

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 244.865 van 20 juni 2019
in de zaken A. 223.817/XII-8462
A. 223.820/XII-8463
A. 223.822/XII-8464
A. 223.823/XII-8465
A. 223.832/XII-8466
A. 223.836/XII-8467

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
kantoor houdend te 1040 Brussel
Sint-Michielslaan 55/10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. De beroepen in de zes zaken, ingesteld op 20 november 2017, strekken tot de nietigverklaring van de zes gunningsbeslissingen van de Vlaamse Milieumaatschappij van 20 september 2017 inzake de open aanbesteding “Onderzoek naar de aanwezigheid van stikstofverbindingen in het freatisch grondwater – meetcampagne 2016” in de volgende regio’s:

- Regio Antwerpen-Brussel (A. 223.817/XII-8462)
- Regio Oost-Vlaanderen-Gent (A. 223.820/XII-8463)
- Regio Kempen (A. 223.822/XII-8464)

- Regio West-Vlaanderen (A. 223.823/XII-8465)
- Regio Mechelen-Sint-Truiden-Houthalen (A. 223.832/XII-8466)
- Regio Maaskant (A. 223.836/XII-8467)

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Thomas Maes heeft in de zes zaken een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben in de zes zaken een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Mario Deketelaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Matthias Kirsch, die *loco* advocaat Stéphane Libeer verschijnt voor de verwerende 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 zes overheidsopdrachten uit, die binnen een periode van drie jaar jaarlijks kunnen worden herhaald, voor dezelfde aanneming van diensten betreffende “Onderzoek naar de aanwezigheid van stikstofverbindingen in het freatisch grondwater – Meetcampagne 2016” in de volgende zes regio’s:

- Regio Antwerpen-Brussel (bestek nr. AOW/L 2015 S 0008 X)
- Regio Oost-Vlaanderen-Gent (bestek nr. AOW/L 2015 S 0007 X)
- Regio Kempen (bestek nr. AOW/L 2015 S 0009 X)
- Regio West-Vlaanderen (bestek nr. AOW/L 2015 S 0006 X)
- Regio Mechelen-Sint-Truiden-Houthalen (bestek nr. AOW/L 2015 S 0010 X)
- Regio Maaskant (bestek nr. AOW/L 2015 S 0011 X)

De gekozen plaatsingswijze is de open aanbesteding.

De waarde van de opdrachten wordt geraamd op de volgende bedragen per regio, btw inbegrepen:

Regio Antwerpen	221.200,10 euro
Regio Oost-Vlaanderen-Gent	233.310,10 euro
Regio Kempen	206.202,15 euro
Regio West-Vlaanderen	253.669,24 euro
Regio Mechelen-Sint-Truiden-Houthalen	176.915,31 euro
Regio Maaskant	174.871,62 euro

3.2. De opdrachten worden aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 oktober 2015 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 7 oktober 2015.

3.3. Twee inschrijvers dienen een offerte in voor deze opdrachten: de vzw Bodemkundige Dienst van België en de nv Eurofins Belgium. Zij bieden de volgende bedragen, btw inbegrepen, voor de verschillende regio’s:

	vzw BDB	nv Eurofins
Regio Antwerpen-Brussel	182.598,68 euro	134.095,83 euro
Regio Oost-Vlaanderen-Gent	190.797,64 euro	150.331,61 euro
Regio Kempen	163.011,20 euro	126.294,36 euro
Regio West-Vlaanderen	204.990,94 euro	154.659,54 euro
Regio Mechelen-Sint-Truiden-Houthalen	148.284,29 euro	114.333,75 euro
Regio Maaskant	143.191,40 euro	115.113,83 euro

3.4. Op 3 december 2015 wordt voor elk van de zes opdrachten een eerste gunningsverslag opgesteld. Uit die verslagen blijkt dat de beide inschrijvers voor de zes opdrachten worden geselecteerd en dat hun offertes regelmatig worden bevonden. Wat het prijsonderzoek betreft, wordt vastgesteld dat hoewel de totale offerteprijs van de nv Eurofins Belgium per regio respectievelijk 39,4%, 35,6%, 38,8%, 39%, 35,4% en 34,2% onder de raming ligt, deze niet abnormaal laag is. Voor de vzw Bodemkundige Dienst van België wordt vastgesteld dat haar totale offerteprijs per regio respectievelijk 17,5%, 18,2%, 20,9%, 19,2%, 16,2% en 18,1% beneden de raming ligt en deze evenmin abnormaal laag is. De verwerende partij vraagt geen prijsverantwoording. Vervolgens wordt in de eerste gunningsverslagen voorgesteld om de opdrachten te gunnen aan de nv Eurofins Belgium.

3.5. Op 7 december 2015 beslist de verwerende partij een eerste maal om de zes opdrachten aan de nv Eurofins Belgium te gunnen.

3.6. Op 19 februari 2016 stelt de vzw Bodemkundige Dienst van België zes beroepen tot nietigverklaring in tegen de gunningsbeslissingen van 7 december 2015. Deze procedures zijn bij de Raad van State gekend onder de rolnummers A. 218.517/XII-8089, A. 218.507/XII-8087, A. 218.513/XII-8088, A. 218.520/XII-8090, A. 218.523/XII-8091 en A. 218.502/XII-8086.

3.7. De verwerende partij vraagt de nv Eurofins Belgium op 5 juli 2017 voor de zes opdrachten om een prijsverantwoording voor de lage eenheidsprijzen van vijf posten.

De nv Eurofins Belgium antwoordt voor elke opdracht op 14 juli 2017 op dit verzoek.

3.8. Met de arresten nrs. 239.000, 238.998, 238.999, 239.002, 239.001 en 238.997 van 5 september 2017 vernietigt de Raad van State de respectieve gunningsbeslissingen van 7 december 2015 op grond van een middel dat betrekking heeft op het gebrekkig verloop van het prijsonderzoek van de offertes van de nv Eurofins Belgium.

3.9. Op 20 september 2017 wordt voor elk van de zes opdrachten een nieuw gunningsverslag opgesteld. Beide inschrijvers worden geselecteerd. De offertes van beide inschrijvers worden regelmatig bevonden.

Wat het prijsonderzoek betreft, bevat het nieuwe gunningsverslag voor elk van de zes opdrachten dezelfde – buiten de cijfers – motivering, die luidt:

“Onderzoek naar de normaliteit der prijzen (KB Plaatsing van 15 juli 2011, art. 21, art. 98)

De biedingen en ramingen per post en de algemene totalen worden in een overzicht vergeleken [...]. Het gemiddelde van de inschrijvingen (BTW inbegrepen) bedraagt

[

Regio Antwerpen	158.347,26 euro.
Regio Oost-Vlaanderen-Gent	170.564,63 euro
Regio Kempen	144.652,78 euro
Regio West-Vlaanderen	179.825,24 euro
Regio Mechelen-Sint-Truiden-Houthalen	131.309,02 euro
Regio Maaskant	129.152,61 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). Indien men toch aan deze grenswaarde toetst, blijkt uit de rechtstreekse vergelijking tussen het gemiddelde en de inschrijvingsprijzen, dat de offertes ca. [15,3%, 11,9%, 12,7%, 14%, 12,9% en 10,9%] van dat gemiddelde afwijken. Dit impliceert, dat beide prijzen in de buurt van de grenswaarde liggen, ook al is er een groot verschil met de raming.

De raming bedraagt [zie hiervoor] en is in de eerste plaats gebaseerd op inschrijvingsprijzen van voorgaande vergelijkbare opdrachten over een periode van meerdere jaren, gecorrigeerd op basis van de evolutie van de consumptieprijsindex. Het gaat hier dus over een langere periode, die beoordeeld wordt en niet alleen de meest recente prijsvorming. Het inschrijvingsbedrag van de offerte van de nv Eurofins Belgium bedraagt [respectievelijk 39,4%, 35,6%, 38,8%, 39,%, 35,4% en 34,2%] minder dan de geraamde prijs. De bieding van de vzw Bodemkundige Dienst van België ligt [respectievelijk 17,5%, 18,2%, 20,9%, 19,2%, 16,2% en 18,1%] onder dezelfde raming.

Campagnes - freatisch grondwatermeetnet Antwerpen-Brussel open aanbesteding	2009	2012	2016
Eurofins	236.712,71 (€)	264.627,00 (€)	134.095,83 (€)
BDB	221.565,52 (€)	195.665,47 (€)	182.598,68 (€)

Campagnes - freatisch grondwatermeetnet Oost-Vlaanderen-Gent open aanbesteding	2009	2012	2016
Eurofins	244.905,96 (€)	252.513,69 (€)	150.331,61 (€)
BDB	268.978,16 (€)	219.350,01 (€)	190.797,64 (€)

Campagnes - freatisch grondwatermeetnet Kempen open aanbesteding	2009	2012	2016
Eurofins	216.750,86 (€)	227.072,84 (€)	126.294,36 (€)
BDB	231.523,82 (€)	184.275,74 (€)	163.011,20 (€)

Campagnes - freatisch grondwatermeetnet West-Vlaanderen-open aanbesteding	2009	2012	2016
Eurofins	256.791,52 (€)	268.752,37 (€)	154.659,54 (€)
BDB	271.649,84 (€)	225.655,32 (€)	204.990,94 (€)

Campagnes - freatisch grondwatermeetnet Mechelen-Sint-Truiden-Houthalen open aanbesteding	2009	2012	2016
Eurofins	194.755,45 (€)	203.533,50 (€)	114.333,75 (€)
BDB	203.231,60 (€)	166.817,86 (€)	148.284,29 (€)

Campagnes - freatisch grondwatermeetnet Maaskant open aanbesteding	2009	2012	2016
Eurofins	199.315,56 (€)	197.069,07 (€)	115.113,83 (€)
BDB	195.047,16 (€)	167.961,31 (€)	143.191,40 (€)

Het feit dat alle twee inschrijvers duidelijk onder de raming blijven, toont de recente scherpe prijsvorming op de labomarkt. Op basis van inschrijvingsprijzen van voorgaande opdrachten (bijvoorbeeld in 2009 en 2012) en opdrachten voor andere meetnetten was deze gemiddelde prijsdaling reeds zichtbaar. De prijzen zijn bovendien niet volledig vergelijkbaar, omdat de parameterpakketten licht uitgebreid zijn van één open aanbesteding naar de volgende.

Omwille van de toepassing van art 26, §1, 2°, b) van de wet op de overheidsopdrachten van 15/06/2006 werden de meetcampagnes van de tussenliggende jaren door de bij de eerste inschrijving gegunde dienstverlener herhaald, waarbij het prijsniveau van de eerste inschrijving, mits lichte aanpassing volgens de consumptieprijsindex, werd behouden. Op basis van deze prijzen werd de prijsraming bepaald, onder meer met het oog op de begroting van het te voorziene budget.

Gezien de aanzienlijke afwijking van de raming zal de meest gunstige offerte van de nv Eurofins Belgium verder worden onderzocht.

Vooreerst moet vastgesteld worden dat de nv Eurofins Belgium, gezien de opgedane ervaring, geacht moet worden een realistische prijs te kunnen bieden:

- De nv Envirotox volbracht de opdracht m.b.t. het freatisch grondwater in 2006, 2007 en 2008 in Oost-Vlaanderen, in West-Vlaanderen en in Antwerpen en werd vervolgens overgenomen door nv Eurofins Belgium.
- De nv Eurofins Belgium volbracht de opdracht m.b.t. het freatisch grondwater in 2009, 2010 en 2011 in West-Vlaanderen, Oost-Vlaanderen, Kempen, Mechelen-St-Truiden-Houthalen.
- De nv Eurofins Environment Testing Belgium volbracht de opdracht m.b.t. het diepere grondwater in 2014 en in 2015 in Oost- en West-Vlaanderen, en in 2015 in Antwerpen en Vlaams-Brabant-Limburg en de uitvoering van deze opdrachten werd in de loop van 2015 met bevredigend overgedragen aan Eurofins Analytico bv, het labo waarop de nv Eurofins Belgium een beroep zal doen voor de uitvoering van huidige opdracht.

Het feit dat de totaalprijs een stuk lager ligt dan de offerte uit 2012 ligt in de lijn van de dalende prijzen van beide inschrijvers voor deze opdracht en kan bovendien verklaard worden door het feit dat de Eurofins Holding, waar de nv Eurofins Belgium deel van uitmaakt, een prijsvoordeel kan genieten door schaalvergroting en centralisatie van de laboratoriumanalyses.

Niettemin zijn er een aantal posten waarvan de prijzen ten opzichte van voorgaande inschrijvingen, de concurrentie en de raming, uitgesproken laag zijn, meer bepaald de posten 3.2 ('ionenbalansen' + TOC), 3.4 ('zware metalen + boor'), 3.5 ('multiscreening - pesticiden'), 3.6 ('specifieke pesticiden + metaboliten') en 3.7 ('trichloor- en tetrachloorethyleen').

Gelet op de ervaring waarnaar hierboven verwezen werd, de schaalvergroting, de hoge mate van automatisering en het beschikken over hoog technologisch materiaal, lijkt het onwaarschijnlijk dat Eurofins Belgium nv voor deze posten prijzen zou bieden die zij niet zouden kunnen realiseren. Alleszins werd in het verleden vastgesteld dat de opdrachten steeds correct werden uitgevoerd.

Bovendien is reeds gebleken dat de BDB in 2012-2015 voor het uitvoeren van pesticidenanalyses een beroep deed op de laboratoria van Eurofins als onderaannemer voor het uitvoeren van deze analyses. Het is dus aannemelijk dat Eurofins Belgium nv beschikt over hoogtechnologisch materiaal en de ervaring om dit te hanteren, wat haar in staat kan stellen om een scherpere prijs aan te bieden.

Voor zover als nodig kan bovendien vastgesteld worden dat de opdracht inmiddels reeds naar behoren werd uitgevoerd, zodat de praktijk heeft uitgewezen dat de geboden prijs realistisch was.

Niettemin werd Eurofins Belgium nv bevraagd aangaande de prijsvorming.

De bekomen prijsverantwoording toont de berekening van de kostprijzen van de verschillende aangehaalde posten op basis van de personeelskosten, consumables en afschrijvingskosten van de apparatuur + andere kosten. De geformuleerde kostprijzen zijn een stuk lager dan de aangeboden eenheidsprijzen, zodat nog altijd met een zekere winstmarge kan worden gewerkt.

Op basis van deze cijfers behoort zelfs een verdere prijsdaling tot de mogelijkheden en is er geen reden om prijzen te veronderstellen, die onder de kost liggen (zoals dumpingprijzen). Gezien de commerciële gevoeligheid worden de meegedeelde prijzen van de inschrijvingsmeetstaat en de prijsverantwoording niet rechtstreeks in dit verslag opgenomen, maar als bijlage toegevoegd.

De gunstige prijsvorming van Eurofins Belgium nv wordt door volgende elementen verder onderbouwd:

- De reeds aangehaalde schaalvergroting bij Eurofins is een belangrijke reden om lagere prijsniveaus te kunnen aanbieden. Laboratoria worden gecentraliseerd en geconsolideerd per land/regio. Dit is een 'ongoing'-proces van de laatste jaren (o.a. stopzetten van het labo van Eurofins Environment Testing Belgium en overname van de activiteiten door Eurofins Analytico) en geeft de mogelijkheid om productie en efficiëntie van de laboratoriumprocessen te verhogen. Via een construct van de Eurofins Holding - samenwerking van Eurofins Belgium nv, Eurofins Analytico en Eurofins Omegam - wordt hiervan optimaal gebruik gemaakt. Eurofins Analytico is nu het milieulabo van Eurofins van de Benelux, waar dus een centrale verwerking van de waterstalen gebeurt. Dit labo kan met een voldoende hoge kritische massa werken, die tot een maximale bezetting van de analyseapparatuur leidt.
- De verdere automatisering is één van de motoren die tot de optimalisatie van de staalname- en laboprocessen leiden. Zo investeert Eurofins bijvoorbeeld in hoogtechnologische en innovatieve analyseapparatuur. Ook het personeel wordt voortdurend bijgeschoold. Goed opgeleid personeel en betere analyseapparatuur heeft minder arbeidsintensieve handelingen en een betere tijdsefficiëntie tot gevolg. Op deze manier komt het bedrijf tot een besparing van de werkingskosten. Nieuwe softwareprogramma's helpen eveneens bij de verdere automatisering, zeker in verband met de dataverwerking. Snellere en strakkere communicatie tussen de laboratoria onderling, de verschillende afdelingen en tussen de laboratoria en de klant wordt mogelijk gemaakt.

- De Eurofins laboratoria kunnen gezamenlijk grondstoffen (met inbegrip van analyseapparatuur en standaarden) aankopen. Door deze zogenaamde cluster aankopen worden scherpere aankooprijzen verkregen, wat de investeringskosten verlaagt.
- Om de performantie van de laboratoria van Eurofins – in dit geval Analytico en Omegam als onderaannemer - te garanderen, dienen onder andere de analyseapparaten met een continue aanvoer van een maximaal aantal stalen te worden ingezet. Dit heeft tot gevolg dat het aandeel vaste kosten (personeelslasten, elektriciteit, huur gebouw, investeringen, afschrijvingen labotoestellen....) tegenover het aandeel variabele kosten daalt. Het uitvoeren van de analysecampagne voor het freatisch grondwatermeetnet kan hiertoe een belangrijke bijdrage leveren.
- Eurofins optimaliseert continu de werkprocessen op basis van Lean Management, wat tot een hogere kwaliteit, het produceren tegen lagere kosten en korte doorlooptijden leidt.

De analysecampagnes van het bestuur, waarvan Eurofins tot op heden opdrachthouder was, werden bovendien naar behoren uitgevoerd, waarbij de eerdere prijsdaling niet tot een kwaliteitsverlies van de geleverde gegevens heeft geleid.

Gelet op het bovenstaande wordt geoordeeld dat de inschrijvingsprijs van de nv Eurofins Belgium niet abnormaal laag is.

De inschrijvingsprijs van de Bodemkundige Dienst van België ligt eveneens onder de raming, o.a. gebaseerd op de prijzen die zij – als uitvoerder van de opdracht in de voorbije jaren – hanteerden. Er wordt een duidelijke prijsdaling aangeboden, die de eerder vermelde marktevolutie bevestigt.

Niettemin is de schaalgrootte en derhalve slagkracht en mogelijkheden van de BDB geenszins vergelijkbaar met Eurofins.”

Er wordt in de gunningsverslagen voorgesteld om de opdrachten te gunnen aan de nv Eurofins Belgium die telkens de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

3.10. Op 20 september 2017 beslist de verwerende partij per opdracht, verwijzend naar de nieuwe gunningsverslagen, om deze te gunnen aan de nv Eurofins Belgium. Dit zijn de zes thans bestreden beslissingen.

IV. Samenvoeging

4. Aangezien de feitelijke en juridische gegevens van de zes zaken zo goed als identiek zijn – de thans bestreden beslissingen zijn, op de specifieke cijfers voor de specifieke regio na, identiek en behelzen alle eenzelfde opdracht in het kader van de meetcampagne 2016 maar dan voor zes verschillende regio's – is het, in het belang van een goede rechtsbedeling, aangewezen de zes zaken samen te voegen. Bovendien zijn de door de verzoekende partij aangevoerde middelen en de door de verwerende partij aangevoerde excepties en verweer in de zes zaken identiek; de middelen worden hierna dan ook samen behandeld.

De zes bestreden beslissingen zijn bovendien het resultaat van het herstellen van dezelfde door de Raad van State vastgestelde onwettigheid wat de initiële beslissingen van 7 december 2015 in de zes zaken betreft.

V. Ontvankelijkheid van de beroepen

5. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord in de zes zaken telkens twee dezelfde excepties op. In een eerste exceptie doet de verwerende partij gelden dat het belang van de verzoekende partij niet meer actueel is omdat de verzoekende partij zich zou hebben neergelegd bij de uitvoering van de opdracht door een andere inschrijver, aangezien zij de gunning van de vervolgoopdracht voor de meetcampagne 2017 aan de nv Eurofins Belgium niet heeft aangevochten met een annulatieberoep. In een tweede, ondergeschikte, exceptie doet de verwerende partij gelden dat het louter verkrijgen van een schadevergoeding geen voldoende rechtstreeks belang is.

Beoordeling

6. De auditeur-verslaggever verwerpt in de zes zaken de beide excepties en wijst erop dat de Raad van State al meermaals heeft geoordeeld dat

een verzoekende partij bij het bestrijden van een gunningsbeslissing, waardoor zij is voorbijgegaan, in principe een gekwalificeerd moreel belang – dat geen louter financieel belang is – behoudt dat gediend wordt door een nietigverklaring van de gunningsbeslissing. Dat de overeenkomst werd gesloten – of zoals te dezen al uitgevoerd – laat het belang van de verzoekende partij bij de nietigverklaring van de gunningsbeslissing onverlet. Het feit dat het beroep dan enkel nog zou dienen om een vordering tot schadevergoeding te ondersteunen en dat de verzoekende partij de gunning van een latere opdracht niet heeft bestreden, zijn evenzeer irrelevant om de verzoekende partij het gekwalificeerd moreel belang te ontfangen.

De Raad van State valt die zienswijze bij, des te meer nu de verwerende partij in haar laatste memories de voormelde bevindingen van het auditoraat niet tegenspreekt.

V. Onderzoek van de middelen

A. Derde middel

7. In het auditoraatsverslag wordt eerst het derde middel besproken, omdat het kritiek uit op de selectie van de gekozen inschrijver, en dit het regelmatigheidsonderzoek, voorwerp van kritiek in de eerste twee middelen, voorafgaat.

De verzoekende partij doet in dat middel gelden dat de verwerende partij ten onrechte in het gunningsverslag besluit dat de gekozen inschrijver voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria, namelijk die betreffende het beschikken over een projectteam met de nodige kwalificaties en ervaring, en het beschikken over de nodige apparatuur om zowel de staalnameprocedure als de analyses te kunnen uitvoeren. Wat het projectteam betreft, betoogt de verzoekende partij dat de gekozen inschrijver na de gunning van de opdrachten zes staalnemers van haar – die op het moment van het indienen van de offerte nog

bij haar werkten – gecontacteerd én aangeworven heeft voor het uitvoeren van de opdracht. Wat de nodige apparatuur betreft, doet zij gelden dat de gekozen inschrijver na de gunning van de opdrachten, bij e-mailbericht van 18 januari 2016 aan haar heeft gevraagd om apparatuur te mogen lenen of aankopen voor het uitvoeren van de haar gegunde opdrachten. De verzoekende partij leidt daaruit af dat de gekozen inschrijver op het ogenblik van de gunningsbeslissingen onmogelijk kon voldoen aan de voornoemde selectiecriteria.

Beoordeling

8. In het auditoraatsverslag in de zes zaken wordt vastgesteld dat het middel feitelijke grondslag mist en de beide kritieken berusten op een loutere niet voldoende gestaafde bewering of veronderstelling.

De verzoekende partij handhaaft in de laatste memorie in de zes zaken haar middel doch verwijst enkel naar haar voorgaande procedurestukken en gedraagt zich verder naar de wijsheid van de Raad van State. In die omstandigheden valt de Raad van State de auditeur-verslaggever bij dat de verzoekende partij haar beweringen in dit middel niet staft en ze dus bij gebreke aan feitelijke grondslag dienen te worden verworpen.

Het middel is niet gegrond.

B. Eerste en tweede middel

9. Het is passend om het eerste en het tweede middel samen te behandelen. In deze beide middelen – identiek voor de zes zaken – voert de verzoekende partij immers een kritiek aan op het prijsonderzoek door de verwerende partij van de offertes van de gekozen inschrijver. Beide middelen overlappen elkaar daarbij in grote mate.

Standpunt van de partijen

10.1. De verzoekende partij voert in het eerste middel de schending aan van het verbod van retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen, het gezag van gewijsde van de arresten van 5 september 2017, gewezen in de zes zaken, de beginselen van behoorlijk bestuur met inbegrip van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers.

De bestreden beslissingen schenden volgens de verzoekende partij het verbod van retroactiviteit van administratieve rechtshandelingen aangezien de bestreden beslissingen de gunning inhouden van een reeds uitgevoerde overheidsopdracht met terugwerkende kracht, meer bepaald om alsnog een rechtsgrond te geven aan de gesloten overeenkomst met de nv Eurofins Belgium na de vernietiging van de oorspronkelijke gunningsbeslissing. Volgens de verzoekende partij is dit ongezien, nu de gunning van de opdracht essentieel en noodzakelijkerwijze de contractsluiting voorafgaat. Deze retroactieve gunningsbeslissing vindt geen enkele wettelijke grondslag in de regelgeving overheidsopdrachten, noch maken de bestreden beslissingen melding van enig doel van algemeen belang om die retroactiviteit te verantwoorden. Het herstellen van de rechtsgrond van de reeds uitgevoerde overeenkomst met de nv Eurofins Belgium kan bezwaarlijk als een dwingende reden van algemeen belang worden beschouwd. Wanneer de verwerende partij na een vernietigingsarrest tot een heroverweging overgaat van de vernietigde beslissing en zij geen rechtsplicht heeft tot handelen op een datum in het verleden, dan dient zij het beginsel van niet-retroactiviteit van de administratieve rechtshandelingen te respecteren, evenals het gezag van gewijsde van het voormelde gewezen arrest, aldus de verzoekende partij.

De verzoekende partij zet vervolgens een puntsgewijze kritiek uiteen op het prijsonderzoek in het gunningsverslag van de offerte van de gekozen inschrijver. Deze luidt, samengevat:

- wat het aspect “opgedane ervaring” betreft, gaat de verwerende partij uit van veronderstellingen die speculatief en niet relevant zijn; dit motief geldt ook voor de verzoekende partij; er wordt niet aangetoond dat de verwijzing naar gelijkaardige ervaring met het uitvoeren van gelijkaardige opdrachten in het verleden zou toelaten te besluiten dat de nv Eurofins Belgium zou beschikken over een bijzondere ervaring die relevant kan zijn voor diens lagere prijszetting;

- ook wat het aspect “automatisering” betreft gaat de verwerende partij uit van veronderstellingen en elementen die evenzeer voor de verzoekende partij gelden; de verzoekende partij wijst erop dat de opdracht in zijn aspecten peilmeting en staalname grondwater diverse elementen omvat die zijn vastgelegd in het bestek – en dus verplicht op de voorgeschreven manier moeten worden uitgevoerd – en die hoofdzakelijk manuele taken omvatten die niet geautomatiseerd kunnen worden;

- wat de verwijzing in het gunningsverslag betreft naar het feit dat de laboratoria van Eurofins in het verleden als onderaannemer voor de verzoekende partij hebben gewerkt voor pesticidenanalyses, doet de verzoekende partij gelden dat er voor deze analyses onbetrouwbare en onjuiste resultaten werden afgeleverd in 2012 waarna de verzoekende partij zelf de erkenningen om pesticiden te analyseren heeft aangevraagd en verkregen;

- waar de verwerende partij aanhaalt dat de opdracht inmiddels reeds naar behoren werd uitgevoerd, wijst de verzoekende partij erop dat het abnormale prijzenonderzoek niet kan steunen op de resultaten van de na de gunning uitgevoerde opdracht; daarnaast stelt de verwerende partij zonder enige concrete staving dat de “opdracht inmiddels naar behoren werd uitgevoerd”, er wordt echter geen enkel element aangehaald waaruit dat zou moeten blijken, de bewering van de verwerende partij op dit punt is niet controleerbaar;

- de verzoekende partij wijst erop dat waar het vernietigingsarrest door de Raad van State werd betekend aan de verwerende partij op 11 september 2017, het nieuwe gunningsverslag al werd opgesteld op 20 september 2017, zodat de bevraging van de gekozen inschrijver “razendsnel” moet zijn gebeurd; bovendien heeft de prijsverantwoording enkel betrekking op een aantal specifieke posten en niet op de totaalprijs van de offerte, daarbij komt dat een prijsverantwoording werd gevraagd voor een post 3.2 “ionenbalansen + TOC” die volgens de verzoekende partij niet bestaat in de opdracht voor 2016 en enkel voorkomt in het kader van een latere opdracht voor 2017; volgens de verzoekende partij werd het eerste gunningsverslag aldus aangepast aan de hand van een prijsverantwoording voor een latere opdracht die aldus *post factum* werd aangewend.

10.2. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006), van artikel 21, § 1 en § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011) en van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij wijst erop dat de motivering in het gunningsverslag waarom de totaalprijs van de gekozen inschrijver niet abnormaal laag is berust op door de verwerende partij zelf naar voor geschoven overwegingen, zonder enige zorgvuldige en concrete toetsing. De verwerende partij heeft nagelaten een prijsverantwoording te vragen voor de totaalprijs van de gekozen inschrijver en er enkel één gevraagd voor een aantal posten. De verzoekende partij herhaalt hier haar opmerking dat de post 3.2 “ionenbalansen + TOC” niet bestaat in de opdracht voor 2016 en enkel voorkomt in het kader van een latere opdracht voor 2017.

Vervolgens betoogt zij dat uit het gunningsverslag niet blijkt of de verkregen verantwoording zorgvuldig werd onderzocht, noch waarom deze prijsverantwoording de vermoedelijke abnormaliteit van de betrokken prijzen heeft weggenomen. In het gunningsverslag wordt geen enkele – cijfermatige – onderbouwing van de prijsverantwoording gegeven. De verzoekende partij doet gelden dat de verwerende partij zich niet op het zakengeheim kan beroepen om niet afdoende te moeten motiveren. De verwerende partij blijft zeer vaag en oppervlakkig waar zij vaststelt dat uit de meegedeelde kostprijzen zou blijken “dat nog met een zekere winstmarge kan worden gewerkt”.

Vervolgens voert de verzoekende partij ook in het tweede middel een puntsgewijze kritiek aan op de volgende elementen die volgens het gunningsverslag de “gunstige prijsvorming” verklaren voor de betrokken posten:

- schaalvergroting bij Eurofins: dit is een algemeen motief en niet specifiek relevant voor dit bestek en voor deze opdracht; een zeer belangrijk deel van het bestek heeft betrekking op terreinwerk dat moet worden uitgevoerd op de plaatsen waar de putten zijn gelegen, het feit dat de nv Eurofins een wereldleider is op de labomarkt doet hier dus niet terzake; de genomen waterstalen moeten vervolgens ook getransporteerd worden naar het laboratorium, bij de nv Eurofins is dit naar sites in Nederland; dit transport, met mogelijks nog het overbrengen van de waterflessen op andere voertuigen, brengt volgens de verzoekende partij ongetwijfeld een (aanzienlijke) kost met zich mee, wat de verwerende partij in overweging had moeten nemen bij de beoordeling van de totaalprijs van de offerte van de nv Eurofins Belgium;
- het argument inzake verdere automatisering, investeringen in apparatuur en bijscholing van personeel is een algemeen en inherent gegeven voor dit bestek en deze opdracht en biedt de nv Eurofins Belgium geen voordelen ten opzichte van andere inschrijvers;
- het argument inzake cluster aankopen is geenszins concreet onderbouwd, ook leveranciers van grondstoffen en apparatuur hebben hun winstmarges én hebben er baat bij om niet één enkele maar meerdere klanten met goede naam bekendheid en een zorgvuldige uitbating te hebben;
- het argument inzake continue aanvoer van een maximaal aantal stalen: dergelijke schaalvergroting levert naast voordelen ook nadelen op zoals hoge overhead kosten en de nood om te investeren in bijkomende machines indien er teveel te verwerken stalen zijn;
- het optimaliseren van de werkprocessen op grond van lean management: ook dit element is algemeen en niet specifiek relevant voor dit bestek en deze opdracht, noch toont de verwerende partij aan dat dit element enkel zou gelden voor de nv Eurofins Belgium;
- het argument dat de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij eveneens onder de raming ligt, doch dat de schaalgrootte en derhalve slagkracht en mogelijkheden van de verzoekende partij geenszins vergelijkbaar zijn met de nv Eurofins Belgium kan niet worden gebruikt als verklaring waarom de door haar geboden prijs (zeer aanzienlijk) lager is dan die van de verzoekende partij, laat staan om te besluiten dat de totaalprijs en de eenheidsprijzen van de nv Eurofins Belgium niet abnormaal zijn. Elementen inzake “schaalgrootte” zijn immers niet specifiek relevant voor dit bestek en voor deze opdracht.

De verzoekende partij besluit dat de inschrijvingsprijs van de nv Eurofins Belgium als abnormaal laag moet worden beschouwd, zowel wat de

totaalprijs als wat de prijzen voor de specifieke posten betreft, waarvoor alsnog een prijsverantwoording zou zijn gevraagd.

11.1. In de memories van antwoord betwist de verwerende partij betreffende het eerste middel in de eerste plaats dat de bestreden beslissing terugwerkende kracht heeft. Zij meent dat zij, ook al heeft zij er na de schorsing voor gekozen de procedure ten gronde af te wachten en de overeenkomst te sluiten, een nieuw en zorgvuldig prijsonderzoek mag verrichten en opnieuw tot de vaststelling komen, maar dit keer op grond van een deugdelijke motivering, dat de opdracht opnieuw dient te worden gegund aan de eerst gekozen inschrijver.

Voorts stelt de verwerende partij dat het vernietigingsarrest de eerste gunningsbeslissing vernietigde “louter op grond van een motiveringsgebrek”. Zij betoogt:

“Het enkele feit dat na een zorgvuldig prijsonderzoek de prijsofferte van de nv Eurofins Belgium opnieuw als laagste regelmatige offerte uit de bus komt maakt dus in het geheel geen inbreuk uit op het gezag van gewijsde van het arrest dd. 5.9.2017.

De motieven worden bovendien in de nieuwe gunningsbeslissing grondiger uitgewerkt zodat het niet uitgesloten is dat deze motieven wel voldoende draagkrachtig de beslissing ondersteunen.

Hoe dan ook worden de motieven die de eerste, vernietigde gunningsbeslissing dd. 7.12.2015 schraagden, aangevuld met twee nieuwe motieven die werden geput uit het antwoord op de bevraging enerzijds en uit de correcte uitvoering van de opdracht anderzijds.”

Volgens de verwerende partij mag de abnormaliteit van de geboden prijs wel worden beoordeeld op grond van de resultaten van de uitgevoerde opdracht. Waar de verzoekende partij doet gelden dat de goede uitvoering een loutere bewering betreft, legt de verwerende partij als vertrouwelijk stuk het keuringsverslag neer voor de uitvoering van de opdracht. Dit toont volgens haar aan dat de opdracht inderdaad naar behoren werd uitgevoerd.

Wat de prijsverantwoording door de gekozen inschrijver betreft, wijst de verwerende partij erop dat zij wel degelijk op 5 juli 2017 een prijsverantwoording aan de gekozen inschrijver heeft gevraagd voor de opdracht voor de meetcampagne 2016. Zij betoogt dat niets een bestuur verhindert om hangende een beroep tegen een beslissing, alvast de nodige voorbereidingen te treffen voor een eventueel nieuwe gunningsbeslissing, voor het geval er effectief een vernietigingsarrest zou worden uitgesproken.

Zij meent dat, niettegenstaande zij een strikt onderscheid heeft bewaard in de behandeling van beide dossiers, de vragen en antwoorden in beide procedures – meetcampagne 2016 en 2017 – toch zeer gelijklopend kunnen zijn en dat er *de jure* ook geen bezwaar bestaat in het gebruiken van relevante informatie die de aanbestedende overheid rechtmatig heeft verworven in het kader van de herhaling van de opdracht na een nieuwe aanbesteding.

De verwerende partij benadrukt dat er tussen beide opdrachten – meetcampagne 2016 en 2017 – slecht uiterst minimale verschillen zijn. Voor het overige is de opdracht volstrekt gelijk gebleven. De stelling van de verzoekende partij dat beide opdrachten inhoudelijk dermate verschillend zijn dat informatie over de ene niet relevant zou zijn voor de andere, is volstrekt niet ernstig, nu blijkt dat de verzoekende partij zelf dezelfde, dan wel een lagere eenheidsprijs heeft geboden voor de enige posten in de gehele opdracht waar er enig inhoudelijk verschil te bespeuren valt, zo besluit de verwerende partij.

11.2. Wat het tweede middel betreft, wijst de verwerende partij erop dat de raming als hoofddoel heeft een correcte budgettering toe te laten, zodat het feit dat zij terughoudend is geweest en er op voorhand niet gespeculeerd wordt op een verdere daling van de prijzen, niet noodzakelijk impliceert dat een verdere daling van de prijs *ipso facto* als abnormaal moet worden beschouwd.

Zij betwist voorts dat de post 3.2 “Ionenbalans + TOC” niet zou zijn opgenomen in het bestek voor de opdracht voor 2016. De verzoekende

partij heeft bovendien zowel in 2016 als in 2017 dezelfde eenheidsprijs voor deze post geboden. Het middel steunt dus op een onjuiste feitelijke vaststelling, zo betoogt de verwerende partij.

Vervolgens herhaalt de verwerende partij dat reeds is gebleken dat de geboden prijs in de gegeven omstandigheden niet abnormaal is en realistisch was, nu de uitvoering van de opdracht geen aanleiding heeft gegeven tot noemenswaardige problemen. Zij verwijst opnieuw naar het vertrouwelijk neergelegd keuringsverslag waaruit volgens haar de correcte uitvoering in hoofde van de nv Eurofins Belgium blijkt.

Ten slotte doet de verwerende partij gelden – hierbij haar tweede ontvankelijkheidsexceptie herhalend – dat de verzoekende partij zelf de normaliteit van de prijs van de gekozen inschrijver impliciet heeft aanvaard door haar houding in het kader van de opdracht voor de meetcampagne 2017: aangezien de verzoekende partij “wel heeft kunnen aanvaarden dat er een nog lagere prijs werd aanvaard voor [dezelfde opdracht in 2017] hetgeen in se een herhaling van dezelfde opdracht is, zij het aangevuld met enkele minieme toevoegingen (bromidemeting en het nemen van foto’s van de putlocaties)” kan haar houding, volgens de verwerende partij “alleen maar begrepen worden als een instemming met de inhoudelijke beslissing van verwerende partij dat de door de nv Eurofins Belgium geboden prijs niet als abnormaal beschouwd moet worden”.

12.1. In de memories van wederantwoord repliceert de verzoekende partij betreffende het eerste middel nog dat het nieuwe gunningsverslag niet tegemoetkomt aan het vernietigingsarrest van de Raad van State, dat de verwerende partij niet naar de uitvoering van de opdracht mag verwijzen bij het prijsonderzoek en zich verschuilt achter vertrouwelijke stukken, maar zelf erkent dat er hierin minstens sprake is van bepaalde correcties en dat er geen juridische grondslag bestaat voor een nieuw *post factum* prijsonderzoek met een vraag tot prijsverantwoording op een moment dat de gunningsbeslissing, waartegen een beroep hangende is, nog uitwerking heeft en niet is ingetrokken.

Wat de post 3.2 betreft, mildert de verzoekende partij haar argument en erkent zij dat deze post ook bestaat in de opdracht voor 2016, maar doet zij nu gelden dat deze inhoudelijk verschillend is en in 2017 een uitbreiding met de parameter bromide bevat.

12.2. Wat het tweede middel betreft, herhaalt de verzoekende partij dat het argument gesteund op de beweerde correcte uitvoering van de opdracht niet aanvaardbaar is want *post factum*. Tevens betwist zij dat zij de normaliteit van de prijs zelf aanvaard zou hebben en meent zij dat de verwerende partij ten onrechte twee onderscheiden gunningsprocedures poogt aan elkaar te koppelen.

13. In haar laatste memories benadrukt de verwerende partij, in repleik op een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag, dat het wel degelijk mogelijk is een vernietigde beslissing opnieuw te motiveren en hierbij dan rekening te houden met elementen die aan het licht zijn gekomen in het kader van een tweede grondiger prijsonderzoek met eventueel prijsbevraging en prijsverantwoording die dan allemaal evenzeer *post factum* de oorspronkelijke gunningsbeslissing zijn.

Zelfs indien er zou worden gesteld dat de verwerende partij ten onrechte verwees naar het reglementaire kader waarin om de inlichtingen werd verzocht, kan hieruit volgens haar niet worden afgeleid dat de aldus verkregen inlichtingen noodzakelijkerwijze aangetast zijn door een onwettigheid. Zij wijst erop dat de geloofwaardigheid op zich niet wordt aangetast door het al dan niet verbroken zijn van de oorspronkelijke gunningsbeslissing.

De verwerende partij betwist ook dat de prijsverantwoording en de aanvaarding ervan in het verslag nietszeggende algemeenheden zou bevatten; de concrete prijsopbouw met opsplitsing van de kosten om vervolgens de winstmarge te bepalen, geldt immers specifiek voor de gekozen inschrijver. Het voornaamste doel van het prijsonderzoek werd dan ook bereikt, meer bepaald het de aanbestedende overheid mogelijk te maken fantasieprijzen te weren.

Tevens repliceert zij dat het percentage dat de bevroagde prijsposten vertegenwoordigt in de onderzochte totaalprijs, niet relevant is om te bepalen of deze prijzen al dan niet determinerend zijn om de abnormaliteit van de totaalprijs te kunnen verantwoorden. Zo wijst zij erop dat de bevraging met betrekking tot 5 van de 10 prijsposten, die ongeveer 73 % van de geraamde totaalprijs en 72,8 % van de totaalprijs van verzoekende partij uitmaken, wel degelijk relevant is om de normaliteit van de totaalprijs te beoordelen, niettegenstaande deze posten slechts 39 % uitmaken van de geboden totaalprijs van de nv Eurofins. De prijzen van de gekozen inschrijver voor de overige, dus niet-bevroagde, posten lagen globaal genomen aanzienlijk hoger (meer dan 162 %) dan de overeenstemmende prijzen van verzoekende partij evenals van de overeenstemmende prijzen in de raming (meer dan 134 %). De bevroagde posten zijn dan ook integendeel uitsluitend determinerend voor de lagere prijs van de gekozen inschrijver ten opzichte van de offerteprijs van verzoekende partij.

Bovendien benadrukt zij dat de bestreden beslissing uiteindelijk werd genomen op 20 september 2017, na vernietiging van de oorspronkelijke gunningsbeslissing en dus na de uitvoering van de opdracht. In die omstandigheden lijkt de verwerende partij wel degelijk rekening te mogen houden met de effectieve en behoorlijke uitvoering van de opdracht.

Wat de gemaakte opmerkingen in het keuringsverslag betreft met betrekking tot de uitvoering van de opdracht door de gekozen inschrijver, wijst de verwerende partij erop dat in het keuringsverslag dat ten aanzien van de verzoekende partij werd opgemaakt na drie opeenvolgende jaren van uitvoering van de vorige opdracht er evenzeer opmerkingen werden gemaakt en correcties doorgevoerd en dat de verzoekende partij de opdracht alleszins niet aanmerkelijk veel beter uitvoerde, terwijl de door haar geboden prijs offerte toch aanzienlijk hoger lag.

Zelfs al zou bij de motivering van de gunningsbeslissing de concrete uitvoering van de betrokken opdracht in de betrokken regio niet in

aanmerking mogen worden genomen, nu deze gunningsbeslissing in theorie de uitvoering voorafgaat, geldt dit volgens de verwerende partij niet voor de andere meetcampagnes in de andere regio's waarvan Eurofins in 2016 opdrachthouder was noch voor de meetcampagne waarvan Eurofins opdrachthouder was in 2017 zowel voor dezelfde als voor de andere regio's:

“In de hypothese dat het met betrekking tot de meetcampagnes in 2016 en 2017 inderdaad om twee onderscheiden gunningsprocedures gaat, kan er niet gesteld worden dat de correcte uitvoering van deze meetcampagne, aan een nog lagere prijs dus, een principieel onaanvaardbaar argument zou uitmaken omdat het prijzenonderzoek inherent een ex ante onderzoek uitmaakt waarin ook bij een latere herstelbeslissing geen elementen post factum aan de gunning van de opdracht mogen worden betrokken.

Indien de uitvoering van de opdracht ingevolge de betwiste gunningsbeslissing noodzakelijk een post factum element uitmaakt m.b.t. deze gunningsbeslissing is dit niet het geval voor de uitvoering van een zeer gelijkaardige maar wel onderscheiden opdracht, zelfs indien deze opdracht uiteindelijk later uitgevoerd wordt.

Het uitvoeren van een analysecampagne waarvoor Eurofins tot op heden opdrachthouder was, kon dus wel degelijk op 20.9.2017 in aanmerking genomen worden om te motiveren dat de lage prijzen die de nv Eurofins voor de meetcampagne 2016 had geboden niet abnormaal laag waren.

In de afsplitsbare administratieve handeling maakt de uitvoering van een andere, zeer gelijkaardige opdracht, immers geen post factum element uit, net zomin als het vragen om een prijsverantwoording aan de gekozen inschrijver nadat deze de opdracht reeds volledig tot een goed einde bracht.

Beide elementen dateren weliswaar van na de uitvoering van de opdracht maar zij gaan wel vooraf aan de latere herstelbeslissing dd. 20.9.2017, en kunnen dan ook niet als post factum elementen beschouwd worden.”

Beoordeling

14. In zijn arresten van 5 september 2017 waarbij de eerste gunningsbeslissingen worden vernietigd, heeft de Raad van State reeds vastgesteld:

- 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.”

- dat zowel de verzoekende partij als de gekozen inschrijver offertes hebben ingediend die onder de raming liggen, maar dat die afwijking bij de gekozen inschrijver aanzienlijk veel lager ligt en bijna dubbel zoveel dan die van de verzoekende partij, wat bij de verwerende partij toch argwaan had moeten geven en aanleiding had dienen te geven “tot een bevraging van de betrokken inschrijver, dan wel een doorgedreven inhoudelijke motivering vereist om over die schijnbare abnormaliteit heen te stappen.”
- dat de motieven inzake de automatisering en de opgedane ervaring in voorgaande opdrachten niet in overtuigende mate concreet worden onderbouwd.

De verwerende partij heeft na de nietigverklaring van de eerste gunningsbeslissingen van 7 december 2015 nieuwe “vervangende” gunningsbeslissingen genomen op 20 september 2017 telkens op grond van een nieuw gunningsverslag van diezelfde datum. In de gunningsverslagen noch in de bestreden beslissingen zelf wordt als dusdanig expliciet terugwerkende kracht aan de bestreden beslissingen toegekend door de verwerende partij. Niettemin strekken de bestreden beslissingen ertoe om rechtsgrond te bieden aan een inmiddels gesloten en uitgevoerde overeenkomst: in de kennisgeving van de bestreden beslissingen aan de betrokken partijen blijkt die bedoeling ook door het gebruik van de woorden “vervangende beslissing”.

Het is een administratieve overheid wiens beslissing wordt vernietigd door een arrest van de Raad van State in beginsel niet verboden, en het

is soms zelfs aanbevelenswaardig, opnieuw te beslissen en zelfs dezelfde beslissing te nemen. Het is te dezen niet anders omdat de overeenkomst met de gekozen inschrijver reeds werd gesloten en uitgevoerd vóór de datum van de hier bestreden beslissingen.

Het retroactief effect dat de nieuwe beslissingen *de facto* hebben, doet geen afbreuk aan de rechten die het vernietigingsarrest zou hebben doen ontstaan ten voordele van de verzoekende partij. Uit dat arrest kan zij te dezen echter niet afleiden dat zij het recht zou hebben verworven om zich als begunstigde van de gunning te zien aanmerken, evenmin als het recht om de verwerende partij te verhinderen om de vernietigde handeling op een rechtmatige wijze te hernemen. De verwerende partij moet daarbij wel het gezag van gewijsde van het vernietigingsarrest eerbiedigen. Dit gezag dient als geschonden te worden beschouwd indien de nieuwe, te dezen bestreden beslissingen, met dezelfde onwettigheid zijn behept als de vernietigde beslissingen.

De grief gesteund op de terugwerkende kracht van de bestreden beslissing dient te worden verworpen.

15. De verwerende partij brengt in de nieuwe gunningsverslagen een nieuwe, meer uitgebreide, motivering naar voren ter ondersteuning van haar beslissing dat de totaalprijs van de nv Eurofins Belgium volgens haar niet als abnormaal laag dient te worden aangemerkt. De verwerende partij stelt zelf dat in die motivering de motieven die de eerste, vernietigde gunningsbeslissingen schraagden, worden hernomen en dat deze worden “aangevuld met twee nieuwe motieven die werden geput uit het antwoord op de bevraging enerzijds en uit de correcte uitvoering van de opdracht anderzijds”.

Wat de ervaring uit gelijkaardige opdrachten in het verleden betreft, stelde Raad van State in het vernietigingsarrest vast dat daaruit nog niet de bijzondere ervaring van de gekozen inschrijver ten opzichte van de verzoekende partij bleek, die relevant kan zijn naar diens nog lagere prijszetting

toe. Ook te dezen ziet de Raad van State geen reden om anders te oordelen. De ervaring bij eerdere opdrachten waarnaar in de nieuwe bestreden beslissingen wordt verwezen, verklaart ook thans nog niet waarom de gekozen inschrijver zijn totale offerteprijs in vergelijking met de vorige gunningsprocedures in 2012 voor dezelfde opdrachten omzeggens heeft kunnen halveren. De verwijzing in het gunningsverslag naar eerdere prijsdalingen van de gekozen inschrijver bij gelijkaardige opdrachten is bovendien niet pertinent: deze heeft zijn prijzen voor de zes regio's in 2012 juist lichtjes verhoogd. Overigens blijkt niet dat de betrokken eerdere opdrachten waar de verwerende partij naar verwijst, werden uitgevoerd aan totaalprijzen die, zoals in voorliggend geval, aanzienlijk onder de raming en de prijs van de andere inschrijver(s) liggen.

Het tevens herhaalde motief dat er voor beide inschrijvers een dalende lijn is in de prijzen voor deze opdracht, kan thans nog steeds niet overtuigen. De gekozen inschrijver blijkt immers in 2009 en in 2012 aanzienlijk hogere totaalprijzen, die toen wel redelijk in elkaars buurt lagen, te hebben geboden en die in 2016 plots bijna te kunnen halveren. De dalende lijn bij de verzoekende partij is niet zo spectaculair en eerder geleidelijk.

Voorts zijn er de motieven inzake schaalvergroting, automatisering en hoogtechnologisch materiaal waarover de betrokken inschrijver beschikt, die deels een herhaling vormen van het motief inzake de automatisering uit de vorige beslissingen. Het gegeven dat de waterstalen thans op één centrale plaats kunnen worden verwerkt en geanalyseerd, thans in het laboratorium van Eurofins Analytico te Nederland die de activiteiten zou hebben overgenomen van Eurofins Environment Testing Belgium, en dat dit laboratorium over hoogtechnologische apparatuur beschikt waarvoor weinig, doch goed opgeleid personeel, nodig is, en die apparatuur door de centralisatie een maximale bezetting kent, kan weliswaar verklaren dat werkingskosten worden gedrukt, maar laat toch gerede twijfel bestaan of dit gegeven alleen wél kan verklaren waarom voor de analyse van het grondwater, de kern van de opdracht, voor vijf van de zeven subposten, een prijs kan worden aangeboden die

– zo blijkt uit de vertrouwelijke stukken waarop de Raad acht mag slaan – de helft dan wel soms maar een derde van de ramingsprijs voor deze posten bedraagt. Voor deze posten heeft de verwerende partij dan ook, terecht, een prijsverantwoording gevraagd.

De opdracht omvat ook een component manuele taken inzake staalname en peilname, welke taken in detail worden omschreven in het bestek. De verzoekende partij stipt in dit verband niet ten onrechte aan dat die niet zomaar kunnen worden geautomatiseerd. In de bestreden beslissing wordt weliswaar gesteld dat de verdere automatisering ook tot een optimalisatie van de staalnameprocessen, naast die van de laboprocessen, zou leiden, maar geeft hierover geen enkele nadere verduidelijking. Hoe dan ook is dit weinig relevant, nu de gekozen inschrijver voor deze posten een licht van de raming afwijkende prijs dan wel een aanzienlijk hogere prijs dan de raming aanbiedt. Voorts verwijst de gekozen inschrijver in zijn prijsverantwoording, inzake het argument dat hij voortdurend innoveert in automatisering, naar de diverse gebruikte softwareprogramma's, die een betere communicatie tussen de laboratoria en tussen de laboratoria en de klant, alsook een snellere registratie van stalen, klanten en opdrachtverwerking met zich zouden meebrengen. Hieruit blijkt echter evenmin evident hoe dit zorgt voor een optimalisatie van “laboprocessen” en de “staalnameprocessen”. Overigens biedt de gekozen inschrijver voor de post ‘rapportering, invoer databank’ dan weer een prijs aan hoger dan de raming.

Het concrete verschil met de verzoekende partij op het vlak van schaalgrootte, hoogtechnologische analyseapparatuur, slagkracht en mogelijkheden – volgens de beslissing duidelijk – is bijgevolg niet zo evident zonder enige nadere toelichting.

16. Dat de gekozen inschrijver in het verleden voor de verzoekende partij heeft gewerkt als onderaannemer voor de pesticidenanalyses verklaart evenmin waarom deze inschrijver zijn totaalprijs tegenover 2012 bijna heeft kunnen halveren en een prijs voorstelt die bijna 40% onder de raming ligt. Voorts

blijkt de verzoekende partij in het verzoekschrift aan de hand van stukken aan te tonen dat dit onderaannemerschap met niet onbelangrijke problemen is verlopen, alsook dat dit gegeven destijds ter kennis was van de verwerende partij, wat de relevantie van dit argument in het gunningsverslag nog verder ondermijnt. De verwerende partij betwist dit niet in de memorie van wederantwoord, noch in de laatste memorie.

17. Eén van de nieuwe motieven betreft voorts het argument dat de opdracht “reeds naar behoren werd uitgevoerd”. De uitvoering van de opdracht mag evenwel in beginsel niet in aanmerking worden genomen om de wettigheid van de gunningsbeslissing, die daaraan normaal gezien voorafgaat, te beoordelen en de verwerende partij toont hier niet aan dat het anders is.

Overigens blijkt het administratief dossier de bewering van de verwerende partij dat de opdracht goed werd uitgevoerd, niet ten volle te ondersteunen. Uit de door de verwerende partij als vertrouwelijk stuk neergelegde keuringsverslagen – waar de verzoekende partij niet uitdrukkelijk om inzage in vraagt, maar die niettemin door de Raad van State in zijn beoordeling en onderzoek van de zaak mag worden betrokken – blijkt onder meer dat de verkregen meetresultaten onduidelijkheden, datahiaten of afwijkende meetgegevens bevatten, dat de gekozen inschrijver wordt gevraagd waar nodig en mogelijk datacorrecties uit te voeren, al dan niet op grond van hermetingen, dat de verhouding tussen volledige en gedeeltelijke analyses sterk gedaald is en de gekozen inschrijver verzocht wordt voldoende inspanning te doen om terug tot een groter aandeel volledige analyses te komen. Voorts, wat de betrokken en bevraagde posten betreft, worden voor alle regio’s bijna steeds dezelfde opmerkingen vermeld, namelijk dat er voor relatief veel stalen te grote afwijkingen op de ionenbalansen zijn vastgesteld, dat voor diverse analyses nadere controle noodzakelijk is, dat er bij zware metalen mogelijk sprake is van contaminatie tijdens de staalname, het transport of de laboanalyse, dat er wat bicarbonaatconcentraties betreft mogelijk sprake is van systematische fouten en het niet uitvoeren van metingen en dat er ook bij de dieptemeting en

stijghoogtemeting fouten zijn gebeurd. Die keuringsverslagen scheppen dus geen overtuigend beeld van een opdracht die werd uitgevoerd “zonder noemenswaardige problemen” zoals de verwerende partij doet gelden in haar memorie van antwoord.

18. Over de prijsverantwoording, eveneens een nieuw motief, merkt de verwerende partij in haar laatste memories terecht op dat de bevraging met betrekking tot vijf van de tien prijsposten wel degelijk relevant was om de normaliteit van de totaalprijs te beoordelen, aangezien, zoals zij wel degelijk aantoonde en uit de prijscontrole van de posten blijkt, deze uitsluitend determinerend waren voor de lagere prijs van de gekozen inschrijver ten opzichte van de offerteprijs van de verzoekende partij.

Niettemin wordt hieromtrent vastgesteld dat deze prijsverantwoording de hiervoor besproken en in het gunningsverslag hernomen algemeenheden bevat aangaande schaalvergroting, centralisatie, hoogtechnologische apparatuur en automatisering en voorts enkel een uitsplitsing van de eenheidsprijzen van die posten uiteenzet, naar personeelskost, consumables en afschrijving apparatuur + overige kosten. Dat hieruit zou blijken dat deze inschrijver nog met een zekere winstmarge kan werken, volstaat niet als prijsverantwoording, aangezien hiermee nog steeds niet wordt aangegeven welke concrete en objectieve factoren de lage prijzen juist kunnen rechtvaardigen. Het weze hier herhaald dat de in het geding zijnde aanzienlijk lagere prijzen, dan die van de raming en de verzoekende partij, niet kunnen worden aangemerkt als voortkomend uit een enigszins te verwachten lineaire prijsvermindering ingevolge geoptimaliseerde werkprocessen van de betrokken inschrijver. De factoren in verband met schaalvergroting, apparatuur, automatisering en centralisering die volgens de gekozen inschrijver de gunstige prijsvorming verklaren, werden hiervoor reeds besproken en onvoldoende geacht.

19. Uit al het voorgaande volgt dat de verwerende partij er nog niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver

niet abnormaal laag is. Het bij elkaar sprokkelen van bedrijfseconomische stereotypen en een oppervlakkig onderzoek naar weliswaar relevante eenheidsprijzen, volstaan alleszins niet om tot het besluit te komen dat de aanbestedende overheid terecht over deze abnormaal lage totaalprijs zou zijn heengestapt.

Het eerste en het tweede middel zijn in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De zaken nrs. A. 223.817/XII-8462, A. 223.820/XII-8463, A. 223.822/XII 8464, A. 223.823/XII-8465, A. 223.832/XII-8466 en A. 223.836/XII-8467 worden gevoegd.

2. De Raad van State vernietigt de beslissingen van 20 september 2017 van de Vlaamse Milieumaatschappij inzake de open aanbesteding “Onderzoek naar de aanwezigheid van stikstofverbindingen in het freatisch grondwater – meetcampagne 2016” in de volgende regio’s:

- **Regio Antwerpen-Brussel**
- **Regio Oost-Vlaanderen-Gent**
- **Regio Kempen**
- **Regio West-Vlaanderen**
- **Regio Mechelen-Sint-Truiden-Houthalen**
- **Regio Maaskant**

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de beroepen tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 1.200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro en vijf maal 140 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 juni 2019,
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