

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.748 van 5 oktober 2021
in de zaak A. 234.509/XII-9133**

In zake: de NV MERAK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kathleen De hornois en Mattias Van Schel
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
Gateway building
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen de partij :

de NV GOSSELIN LOGISTICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en
Jarien Bloemen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 september 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 13 augustus 2021 van de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de voedselketen en Leefmilieu waarbij de overheidsopdracht '[o]pslag en levering van de persoonlijke beschermingsmiddelen en medische hulpmiddelen

gekoppeld aan een strategische voorraad voor de jaren 2021-2025' aan de nv Gosselin Logistics wordt gegund.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 20 september 2021 heeft de nv Gosselin Logistics gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 september 2021, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Louise Galot, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Mattias Van Schel en advocaat Louis Swennen *loco* advocaat Kathleen De hornois, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Wouter Moonen, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 met als voorwerp '[o]pslag en levering van persoonlijke beschermingsmiddelen en medische hulpmiddelen gekoppeld aan een strategische voorraad voor de jaren 2021-2025'. Het betreft een opdracht tegen prijslijst.

- 3.2. Er wordt gekozen voor de openbare procedure.
- 3.3. Luidens het bestek worden de offertes beoordeeld aan de hand van één gunningscriterium, namelijk de prijs.
- 3.4. Vijf inschrijvers dienen een offerte in.
- 3.5. Op 13 augustus 2021 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Gosselin Logistics als de inschrijver met de laagste regelmatige offerte. Zij wordt als eerste gerangschikt met een score van 100/100 en een prijs van 1.225.050 euro (btw niet inbegrepen) en verzoekster als derde met een score van 41/100 en een prijs van 2.956.019,67 euro (btw niet inbegrepen). De twee andere regelmatige inschrijvers halen een score van 46/100, respectievelijk 22/100.

Dit is de bestreden beslissing.

Wat de regelmatigheid van de offertes betreft, vermeldt de gunningsbeslissing dat de ingediende offertes niet substantieel onregelmatig zijn, behoudens één.

Wat het gevoerde prijsonderzoek betreft, wordt het volgende vermeld:

“4.1. Prijsonderzoek

Er werden geen abnormale eenheidsprijzen vastgesteld.

Er werd een prijsonderzoek uitgevoerd naar de eenheidsprijs van de inschrijver Gosselin Logistics voor de post P.02 Opslagkost per maand gezien deze eenheidsprijs sterker is dan de andere inschrijvers. De motivatie van de inschrijver werd als voldoende aanvaard, zijnde:

- het gebruik van een rekkenmagazijn, de mogelijkheid om de ontvangen palletten in rekken te stapelen, met 2, 3 of 4 palletten hoog, wat een efficiënt oppervlakteverbruik toelaat, wat aanzien wordt als een technische oplossing die optimalisatie van de oppervlakte biedt;
- de omzetting van de gehanteerde prijs van een prijs per palletplaats naar een prijs per m³, zoals gevraagd in het offerteformulier, gebeurt op een gunstigere manier (in het voordeel van de aanbestedende overheid) dan andere inschrijvers. Het hanteren van een gunstige

omzetting wordt niet als abnormaal geëvalueerd gezien op deze manier optimaal gebruik zal worden gemaakt van de beschikbare ruimte.”

3.6. Deze beslissing wordt aan verzoekster meegedeeld met een e-mailbericht van 25 augustus 2021 en met een aangetekend schrijven, ontvangen op 27 augustus 2021.

3.7. Met een brief van 1 september 2021 stelt verzoekster een aantal vragen over het prijsonderzoek.

De verwerende partij antwoordt met een e-mailbericht van 9 september 2021 het volgende:

“Wij schrijven u aan in onze hoedanigheid van raadslieden van de FOD Volksgezondheid, veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu.

Graag verwijzen we naar uw schrijven dd. 1 september 2021 inzake bovenvermelde overheidsopdracht waarbij enkele bezwaren werden geuit naar aanleiding van de gemotiveerde gunningbeslissing van 13 augustus 2021. Via deze gunningsbeslissing werd de desbetreffende opdracht, conform Bestek nr. RMGC-2021-01, aan Gosselin Logistics toegewezen op basis van het gunningscriterium ‘Prijs’.

Middels huidig schrijven geven wij graag de feitelijke elementen mee die de correctheid van het uitgevoerde prijsonderzoek bevestigen zoals ook terug te vinden in de desbetreffende gunningsbeslissing. U zal dan ook het officieel karakter van huidig schrijven willen aanvaarden.

In casu werd vastgesteld dat inschrijver Gosselin Logistics een voordelige prijs heeft voorgesteld voor de post P.02 Opslagkost per maand. Gelet hierop werd dan ook door onze cliënte, conform de wetgeving, een prijsbevraging uitgevoerd en overgegaan tot het vragen van bijkomende informatie waarna door de desbetreffende inschrijver een uitgebreide toelichting werd gegeven. Bij deze toelichting werd de prijs per m³ afdoende gemotiveerd op basis van onder meer het oppervlaktegebruik en de calculatie wat een blokpallet voorstelt in kubieke meter.

In uw schrijven van 1 september 2021 verwijst u naar volgende passage uit de gemotiveerde gunningsbeslissing in hoofde van onze cliënte:

[...]

U meent uit bovenstaande passage te concluderen dat inschrijver Gosselin Logistics zou zijn overgegaan tot het omzetten of wijzigen van de door de aanbestedingsdocumenten vooropgestelde eenheden. Dit is een verkeerde opvatting, gezien de omzetting waarnaar verwezen wordt in de gemotiveerde gunningsbeslissing, louter de voorafgaande interne conversie betreft van prijs per blokpallet naar prijs per kubieke meter dewelke door Gosselin Logistics werd meegegeven. Inschrijver Gosselin

Logistics diende aldus een regelmatige offerte in, inclusief de vereiste prijslijst met de vooropgestelde eenheden en eenheidsprijzen.

Uit het dossier blijkt ook dat, met betrekking tot alle minimumeisen en toepasselijk nationale en Europese regelgeving inzake het correct stockeren, verwerken en beschermen van medische hulpmiddelen, bij alle inschrijvers werd toegezien op de conformiteit met de huidige wetgeving. Hierbij werd vervolgens geen enkel voorbehoud dienaangaande geformuleerd. Eveneens zal er uitdrukkelijk op worden toegezien dat deze minimumeisen ook tijdens de uitvoering van de opdracht worden nageleefd.

Tenslotte dient ook te worden meegedeeld dat de bezorgdheid in hoofde van inschrijver Merak nv inzake het dragen van de inbound kosten en overige posten zoals opgenomen in het bestek onterecht is. Tijdens het prijsonderzoek werden de verschillende posten geanalyseerd en werden bij de beoordeling van de verschillende posten in hoofde van alle inschrijvers geen afwijkende of abnormale elementen vastgesteld.

Uiteraard blijven wij steeds beschikbaar voor bijkomende toelichting bij eventuele onduidelijkheden of openstaande vraagstukken.
[...].”

IV. Tussenkost

4. De nv Gosselin Logistics blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

5. In de nota met opmerkingen werpt de verwerende partij een exceptie van gebrek aan belang op. Zij meent dat verzoekster te dezen niet met enige prima-facie-ernst aantoon dat zij enige kans maakt om de opdracht in de wacht te slepen, aangezien zij als derde is gerangschikt met 41/100 punten, na de gekozen inschrijver met 100/100 punten en de nv Van Moer Rail met 46/100 punten. Zelfs indien het enig middel ernstig is en de offerte van de gekozen inschrijver zou moeten worden geweerd, dan nog zou verzoekster onvoldoende punten halen om als eerste te worden geklasseerd.

De verwerende partij vervolgt dat verzoekster geen enkele poging onderneemt om aan te tonen dat de offerte van de nv Van Moer Rail moet worden geweerd als substantieel onregelmatig, en het enig middel louter betrekking heeft op de offerte van de gekozen inschrijver.

6. In haar verzoekschrift tot tussenkomst werpt de tussenkomende partij een gelijkaardige exceptie op. Zij benadrukt dat de kritiek van verzoekster, zoals ontwikkeld in haar verzoekschrift, in essentie uitsluitend gericht is tegen de beoordeling van de offerte van de tussenkomende partij. De aangevoerde kritieken hebben geen enkele invloed op de beoordeling van de offerte van de nv Van Moer Rail, die gunstiger is gerangschikt dan verzoekster. Weliswaar stelt verzoekster in het eerste onderdeel van het enig middel in algemene termen dat het prijs- en kostenonderzoek ten opzichte van alle inschrijvers zouden tekortschieten, doch dit onderdeel is, volgens de tussenkomende partij, op zich eveneens onontvankelijk nu het niet voldoende is uitgewerkt en alleszins niet door de Raad van State kan worden beoordeeld in de context van een schorsingsberoep bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Beoordeling

7. Het beroep bij de Raad van State tegen een beslissing inzake de gunning van een overheidsopdracht strekt er idealiter toe een verzoekende partij een nieuwe kans te verschaffen om de opdracht zelf gegund te krijgen en zelf uit te voeren.

De vraag rijst of het ernstig bevinden van het aangevoerde enig middel tot die conclusie zal kunnen leiden. De beoordeling van het belang van verzoekster hangt te dezen samen met het onderzoek van het enig middel.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

8. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake

overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies', moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

9. Verzoekster voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 81 en 84 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten', van de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en van het patere-legem-quam-ipse-fecistibeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

9.1. In een eerste onderdeel voert verzoekster aan dat in de versie van de gemotiveerde gunningsbeslissing die zij heeft ontvangen, alleen haar prijzen en die van de gekozen inschrijver zichtbaar zijn, maar op grond van de toegekende punten per inschrijver wel kan worden vastgesteld dat er enorme prijsverschillen bestaan tussen de diverse inschrijvers. De prijs van de gekozen inschrijver is bijna 80 % goedkoper dan de prijs van de duurste inschrijver en bijna 60 % goedkoper dan de prijs van verzoekster en de als tweede gerangschikte inschrijver. Verzoekster vervolgt dat in het kader van iedere plaatsingsprocedure een grondig prijsonderzoek met worden gevoerd, en dit des te meer het geval is bij het vaststellen van dergelijke grote prijsverschillen tussen de inschrijvers waarbij de prijs het enig gunningscriterium is.

Verzoekster stelt dat in de bestreden gunningsbeslissing in eerste instantie enkel wordt gemeld dat er geen abnormale eenheidsprijzen werden vastgesteld, zonder nadere detaillering. Voorts kan uit de gunningsbeslissing worden afgeleid dat er enkel een prijsonderzoek is gevoerd naar de eenheidsprijs van de gekozen inschrijver voor de post "P.02 opslagkost".

Zij betwijfelt echter of die behoorlijk is onderzocht en of de inschrijver met die prijs konden voldoen aan alle technische vereisten inzake temperatuur en vochtigheid, beveiliging tegen inbraak en bescherming tegen brand- en waterschade. Het antwoord van de verwerende partij van 9 september 2021 op haar vragen hieromtrent is volgens haar zeer vaag “zonder dat er wordt toegelicht hoe dit concreet werd nagegaan en zonder dat er enige stukken worden bijgebracht uit het administratief dossier”.

Verzoekster betoogt voorts dat uit de gemotiveerde gunningsbeslissing niet blijkt of de totaalprijzen van de inschrijvers die goedkoper zijn dan haar offerte naar behoren zijn onderzocht. Zij vraagt zich af of er een controle is gevoerd op de prijzen van de andere posten, zoals de “inbound”-kosten, die van de posten “dienst 3 outbound” en “dienst 4 leveringen”, die arbeids- en transportintensieve posten zijn. Ook hierover blijft het antwoord in de voormelde brief van 9 september 2021 zeer algemeen “zonder enige verdere precisering noch worden er stukken uit het administratief dossier bij[ge]bracht waaruit blijkt dat er een behoorlijk prijsonderzoek is gevoerd”.

Verzoekster wijst er ten slotte op dat zij “tot op heden geen kennis [heeft] van het administratief dossier” en dat de “[v]erwerende partij [...] dan ook de stukken uit haar administratief dossier [moet] bijbrengen waaruit blijkt dat er een behoorlijk prijsonderzoek is gevoerd.”

9.2. In een tweede onderdeel voert verzoekster aan dat uit de gemotiveerde gunningsbeslissing een vermoeden rijst van een abnormale eenheidsprijs bij de gekozen inschrijver voor de post “p.02 opslagkost”.

Zij zet uiteen waarom de verwerende partij ten onrechte de motivatie van de gekozen inschrijver als voldoende heeft aanvaard. Het schrijven van de verwerende partij antwoordt niet op deze kritiek. Voorts betoogt verzoekster dat de verwerende partij heeft aanvaard dat de gekozen inschrijver in zijn offerte een meeteenheid in de inventaris heeft aangepast zodat de verwerende partij deze inschrijver had moeten weren omwille van een onregelmatige offerte. Ook hier kan zij zich niet verzoenen met het antwoord van de verwerende partij in de meer vermelde antwoordbrief. Zij benadrukt hierbij dat zij geen kennis

heeft van het administratief dossier noch van de offerte van de gekozen inschrijver en dat er ook geen stukken worden bijgebracht zodat “zij [...] dit aldus op dit moment niet [kan] nagaan”. “Het doet dan ook een vermoeden rijzen dat er abnormaal lage prijzen zijn aangeboden voor de belangrijkste post van de inventaris die alvast voor verzoekende partij meer dan 60% van de totaalprijs uitmaakt”.

Beoordeling

Eerste en tweede onderdeel, samengenomen

10. Uit een prima-facielezing van het eerste middelonderdeel blijkt dat verzoekster niet louter de regelmatigheid van de offerte van de tussenkomende partij viseert maar ook aanvoert dat het prijsonderzoek van de offertes van de inschrijvers niet naar behoren werd uitgevoerd. Indien deze kritiek ernstig zou worden bevonden, kan niet worden uitgesloten dat verzoekster bij een nieuw prijsonderzoek alsnog een kans zou maken om als begunstigde van de opdracht te worden gekozen.

In die mate is het eerste middelonderdeel, en bijgevolg de vordering tot schorsing, ontvankelijk en wordt ze hierna onderzocht.

11. Overeenkomstig de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is de aanbestedende overheid ertoe gehouden om in het kader van het algemeen prijsonderzoek vastgestelde abnormale prijzen in de ingediende offertes te bevragen.

De verwerende partij beschikt bij het betrokken onderzoek als aanbestedende overheid over een aanzienlijke beoordelingsruimte om al dan niet een procedure in te zetten waarbij de aanwezigheid van abnormale prijzen nader wordt onderzocht. De aanbestedende overheid mag alleszins, gelet op artikel 36, § 1, van het voormelde koninklijk besluit, niet over een schijnbaar abnormale prijs in een offerte heen stappen en de opdracht aan de betrokken inschrijver gunnen, zonder eerst een abnormaleprijzenonderzoek op die offerte uit te voeren.

12. Uit de gegevens van de zaak blijkt dat het prijsverschil tussen de offerte van de gekozen inschrijver en die van de andere drie regelmatige inschrijvers, waaronder verzoekster, aanzienlijk is. Voorts blijkt het prijsverschil tussen de offerte van de gekozen inschrijver en die van verzoekster, op het eerste gezicht, vooral te kunnen worden verklaard door het verschil in prijs aangeboden voor de post “P.02 Opslagkost per maand”, die 58 % respectievelijk 75 % vertegenwoordigt van de totaalprijs van de beide offertes.

De gunningsbeslissing vermeldt dat de ingediende offertes niet substantieel onregelmatig zijn, behoudens één, dat er geen abnormale eenheidsprijzen werden vastgesteld, en dat een prijsonderzoek werd gevoerd naar de eenheidsprijs van de gekozen inschrijver voor de post “P.02 Opslagkost per maand”.

13. Uit de gunningsbeslissing blijkt aldus dat de regelmatigheid van de offertes, waaronder ook het regelmatig karakter van de prijzen, wel degelijk werd onderzocht door de aanbestedende overheid. Uit de gunningsbeslissing blijkt bovendien dat de verwerende partij – in het kader van het prijsonderzoek – aan de tussenkommende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd voor de eenheidsprijs voor de post “P.02 Opslagkost per maand” en die prijsverantwoording als voldoende heeft aanvaard.

De verwerende partij lijkt bijgevolg het prijsonderzoek te hebben toegespitst op de eenheidsprijs voor de post “P.02 Opslagkost per maand” in de offerte van de gekozen inschrijver die, minstens in vergelijking met de aangeboden eenheidsprijs voor die post in de offerte van verzoekster, merkkelijk lager ligt en die ook het grootste deel van de totaalprijs lijkt te vertegenwoordigen. Het kan de verwerende partij niet ten kwade worden geduid, zo lijkt op het eerste gezicht, dat zij de weergave van het prijsonderzoek heeft beperkt tot de vaststellingen dat er geen abnormale eenheidsprijzen zijn en dat voor de door de gekozen inschrijver aangeboden eenheidsprijs een prijsverantwoording werd gevraagd en gekregen.

Indien uit de stukken door de partijen bijgebracht blijkt of minstens kan worden afgeleid dat de regelmatigheid van alle offertes, waaronder

de aangeboden eenheidsprijzen, wel degelijk werd onderzocht, zoals hier het geval is, lijkt op het eerste gezicht niet te worden verwacht dat dit regelmatigheidsonderzoek *in extenso* wordt weergegeven in de gunningsbeslissing en dat voor elke aspect waarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen, de positieve redenen te kennen worden gegeven waarom de offertes, in het bijzonder die van de als tweede gerangschikte inschrijver, niet onregelmatig moeten worden verklaard.

14. Voor zover verzoekster aangeeft dat de verwerende partij een grondig prijsonderzoek diende te voeren omdat de prijzen van de offertes substantieel zouden verschillen, mag bijgevolg op het eerste gezicht worden vastgesteld dat de bestreden beslissing wel een duidelijk spoor bevat naar een gevoerd regelmatigheids- en prijsonderzoek.

In die mate is het eerste onderdeel niet ernstig.

15. Voor zover verzoekster eveneens in het eerste onderdeel, en in het tweede onderdeel van het enig middel alsdan enkel de regelmatigheid van de offerte van de tussenkomende partij viseert, wordt vastgesteld dat haar offerte slechts als derde is gerangschikt.

Zelfs indien deze middelonderdelen ernstig zouden zijn, maakt verzoekster niet aannemelijk dat die vaststelling zou bijdragen tot de kans dat de opdracht aan haar zou worden toegewezen, aangezien zij alsnog de offerte van de thans als tweede gerangschikte inschrijver zal dienen te laten voorgaan.

In die mate zijn het eerste en het tweede onderdeel van het enig middel niet ontvankelijk.

VIII. Besluit

16. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Gosselin Logistics tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijf oktober tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere