedende overheid of nul zijn, de aanbestedende overheid onmogelijk kan oordelen dat de gehanteerde inschrijvingsprijs normaal is oftewel volstaat voor de inschrijver om een redelijke winstmarge over te houden. Dat de aanbestedende overheid op basis van dergelijke prijsverantwoording verplicht is om de totale inschrijvingsprijs te beschouwen als abnormaal laag en de offerte nietig te verklaren.

Zodat is geschonden artikel 84 wet overheidsopdrachten en artikel 36, §2 en §3 KB plaatsing.”

De verzoekende partij wijst erop dat uit het gunningsverslag blijkt dat de bv Huur een Stuur haar prijs verantwoordt door te verwijzen naar het feit dat zij de algemene overheadkosten niet doorrekent evenmin als de kosten van de dispatching, zonder hiervoor een rechtvaardiging te geven. Voorts waagt de gekozen inschrijver zich volgens de verzoekende partij aan een prijs die haar geen redelijke winstmarge geeft.

Beoordeling

9.1. Uit het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing steunt, en de stukken van het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij, na het arrest van de Raad van State nr. 249.703 van 2 februari 2021 waarbij de eerdere gunningsbeslissingen in hun tenuitvoerlegging werden geschorst, de aan de inschrijvers gevraagde prijsverantwoordingen opnieuw heeft onderzocht en aan de gekozen inschrijver nog een bijkomende prijsverantwoording heeft gevraagd, waarna zij nog een tweede prijsverantwoording heeft ontvangen.

Ook blijkt dat de verwerende partij met betrekking tot deze prijsverantwoordingen andermaal advies heeft gevraagd aan ATO, die dit bijkomende advies op 1 maart 2021 verstrekke. Zoals ook vermeld in het gunningsverslag, wordt daarin een vergelijking gemaakt van de directe kosten (afschrijvingskosten wagenpark, onderhoudskosten, brandstofkosten, energiekosten (elektrisch), personeelskosten chauffeurs), indirecte kosten, winstdeel en kortingen. Na dit onderzoek blijkt ATO te hebben geadviseerd om de prijzen, en dus ook de prijzen opgegeven door de gekozen inschrijver, als normaal

te beschouwen. Deze conclusie heeft de verwerende partij in het gunningsverslag van 10 maart 2021 gevolgd waarbij zij ook motieven uit het voormelde advies van ATO blijkt te hebben hernomen.

9.2. De aanbestedende overheid beschikt over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag wel nagaan of de motieven, op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen en dat daarbij de appreciatie van het bestuur de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan.

9.3.1. Anders dan de verzoekende partij laat uitschijnen, blijken de prijsverantwoordingen van de gekozen inschrijver – waarvan de Raad ondanks het vertrouwelijk karakter mag kennis nemen – geenszins te zijn beperkt tot het gegeven dat bepaalde kosten niet zullen worden doorgerekend aan de verwerende partij.

9.3.2. In haar kritiek op de motieven, wat het niet doorrekenen van bepaalde kosten aan de verwerende partij betreft, lijkt de verzoekende partij voorts voorbij te gaan aan de voormelde beoordelingsruimte waarover de aanbestedende overheid beschikt om de gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden.

Overigens lijkt er ook geen wettelijke of reglementaire definitie van het begrip “abnormaal lage prijs” voorhanden, minstens brengt de verzoekende partij er geen naar voren. Het onderzoek naar een dergelijke prijs lijkt op de eerste plaats verband te houden met de vraag naar de betrouwbaarheid van de offerte en de al dan niet mogelijke correcte uitvoering van de opdracht tegen de voorgestelde prijs, doelstelling die de verwerende partij hier lijkt te hebben gehanteerd.

Waar de verzoekende partij nog betoogt dat een normale prijs

een prijs is “die de opdrachtnemer toelaat om na aftrek van al zijn kosten een redelijke winstmarge over te houden”, valt op te merken dat zij daarbij geenszins verwijst naar een wettelijke definitie maar naar een omzendbrief tegen sociale dumping met aanbevelingen gericht aan de federale aanbestedende overheden.

Er blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat de verwerende partij haar beoordelingsruimte is te buiten gegaan door de niet doorrekening van algemene overheadkosten en kosten voor dispatching af te zetten tegenover de betrouwbaarheid van de offerte en de al dan niet mogelijk correcte uitvoering van de opdracht tegen de voorgestelde prijs.

9.3.3. In de mate dat er in het middel wordt van uitgegaan dat de gekozen inschrijver geen rechtvaardiging zou hebben gegeven voor de niet-doorgerekende kosten, lijkt het middel feitelijke grondslag te missen. Zowel de eerste als de tweede prijsverantwoording van de gekozen inschrijver bevatten wel degelijk een toelichting aangaande de niet-doorrekening van de zogenaamde “algemene overheadkosten” en “kosten voor dispatching”, waarmee zowel ATO als de verwerende partij blijken rekening te hebben gehouden. Hierbij lijkt op het eerste gezicht ook te zijn verduidelijkt welke kosten door deze inschrijver onder het begrip “overhead kosten” worden begrepen, wat zij onder de uitdrukking “sunk cost” verstaat evenals waarom deze kosten volgens haar gedragen kunnen worden met andere middelen dan de vergoeding van de verwerende partij. Zelfs indien het hanteren van het begrip “sunk cost” in de gegeven context feitelijk gezien niet correct zou zijn, zoals de verzoekende partij beweert, blijkt uit het geheel van de toelichting op het eerste gezicht wel duidelijk wat daaronder diende te worden begrepen.

Dat de gekozen inschrijver zich zou wagen aan een prijs die haar geen redelijke winstmarge geeft, lijkt overigens te worden tegengesproken door het gunningsverslag zelf waar wordt opgemerkt: “Huur een Stuur licht verder toe dat zij de vaste en variabele kosten betreffende de uit te voeren dienstverlening aanrekent, waarbij nog een aanvaardbare marge als rendement wordt behouden”. Dit lijkt ook bevestiging te vinden in de verstrekte prijsverantwoordingen.

9.3.4. De verzoekende partij maakt aldus *prima facie* niet aannemelijk dat de verwerende partij, door in de gegeven omstandigheden omwille van het niet doorrekenen van de betrokken kosten geen abnormaliteit van de totaalprijs, dan wel de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver voor de betrokken percelen vast te stellen, de perken van haar beoordelingsruimte waarover zij beschikt in het kader van het prijsonderzoek, zou te buiten zijn gegaan.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 36, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en van het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De verzoekende partij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat verwerende partij de prijsverantwoording heeft aanvaard en bijgevolg de totale inschrijvingsprijzen van de gekozen inschrijver heeft gekwalificeerd als normaal op basis van prijsverantwoording zonder cijfermatige gegevens over de indirecte kosten en op basis van motieven die onvoldoende bewezen zijn.

Terwijl de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs verzoekt. Dat dit verzoek impliceert dat de inschrijver de cijfermatige samenstelling van de bevroagde eenheidsprijs levert. Dat een aanbestedende overheid de gegeven prijsverantwoording op zorgvuldige wijze dient te onderzoeken. Dat het bestuur zijn beslissing op een zorgvuldige feitenvinding dient te steunen zodat het op basis van een afdoend en volledig onderzoek van het concrete geval tot zijn besluit komt. Dat ingevolge het materiële motiveringsbeginsel de aanvaarding van de prijsverantwoording en het besluiten tot normaliteit van een prijs moet steunen op motieven die voldoende bewezen zijn.

Zodat zijn geschonden artikel 36, §2, eerste lid KB Plaatsing, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

In de toelichting bij haar middel betoogt de verzoekende partij op de eerste plaats dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij van de gekozen inschrijver geen cijfermatige informatie zou hebben gekregen over de indirecte kosten, en dus, volgens de verzoekende partij, over de zogenaamde vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens. De verwerende partij zou zelfs zo ver gegaan zijn dat zij zelf een berekening hiervan heeft gemaakt, welke berekening de verzoekende partij ook betwist. De verwerende partij heeft de eenheidsprijs “indirecte kosten” volgens de verzoekende partij dan ook normaal verklaard zonder een concreet zicht te hebben op het bedrag van deze eenheidsprijs. Ook lijkt zij een oordeel te hebben geveld over de abnormaliteit van de totale inschrijvingsprijs zonder dat zij kennis had van de correcte cijfers van één van de twee eenheidsprijzen.

Vervolgens uit de verzoekende partij kritiek op de in het gunningsverslag opgenomen motivering aangaande de directe kosten, dit is volgens de verzoekende partij de andere eenheidsprijs, namelijk de kilometervergoeding. Zo maakt de aanwezigheid van leasingschulden het motief “voertuigen en gebouwen in eigendom” volgens haar toch onzeker, minstens onvoldoende bewezen. Daarnaast mocht de verwerende partij volgens haar geen rekening houden met de kosten voor dispatching bij de beoordeling van het abnormaal karakter van de eenheidsprijs voor directe kosten, nu dit volgens haar een indirecte kost betreft. Ook de beoordeling van de directe kosten is volgens de verzoekende partij dus onzorgvuldig gebeurd.

Beoordeling

11.1. In de mate dat de verzoekende partij opmerkt dat de gekozen inschrijver geen cijfermatige informatie zou hebben gegeven over de indirecte kosten, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat deze kritiek feitelijke grondslag lijkt te missen. Uit de stukken van het administratief dossier lijkt immers te mogen worden afgeleid dat de gekozen inschrijver voor alle percelen wel degelijk een maandelijks vast bedrag voor de vaste kosten ongeacht de inzet van de wagens heeft opgegeven en dat hij deze opgegeven prijs in zijn prijsverantwoording met cijfermatige gegevens blijkt te hebben ondersteund.

11.2. In zoverre de verzoekende partij haar pijlen richt op de in het gunningsverslag opgegeven motieven inzake de directe kosten, lijkt haar kritiek evenzeer onterecht om de volgende redenen.

Op de eerste plaats valt op te merken dat deze beperkt is tot slechts twee punctuele kritieken. Op het eerste gezicht lijken ze niet van aard om te concluderen dat de verwerende partij het prijsonderzoek, wat de tweede prijscomponent betreft, namelijk de variabele kosten naargelang de inzet van de wagens, onzorgvuldig zou hebben gevoerd. De overige motieven worden door de verzoekende partij niet betwist.

Voorts, wat de leasingschulden betreft waarnaar de verzoekende partij verwijst, blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij onzorgvuldig zou hebben gehandeld door zich bij het prijsonderzoek te steunen op de voorgelegde prijsverantwoordingen en het advies van ATO. De tussenkomen de partij voegt thans bovendien een verklaring op eer toe van een externe boekhouder waaruit blijkt dat deze post geen betrekking heeft op het rollend materieel, maar wel op het bureau van de zaakvoerder naast zijn privéwoning in Koolskamp. De bewuste schulden lijken dan ook geen afbreuk te doen aan de verwijzing in de prijsverantwoording en de motivering in het gunningsverslag naar het wagenpark en gebouw te Gent in eigendom.

Ten slotte lijkt enkel naar de niet aanrekening van kosten voor dispatching te worden verwezen bij de korting. In haar kritiek op het onderzoek wat de directe kosten betreft lijkt de verzoekende partij volkomen voorbij te gaan aan het volgende essentiële motief uit het gunningsverslag: “Uit de prijsverantwoording blijkt immers dat de directe kosten voor voertuigen die door Huur een Stuur worden in rekening gebracht in lijn liggen met de directe kosten die door andere inschrijvers gehanteerd worden. Uit de prijsverantwoording blijkt dat Huur een Stuur de laagste personeelskosten in rekening brengt van alle inschrijvers. Dit wordt verantwoord doordat Huur een Stuur slechts deels gebruik maakt van vaste chauffeurs. Een deel van de ritten zal uitgevoerd worden door zgn. associate drivers. Dit zijn veelal studenten en starters, waarvan de uurtarieven aanzienlijk lager liggen”.

11.3. Het middel is niet ernstig.

D. Vierde en vijfde middel

12. Ter terechtzitting doet de verzoekende partij bij monde van haar raadsman afstand van deze middelen.

VII. Besluit

13. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Huur een Stuur tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van acht juni tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest

kamervoorzitter

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest