

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.002 van 5 september 2017
in de zaak A. 218.520/XII-8090**

In zake: de VZW BODEMKUNDIGE DIENST VAN BELGIË
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mario Deketelaere
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE MILIEUMAATSCHAPPIJ (VMM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stéphane Libeer

Tussenkommende partij :

de NV EUROFINS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bert Luyten en Karen Vermaere
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Oudeleeuwenrui 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 februari 2016, strekt tot de nietigverklaring van “de gemotiveerde gunningsbeslissing van de Vlaamse Milieu-maatschappij dd. 7 december 2015 inzake de open aanbesteding ‘Onderzoek naar de aanwezigheid van stikstofverbindingen in het freatisch grondwater – Regio West-Vlaanderen – meetcampagne 2016 (bestek nr. AOW/L 2015 S 0006 X)’”.

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.

De nv Eurofins Belgium heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 26 april 2016. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juni 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Mario Deketelaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Matthias Kirsch, die *loco* advocaat Stéphane Libeer verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Philippe Loix, die *loco* advocaat Bert Luyten verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp “Onderzoek naar de aanwezigheid van stikstofverbindingen in het freatisch grondwater — Meetcampagne 2016 — Regio West-Vlaanderen”.

De gekozen gunningswijze is de open aanbesteding.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 253.669,24 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 oktober 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 7 oktober 2015.

3.3. Twee inschrijvers dienen een offerte in voor de opdracht:

- de vzw Bodemkundige Dienst van België voor een bedrag van 204.990,94 euro, btw inbegrepen;
- de nv Eurofins Belgium aan 154.659,54 euro, btw inbegrepen.

3.4. Op 3 december 2015 wordt een gunningsverslag opgesteld. De beide inschrijvers worden geselecteerd en hun offertes worden regelmatig beschouwd. Wat het onderzoek naar abnormale prijzen betreft, luidt de motivering in het gunningsverslag:

“In bijgevoegde tabel wordt een overzicht gegeven van de biedingen en raming per post en de algemene totalen. Het gemiddelde van de inschrijvingen (btw inbegrepen) bedraagt 179.825,24 euro. De grenswaarde (85 % van het gemiddelde) van het bedrag van een inschrijving, waaronder het bestuur moet nagaan of de inschrijving als mogelijk abnormaal laag of abnormaal hoog moet worden beschouwd, is niet van toepassing omwille van het beperkte aantal inschrijvingen (minder dan 4 offertes).

De offerte van de nv Eurofins Belgium is de laagste, waarbij het inschrijvingsbedrag 99.009,70 € (39,0 %) minder bedraagt dan de geraamde prijs van 253.669,24 € (incl. btw). De bieding van de vzw Bodemkundige Dienst van België ligt 19,2 % onder dezelfde raming.

Gelet op de reeds opgedane ervaring en automatisering van de uit te voeren taken bij voorgaande gelijkaardige opdrachten voor dezelfde en andere staalnameregio's (toen nog als Envirotex nv en Eurofins Environment Testing Belgium nv - alle twee bedrijven maken nu deel uit van de Eurofins Holding waar ook bv Eurofins Analytico en Eurofins Omegam toebehoren) wordt geoordeeld dat de inschrijvingsprijs van de nv Eurofins Belgium niet abnormaal laag is. Met automatisering wordt hier o.a. verbeterde monsternametechnieken, monsternameschema's, optimalisatie van waterstaaltransport en efficiëntere inzet en verplaatsing van werkkrachten bedoeld.

De inschrijvingsprijs van de Bodemkundige Dienst van België ligt ook onder de raming, gebaseerd op de prijzen die zij – als uitvoerder van de opdracht in de voorbije jaren – hanteerden. Ook voor de Bodemkundige Dienst van België kan worden gesteld dat omwille van doorgevoerde optimalisaties de sterk verlaagde prijs – mede gelet op de uitstekende kennis van de inhoud van de opdracht – niet als abnormaal laag kan worden beschouwd.”

3.5. Op 7 december 2015 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht aan de nv Eurofins Belgium te gunnen.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.6. Op 18 en 22 december 2015 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten, leveringen en diensten’, van artikel 21, § 1, en § 3 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het

koninklijk besluit Plaatsing) en van “de beginselen van behoorlijk bestuur (in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht)”.

De verzoekende partij doet in essentie gelden dat de verwerende partij de totale offerteprijs van de gekozen inschrijver als abnormaal laag had moeten aanwijzen.

Deze offerteprijs is 25 % lager dan deze van de verzoekende partij en 39,0 % lager dan de raming. De motivering die de verwerende partij geeft om deze offerteprijs toch als normaal te beschouwen is, aldus de verzoekende partij, geenszins afdoende. Zij betoogt daartoe:

- de gekozen inschrijver beschikt niet over dezelfde “uitstekende kennis van de opdracht zelf” als de verzoekende partij, aangezien deze inschrijver enkel gelijkaardige opdrachten heeft uitgevoerd;
- de prijzen voor de post “analysen van pesticiden” zullen bij de gekozen inschrijver in principe hoger zijn dan die geboden door de verzoekende partij aangezien de verzoekende partij zelf prijs vroeg aan “de Eurofins entiteiten” en de geboden prijs merkkelijk hoger is dan de prijs die zij zelf aanbiedt voor deze analyses; het gunningsverslag verwijst naar een bijgevoegde tabel met overzicht van de biedingen en de ramingen maar deze werd niet aan de verzoekende partij bezorgd;
- de verwijzing naar de reeds opgedane ervaring en de automatisering van de taken door de gekozen inschrijver is uitermate vaag en weinig concreet; er blijkt niet dat de verwerende partij hierover informatie heeft ingewonnen bij de gekozen inschrijver overeenkomstig artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing;
- waar de verwerende partij verwijst naar “verbeterde monsternametechnieken, monsternameschema’s, optimalisatie van waterstaaltransport en efficiëntere inzet van werkkrachten” valt volgens de verzoekende partij niet in te zien hoe dit ertoe leidt de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver niet als abnormaal te beschouwen; deze elementen zijn

vastgelegd in het bestek, moeten verplicht op de voorgeschreven manier worden uitgevoerd en zijn ingecalculeerd in de raming van de aanbestedende overheid.

Voorts wijdt de verzoekende partij een betoog aan het niet-abnormaal verklaren van haar eigen totale offerteprijs door de verwerende partij. In dit verband merkt zij op dat zij niet werd bevraagd door de verwerende partij en deze motieven dus niet berusten op enige nadere toelichting van harentwege.

5. In haar memorie van antwoord weerlegt de verwerende partij de inhoudelijke kritiek van de verzoekende partij op de motivering voor het aanvaarden van de totale offerteprijs van de gekozen inschrijver.

De verwerende partij doet in de eerste plaats gelden dat artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing te dezen niet van toepassing is nu er minder dan vier offertes zijn. Er kan geen gemiddelde worden berekend waarop de 15%-regel van toepassing is. Dat de offerteprijs van de gekozen inschrijver 26,6 % lager ligt dan deze van de verzoekende partij doet volgens de verwerende partij niet ter zake: de offerte van de verzoekende partij kan niet als een objectief beoordelingscriterium worden gehanteerd. Volgens de verwerende partij moet rekening worden gehouden met het gemiddelde van beide offertes en wijken beide offertes 15,3 % af van dat gemiddelde.

Dat de offerteprijs van de gekozen inschrijver 39 % lager ligt dan de raming wordt expliciet vermeld en besproken in het gunningsverslag. De raming kan een objectief vergelijkingspunt uitmaken, maar te dezen lijkt de gemiddelde prijs belangrijker dan de raming. Beide inschrijvers hebben de opdracht in het verleden al uitgevoerd en zij zijn jarenlange concurrenten. In het verleden (2009 en 2012) heeft de verzoekende partij zelf al offertes ingediend die aanzienlijk onder de raming en de gemiddelde offerteprijs lagen: in 2012 een prijs die 20 % onder de gemiddelde inschrijvingsprijs lag en 29,1 % onder de raming. Ook nu bood de verzoekende partij een prijs die 9,1 % lager lag dan haar prijs uit

2012. De verzoekende partij is zich dus bewust van de dalende prijzen op de markt van de laboratoriumanalyses en de oorzaken daarvan. De verzoekende partij kan niet onwetend zijn over de ervaring en de uitrusting van de gekozen inschrijver, die de meetcampagnes uitvoerde van 2009 tot 2011, nu de verzoekende partij, toen zij de opdracht uitvoerde van 2012 tot 2015, een beroep deed op deze onderneming voor de pesticidenbepaling. De verzoekende partij kan dus niet beweren dat het aanvaarden van de afwijking ten aanzien van de raming niet voldoende draagkrachtig werd gemotiveerd, te meer nu haar eigen offerte eveneens aanzienlijk afwijkt van de raming en op gelijkaardige gronden werd aanvaard.

Het feit dat de verzoekende partij een lagere prijs bood voor de pesticidenanalyse dan de prijs die de gekozen inschrijver haar zou hebben geboden in het kader van een onderaanneming wordt door de verwerende partij als irrelevant verworpen. De gekozen inschrijver zal immers niet noodzakelijk dezelfde prijs aanbieden voor het uitvoeren van een gedeelte van de opdracht als onderaannemer voor een rechtstreekse concurrent, dan de prijs die hij in het kader van de gunning van de gehele opdracht voor ditzelfde gedeelte aanbiedt.

Er was volgens de verwerende partij te dezen geen reden om de verzoekende partij of de gekozen inschrijver te bevragen en er is geen sprake van een schijnbaar abnormale prijs aangezien er geen afwijking is van meer dan 15% ten opzichte van het gemiddelde. Er bestaat bovendien geen wettelijke verplichting om een inschrijver te bevragen wanneer deze niet wordt geweerd.

De stelling van de verzoekende partij dat de motivering vaag en niet concreet zou zijn, kan niet worden aanvaard; de verzoekende partij is immers vertrouwd met de elementen waar de verwerende partij naar verwijst. De gekozen inschrijver voerde de opdracht zelf uit van 2009 tot 2011 en van 2012 tot 2015 in onderaanneming van de verzoekende partij.

Dat de tabel met het overzicht van de biedingen en de raming per post niet werd bijgevoegd, wordt volgens de verwerende partij verklaard door het vertrouwelijk karakter daarvan, dat zij krachtens artikel 11 van de voormelde wet van 15 juni 2006 moet waarborgen.

Ten slotte doet de verwerende partij nog gelden dat waar de verzoekende partij de conclusie van de verwerende partij tot het aanvaarden van haar eigen prijsofferte volledig kan onderschrijven, zij in feite haar eigen stelling betreffende het beweerd onzorgvuldig prijsonderzoek ondergraaft. De motivering ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij en deze van de gekozen inschrijver verschillen immers niet fundamenteel.

6. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij dat het feit dat de offerte van de gekozen inschrijver 25 % lager ligt dan de hare, niet relevant zou zijn voor de vaststelling dat er minstens een schijn is dat de door deze inschrijver geboden prijs abnormaal is. De verwerende partij kan evenmin ernstig beweren dat de raming niet relevant is. Zij schrijft deze opdracht sinds jaar en dag uit en mag dus worden geacht een onderbouwde raming te hebben opgesteld. Dat de door de gekozen inschrijver geboden prijs 39 % onder de raming ligt, is dus een aanwijzing voor een mogelijk abnormale prijs. In de memorie van antwoord erkent de verwerende partij dat er sprake is van “een aanzienlijke afwijking t.o.v. de raming”, wat een indicatie is dat zij de prijs van de gekozen inschrijver als abnormaal beschouwde maar het niet noodzakelijk vond hierover vragen te stellen.

De verwerende partij stelt voorts in de motivering onterecht de nv Envirotox en de nv Eurofins Environment Testing gelijk aan de gekozen inschrijver.

Waar de verwerende partij in de memorie van antwoord erop wijst dat zij de eenheidsprijzen niet kan vrijgeven en deze als vertrouwelijk stuk

neerlegt, bevestigt zij, aldus de verzoekende partij, evenwel niet dat zij deze op hun al of niet abnormaal karakter heeft onderzocht.

7. De tussenkomen de partij wijst erop dat, aangezien de verwerende partij van oordeel was dat beide offertes geen abnormale prijzen bevatten, de verwerende partij niet verplicht was om een prijsverantwoording te vragen. De verwerende partij heeft de offerteprijs nooit als schijnbaar abnormaal aangemerkt en motiveert haar beslissing om de prijzen niet als abnormaal te bestempelen voldoende.

Zij benadrukt voorts dat haar offerte 13,9 % onder het gemiddelde van beide offertes ligt en er dus geen substantieel prijsverschil is. Er is geen sprake van een schijn van abnormaliteit. Uit de historiek van vergelijkbare opdrachten blijkt dat de evolutie van de prijzen in dalende lijn ligt. De verzoekende partij mag haar eigen offerteprijs niet als vergelijkingspunt hanteren nu er maar twee offertes werden ingediend.

Ook de tussenkomen de partij meent dat het argument over de prijs voor de postanalyse van pesticiden irrelevant is; zij biedt immers niet altijd dezelfde prijzen voor dezelfde diensten, elke offerte is verschillend en berust op verschillende omstandigheden.

De tussenkomen de partij verklaart dat zij in het verleden al gelijkaardige opdrachten heeft uitgevoerd. Zij wijst daarnaast op de “exponentiële” groei van haar onderneming en het marktleiderschap ervan, zij zou 23.000 werknemers hebben en 225 laboratoria in 39 landen. Dit schaalvoordeel levert volgens haar besparingen op, ook voor de huidige opdracht.

8. In haar laatste memorie gaat de verwerende partij in repliek op het voor haar negatieve auditorsverslag nog achtereenvolgens in op de raming als evaluatiecriterium voor abnormale prijzen, de ervaring door de gekozen

inschrijver opgedaan bij voorgaande gelijkaardige opdrachten en de motivering in verband met de “automatisering van de opdracht”.

Wat de raming betreft, na er aan te hebben herinnerd dat het bedrag ervan niet als enig criterium “moet” worden gebruikt ter beoordeling van de abnormaliteit van de prijszetting, meent zij dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, de vraag of de prijszetting van een offerte dient onderzocht te worden op haar abnormaliteit en, anderzijds, de vraag of een offerte na onderzoek dient te worden aanvaard of verworpen. Het antwoord op de eerste vraag, alwaar de verwerende partij inderdaad de raming als criterium hanteerde, dient volgens haar voor beide ingediende offertes, bevestigend te worden beantwoord. Bij de tweede vraag is echter volgens haar de raming minder relevant, en moet de beslissing om een prijs al dan niet te aanvaarden worden beoordeeld in het licht van de concreet geboden prijzen. Zij achtte beide prijzen aanvaardbaar rekening houdend met de ervaring van beide inschrijvers, enerzijds, en de automatisering of optimalisering, anderzijds. Zij verwijst tevens naar de opmerking in het gunningsverslag dat de raming gebaseerd werd op de prijzen die de verzoekende partij – als uitvoerder van de opdracht in de voorbije jaren – hanteerde. Indien het haar verweten zou worden dat zij bij de raming onvoldoende rekening heeft gehouden met een eventueel te verwachten verdere daling van de marktprijzen, dan kan haar alleszins niet meer worden verweten dat zij dit ook bij de beslissing tot aanvaarden van de prijzen zou hebben gedaan door vast te houden aan een raming die mogelijks onvoldoende inspeelde op de concrete evolutie van de markt.

Voorts bespreekt de verwerende partij in detail de concrete situatie van de laboratoria en juridische entiteiten waarnaar verwezen wordt in het gunningsverslag om de bijzondere ervaring van de huidige inschrijver met de opdracht te staven. Meer bepaald wijst zij erop dat de laboratoriumactiviteit van de nv Envirotox, met inbegrip van personeel en infrastructuur, werd overgenomen door de nv Eurofins Belgium in 2008, zodat het bijgevolg geenszins lichtzinnig of onzorgvuldig was om in het gunningsverslag te verwijzen naar de

door de nv Envirottox opgedane ervaring met betrekking tot dezelfde opdracht van 2006 tot 2008 in bepaalde regio's. De nv Eurofins Belgium zelf voerde vervolgens de opdracht uit vanaf 2009 tot 2011 voor bepaalde regio's. De verzoekende partij kan niet ernstig beweren dat zij er niet van op de hoogte was dat de nv Eurofins Belgium de meting van het freatisch grondwater in die periode uitvoerde voor alle regio's op twee na, en dat deze ook als onderaannemer van de verzoekende partij zelf optrad voor het gedeelte van de opdracht dat betrekking had op de analyse van de pesticiden van 2012 tot 2015 in alle regio's.

Tevens meent de verwerende partij dat ook de verwijzing naar de ervaring van de nv Eurofins Environment Testing Belgium helemaal niet vaag of ondoeltreffend is: zij heeft dezelfde bestuurder als de gekozen inschrijver, beide "hebben binnen de Eurofins-groep ook een vergelijkbare core-business, met dien verstande dat de oorsprong van de ene entiteit in het labo Becewa ligt en de andere in het labo Envirottox" en zij heeft een inhoudelijk zeer vergelijkbare opdracht – weliswaar met betrekking tot het diepere grondwater – uitgevoerd in 2014 en 2015. De verzoekende partij was daarvan uiteraard op de hoogte, vermits zij voor die opdracht had ingeschreven maar niet werd gekozen. Die opdracht werd overgedragen aan de bv Eurofins Analytico in de loop van 2015, een vennootschap naar Nederlands recht, die zelf ook over de nodige VLAREL-erkenningsbewijzen beschikt en die ook dezelfde bestuurder heeft. Dit is ook het laboratorium waarop de nv Eurofins Belgium een beroep zal doen voor de uitvoering van de huidige opdracht. De verwijzing naar de ervaring van deze vennootschappen betreft gelijkaardige opdrachten: er is in de concrete uitvoering slechts een klein verschil wat de concrete producten betreft die in het kader van de analyses gedetecteerd moeten worden.

Wat ten slotte de motivering in verband met de "automatisering van de opdracht" betreft, betwist de verwerende partij dat dit motief met betrekking tot "de monsternametechnieken, monsternameschema's, optimalisatie van waterstaaltransport en efficiëntere inzet en verplaatsing van werkkrachten" een vaag en nietszeggend karakter zou hebben ten opzichte van de prijszetting

van de gekozen inschrijver. Integendeel, uit de ervaringen van de verwerende partij met de gekozen inschrijver en met het laboratorium waarop deze partij in de uitvoering van de opdracht een beroep zou doen – de bv Eurofins Analytico – is gebleken dat zij op dit vlak een erg doorgedreven automatisering heeft kunnen doorvoeren, die een scherpe prijszetting kan toelaten. De automatisering waarnaar verwezen wordt in het gunningsverslag, verwijst wel degelijk naar concrete kostenbesparende technieken die evenwel niet als dusdanig in het gunningsverslag kunnen worden besproken wegens de vertrouwelijkheid. Bijvoorbeeld door de toepassing van multiparameteranalyses kunnen een groot deel van de te bepalen stoffen worden gedekt en aldus een hoop werk en tijd worden bespaard.

Ook wijst de verwerende partij erop dat in dit specifieke marktsegment van de laboratoriumanalyses er een doorgedreven specialisatie aan de orde is, hetgeen een scherpere prijszetting toelaat.

9. De tussenkomende partij benadrukt in haar laatste memorie dat de verwerende partij *in casu* over een zeer ruime beoordelingsvrijheid beschikt en dat het hoofddoel van het prijsonderzoek de bescherming van de overheid zelf is. Een loutere verwijzing naar een procentueel verschil tussen de door haar geboden offerteprijs en de geschatte raming door de verwerende partij volstaat niet om concreet aannemelijk te maken, waarom deze prijs niet realistisch is. Zij wijst op het belang van de volgende elementen:

- “beide offertes liggen beduidend lager dan de raming van de VMM. Dit toont aan dat de raming overschat is. Bovendien weet de VMM uit ervaring dat de ingediende offertes steeds onder de raming vallen (zie de historiek van vergelijkbare opdrachten, 2009 en 2012). Een lagere offerte dan de raming staat dan ook niet in de weg om de offerte van Eurofins te aanvaarden.

[...]

Het loutere feit dat de globale prijzen afwijken van de raming is op het eerste zicht dan ook niet van die aard dat het een zorgvuldige overheid verplicht om bijzonder prijsverantwoording op te vragen, wanneer deze afwijking geldt voor de totaalprijzen van alle inschrijvers;

- De offerte van Eurofins ligt slechts 19,8 % lager dan deze van BDB t.a.v. de raming en bovendien slechts 13,9 % onder het gemiddelde.
[...] er is geen enkele wetgevend artikel of rechtsbeginsel dat [de aanbestedende overheid] verbiedt de gemiddelde prijs mee te nemen in haar prijsonderzoek. In het gunningsverslag wordt ook uitdrukkelijk verwezen naar de gemiddelde prijs bij de bespreking van de prijzen, evenals het verschil van beide offertes t.a.v. de raming.
- [...] [De verzoekende partij heeft] in het verleden zelf (2012) ook een offerte [...] ingediend die meer dan 29% onder de raming van de VMM viel (en waar toen de gunning aan haar werd toegekend).
[...] beide partijen [hebben] in het verleden reeds uitvoering [...] gegeven aan een vergelijkbare opdracht in hoofde van de VMM en partijen [dienden] hierbij steeds een offerte in[...] die zich een stuk lager lag dan de raming.”

Voorts gaat de tussenkomenende partij nog in op de bijkomende motivering op grond waarvan in de bestreden beslissing werd geoordeeld dat zowel de prijzen van de offerte van de verzoekende partij als die van haar, niet als abnormaal moeten worden beschouwd. Wat het eerste motief inzake haar ervaring betreft, verwijst zij naar de verwijzingen in haar offerte inzake de kwaliteit van de analyselaboratoria van de bv Eurofins Analytico en de bv Eurofins Omegam met het oog op de uitvoering van de opdracht en de ervaring van het personeel waarmee zij zal werken in het kader van deze opdracht. Zoals de verwerende partij, beklemtoont zij hierbij dat de ervaring van de nv Envirotex en de nv Eurofins Environment Testing Belgium wel mee in aanmerking mag worden genomen. Zij nam in 2008 het handelsfonds over van de nv Envirotex, waaronder het analyselaboratorium, de handelsactiviteiten en het personeel. In 2012 werd vervolgens beslist om de milieuactiviteiten – dus ook de analyselaboratoria en het personeel – in de Benelux van de Eurofins groep te bundelen onder de naam Eurofins Environment Testing Belgium. In datzelfde jaar veranderde de nv Eurofins Becewa, die deel uitmaakte van de Eurofins groep, van vennootschapsnaam in de nv Eurofins Environment Testing Belgium. In 2015 werd uiteindelijk besloten om de analyselaboratoria en het personeel dat opereert onder Eurofins Environment Testing Belgium volledig onder te brengen onder of Eurofins Analytico BV of Eurofins. Eurofins groepeer momenteel dus onder meer de analyselaboratorium- en milieuactiviteiten van onder andere de bv Eurofins Analytico in Barneveld (Nederland), de bv Eurofins Omegam in

Amsterdam-Duivendrecht (Nederland), de sites in Aalst (voorheen ERC) en in Oostkamp (voorheen Envirottox). De tussenkomende partij benadrukt dat aldus op datum van inschrijving de analyselaboratoria en het personeel van de vennootschappen de nv Envirottox en de nv Eurofins Environment Testing Belgium opereerden onder Eurofins of één van de laboratoria waarop Eurofins een beroep doet. Bijgevolg is Eurofins ontegensprekelijk volledig vertrouwd met de uitvoering van de opdracht en beschikt zij over jarenlange ervaring. Ook de ervaring opgedaan in onderaanneming voor de verzoekende partij, mag wel degelijk worden meegenomen in de beoordeling, nu deze namelijk een zeer belangrijk onderdeel is van de opdracht.

Wat het tweede motief betreft inzake de automatisering, verwijst de tussenkomende partij opnieuw naar haar offerte, waarin zij verwees naar de kwaliteit die zij aanbiedt, waaronder “haar kwaliteitshandboek (met daarin de meetmethodes en gebruik van analyseapparatuur), de twee specifieke labo’s (Eurofins Analytico BV en Eurofins Omegam BV), het specifiek ontworpen Eurofins online systeem, het feit dat zij over dubbele analyse apparatuur beschikt, de in eigen beheer uitgebate transportvloot, etc.”. Voorts herhaalt zij dat Eurofins de laatste jaren exponentieel is gegroeid en benadrukt zij dat haar toegenomen specialisatie en automatisering publiek bekend is en dus ook aan de verwerende partij en de verzoekende partij.

Zij besluit dat niet wordt aangetoond dat de verwerende partij onzorgvuldig handelde met betrekking tot het prijsonderzoek noch dat de beslissing van de verwerende partij niet kan steunen op voldoende draagkrachtige motieven.

10. De verzoekende partij merkt van haar kant in haar laatste memorie “ten overvloede” nog op dat “de [tussenkomende] partij” ondertussen de staalnemers van de verzoekende partij heeft gecontacteerd en aangeworven voor het uitvoeren van de opdracht en dat “de [tussenkomende] partij” tevens aan de

verzoekende partij vroeg om apparatuur te mogen lenen of aankopen voor het uitvoeren van de haar toegekende opdracht

Hieruit blijkt dat “de [tussenkomen]de partij” niet voldeed aan een aantal kwalitatieve selectiecriteria van het bestek. Zo was het beschikken over een projectteam met de nodige kwalificaties en ervaring een kwalitatief selectie criterium, opgenomen in het bestek onder punt A.1.2, punt 3. Tevens diende de inschrijver conform A.1.2., punt 4, van het bestek aan te tonen dat het laboratorium over de nodige apparatuur beschikte.

Beoordeling

11. De partijen betwisten niet dat artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing te dezen niet van toepassing is nu er slechts twee offertes werden ingediend voor de huidige opdracht.

De aanbestedende overheid beschikt over een grote beoordelingsvrijheid om in het kader van een prijsonderzoek prijzen al dan niet vermoedelijk abnormaal te bevinden en al dan niet een prijsverantwoording te vragen. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bedoelde beslissing mogen worden in aanmerking genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet vereist. Er is wel een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

12. Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij op grond van door haar zelf aangebrachte motieven tot het besluit komt dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver niet als schijnbaar abnormaal laag dient te worden aangewezen.

De aanbestedende overheid was niet verplicht om een prijsverantwoording te vragen, nu zij over voldoende elementen beschikt die haar toestonden te verantwoorden dat de aangeboden prijs niet abnormaal was. Aldus mocht de verwerende partij ook zelf de nodige rechtvaardiging geven en elementen uit het eigen onderzoek betrekken in de motivering.

13. De verzoekende partij mag worden bijgevalen waar zij doet gelden dat de raming van de waarde van de opdracht door de aanbestedende overheid in beginsel een objectief en relevant vergelijkingspunt vormt in het kader van het prijsonderzoek en de beoordeling van het al dan niet normaal karakter van de prijzen.

Dit lijkt te dezen *a fortiori* te gelden nu het, zoals de verwerende partij zelf uitdrukkelijk erkent en bevestigt in de memorie van antwoord, om een opdracht gaat met een repetitief karakter die al sinds jaren – uit de memorie van antwoord blijkt al sinds ten minste het jaar 2004 – wordt uitgeschreven. In dat licht dient de verwerende partij, ook in een markt die zoals zij doet gelden, onderhevig is aan dalende prijzen, te worden geacht een raming te kunnen opstellen waarvan mag worden verondersteld dat deze de totaalprijzen die van mogelijke inschrijvers kunnen worden verwacht, enigszins benadert.

Te dezen blijkt de geraamde waarde van de opdracht 253.669,24 euro te bedragen. De verzoekende partij heeft een offerte ingediend voor een totaalbedrag van 204.990,94 euro, dit is 48.678,30 euro of 19,19% onder het ramingsbedrag, de tussenkomen partij heeft een offerte ingediend voor een totaalbedrag van 154.659,54 euro, dit is 99.009,70 euro of 39,03% onder de raming. De prijs van de verzoekende partij, zoals de verwerende partij zelf

toelicht, is 9,1 % lager lag dan haar prijs uit 2012, namelijk 225.655,32 euro, die toen ook al aanzienlijk onder de raming lag van 318.278,40 euro.

Hieruit blijkt dat ook de verzoekende partij steeds prijzen aanbiedt die aanzienlijk onder een ook dalende raming liggen en, zoals de verwerende en de tussenkomen de partij benadrukken, zij zich dus ook bewust is van de dalende prijzen in die sector. Deze vaststelling is in tegenstelling tot wat zij menen wel van aard enige argwaan te wekken bij een zorgvuldige aanbestedende overheid, aangezien de afwijking die geldt voor de totaalprijs van de tussenkomen de partij ten opzichte van de raming nog eens bijna het dubbele bedraagt van die van de verzoekende partij; de tussenkomen de partij kan dus in deze context niet ernstig beweren dat het “slechts” om een afwijking gaat die “16% lager [ligt] dan deze van BDB”. Trouwens de verwerende partij erkent in haar laatste memorie dat zij de raming als criterium hanteerde bij de vraag of de prijszetting van een offerte dient te worden onderzocht op haar abnormaliteit en dat zij deze vraag gelet op de “aanzienlijke” afwijkingen, voor beide ingediende offertes, bevestigend beantwoordde.

Voorts dient te dezen te worden vastgesteld dat, wanneer twee offertes worden ingediend die weliswaar allebei onder het ramingsbedrag liggen, maar waarvan één met 99.009,70 euro of 39,03% – nog eens 25,83% lager ten opzichte van de raming dan die van de verzoekende partij – blijkt af te wijken van het ramingsbedrag, dergelijke afwijking in beginsel door een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid als een kennelijk substantieel prijsverschil ten opzichte van de raming dient te worden aangemerkt. Dergelijk kennelijk substantieel prijsverschil dient in beginsel bij de aanbestedende overheid zo niet een vermoeden van een abnormale totaalprijs, dan toch een niet onterechte argwaan te wekken dat de totale offerteprijs wel erg laag lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties, argwaan die aanleiding dient te geven tot een bevraging van de betrokken inschrijver, dan wel een doorgedreven inhoudelijke motivering vereist om over die schijnbare abnormaliteit heen te stappen.

14. De verwerende partij motiveert haar beslissing om de totale offerteprijs van de gekozen inschrijver niet als abnormaal laag te beschouwen in essentie op twee gronden:

- de gekozen inschrijver zou ervaring hebben opgedaan bij voorgaande gelijkaardige opdrachten;
- de automatisering van de uit te voeren taken.

De verzoekende partij kan worden bijgevalen in haar kritieken op beide motieven. Ondanks al hetgeen de verwerende partij en de tussenkomende partij nog – *post factum* – aanvoeren in hun laatste memories, worden beide motieven noch in de bestreden beslissing zelf, noch in het administratief dossier in enige overtuigende mate concreet onderbouwd.

Zelfs al kan met de laatstgenoemde partijen worden aangenomen dat de huidige gekozen inschrijver wel degelijk kan verwijzen naar gelijkaardige ervaring met het uitvoeren van gelijkaardige opdrachten in het verleden als die van de verzoekende partij, blijkt daaruit nog niet diens bijzondere ervaring die relevant kan zijn naar diens nog lagere prijszetting toe.

Wat het motief inzake de “automatisering” van de uitvoeringswijze betreft, blijkt uit het administratief dossier niet concreet, in de context van het betrokken specifieke marktsegment van de laboratoriumanalyses waar er volgens de verwerende partij een doorgedreven specialisatie aan de orde is, en die dus ook zou kunnen gelden voor de verzoekende partij, waarom dergelijk algemeen motief te dezen enkel specifiek relevant zou zijn ten aanzien van de gekozen inschrijver en zijn prijszetting. De algemene en vage uitleg in de bestreden beslissing dat met “automatisering” de “verbeterde monsternametechnieken, [en] monsternameschema’s”, een “optimalisatie van waterstaaltransport” en een “efficiëntere inzet en verplaatsing van werkkrachten” wordt bedoeld, wordt in de bestreden beslissing niet nader verduidelijkt noch gestaafd: er valt tevens niet zonder meer in te zien hoe deze overigens niet *nader* geconcretiseerde elementen de schijn van abnormaliteit die over de in niet

geringe mate afwijkende totale offerteprijs van de gekozen inschrijver hangt, zouden kunnen wegnemen. Hetzelfde geldt voor de zo beweerde “concrete kostenbesparende technieken”, waar de verwerende partij en de tussenkomende partij slechts naar verwijzen in hun laatste memories, zoals de toepassing van “multiparameteranalyses”, het beschikken over “dubbele analyse” apparatuur, het “specifiek ontworpen Eurofins online systeem”, en “de in eigen beheer uitgebate transportvloot”. Daargelaten de vraag of bepaalde elementen niet even goed voor de andere inschrijver in aanmerking zouden kunnen worden genomen, blijkt niet uit de bestreden beslissing noch uit het administratief dossier dat deze elementen werden betrokken bij de besluitvorming en hoe ze de tussenkomende partij concreet bevoordelen in haar prijsvorming met betrekking tot het uitvoeren van de gevraagde analyses van het grondwater.

De motivering waarbij de opgegeven prijs wordt aanvaard op grond van dergelijke algemene, nietszeggende motieven als “de reeds opgedane ervaring en automatisering van de uit te voeren taken” laat aldus geen tegenspraak door de verzoekende partij toe noch controle door de Raad van State, hetgeen nochtans wordt vereist door de materiële motiveringsplicht.

Het weze herhaald dat de argumentatie van de verwerende partij en de tussenkomende partij dat beide offertes afwijken van de raming en beide op gelijkaardige motieven als niet abnormaal laag werden aangemerkt, doel mist. De offerte van de gekozen inschrijver wijkt immers bijna dubbel zoveel van de raming af als deze van de verzoekende partij, welke vaststelling de in dit betoog veronderstelde onderliggende gelijkheid van de offertes onderuit haalt.

Ten slotte kan de argumentatie van de verwerende partij en de tussenkomende partij gesteund op haar beweerd marktleiderschap niet worden aanvaard. Daargelaten de vraag naar de juistheid van dat betoog gaat het opnieuw om een *post factum* motivering die als dusdanig niet blijkt te zijn betrokken in de besluitvorming.

Aldus blijkt geen van beide motieven die de verwerende partij in het gunningsverslag zelf naar voor brengt van die aard dat zij de twijfel kunnen wegnemen die de verwerende partij redelijkerwijs diende te koesteren over het normaal karakter van de totaalprijs van de gekozen inschrijver.

De bestreden beslissing blijkt niet te steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen.

Evenmin staat aldus nog langer vast dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Er dient in de gegeven omstandigheden niet te worden ingegaan op de nieuwe kritiek – voor zover al ontvankelijk – van de verzoekende partij zoals voor het eerst geformuleerd in haar memorie van wederantwoord – namelijk dat de verwerende partij geen onderzoek naar de eenheidsprijzen heeft gevoerd – en in haar laatste memorie – dat de tussenkomen de partij niet voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria.

Het middel zoals aangebracht in het verzoekschrift is gegrond.

V. Rechtsplegingsvergoeding

15.1. De verzoekende partij vraagt dat de verwerende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

15.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

15.3. De verzoekende partij heeft in totaal zes beroepen ingesteld tegen gelijkaardige beslissingen van de verwerende partij die enkel verschillen naar het gebied waar de opdracht moet worden uitgevoerd, namelijk de beroepen met het rolnummer A. 218.502/XII-8086, A. 218.507/XII-8087, A. 218.513/XII-8088, A. 218.517/XII-8089, A. 218.520/XII-8090 en A. 218.523/XII-8091.

In alle zes zaken doet de verzoekende partij een woordelijk gelijkkluidend middel gelden en in alle zes zaken komt een woordelijk identiek verweer en wederantwoord aan bod.

Er is in die omstandigheden grond om met toepassing van de geciteerde bepaling te dezen het door de verzoekende partij hier gevorderde bedrag van 700 euro te herleiden tot het minimumbedrag van 140 euro en het aan de verzoekende partij toe te kennen, nu zij door de inwilliging van het beroep tot nietigverklaring als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

15.4. De tussenkomende partij vraagt om haar kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkomende partij, die door artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Vlaamse Milieu-maatschappij van 7 december 2015 om de overheidsopdracht inzake de open aanbesteding “Onderzoek naar de aanwezigheid van stikstofverbindingen in het freatisch grondwater — Regio West-Vlaanderen — meetcampagne 2016 (bestek nr. AOW/L 2015 S 0006 X)” te gunnen aan de nv Eurofins Belgium.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 140 euro die verschuldigd is aan de verzoekende partij. De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 september 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest