

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.107 van 24 juni 2022
in de zaak A. 231.052/XII-8914**

In zake : de BV DYMASO
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Luc Carlé
 kantoor houdend te 9160 Lokeren
 Gentse Steenweg 36
 bij wie woonplaats wordt gekozen

 tegen :

 de STAD GENT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Patrick Devers en John Devers
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Kouter 71-72
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 juni 2020, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de stad Gent van 9 april 2020 tot gunning van de opdracht tot levering van interventietassen-draagtassen voor de politiezone Gent aan de bvba Levelfour [Belgique].

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.

 Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Luc Carlé, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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. Op 16 januari 2020 schrijft het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent een overheidsopdracht uit met als voorwerp “meerjarige overeenkomst voor het leveren van interventietassen-draagtassen voor de politiezone Gent”. De opdracht heeft een looptijd van vier jaar.

De plaatsingswijze is de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 100.000 euro, btw inbegrepen.

3.2. Het bestek met referte 2019/1484 is van toepassing.

De offertes worden beoordeeld in het licht van de volgende gunningscriteria: prijs op 40% en kwaliteit op 60%.

3.3. Het college van burgemeester en schepenen beslist om vijf ondernemingen, waaronder de verzoekende partij, aan te schrijven met een uitnodiging tot het indienen van een offerte.

Drie van de aangeschreven ondernemingen, waaronder de verzoekende partij en de bvba Levelfour [Belgique], dienen een offerte in. De verzoekende partij en Levelfour blijken dezelfde tas aan te bieden, namelijk de “patrol bag” van de fabrikant G.

3.4. Het gunningsverslag wordt op 24 maart 2020 opgesteld door de politiezone Gent. Daarin wordt als volgt geoordeeld over de regelmatigheid van de offertes en de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria:

“Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes

De firma's C., Dymaso bvba en Levelfour dienden een regelmatige offerte in.

Onderzoek van de gunningscriteria

De gunningscriteria zijn:

- Kwaliteit: 60%
- Prijs: 40%

Het gunningscriterium kwaliteit wordt geëvalueerd op basis van de documentatie toegevoegd aan de offerte en de aangeboden stalen. Opvallende minpunten worden bij de cijfermatige beoordeling in mindering gebracht.

De firma's Levelfour en Dymaso bvba bieden dezelfde tas aan. Deze zeer stevige modulaire tas is degelijk afgewerkt en heeft de ideale afmetingen. Het model aangeboden door de firma C. is niet stevig en minder goed afgewerkt. De achterzijde van de tas is te hoog waardoor deze moeilijk stapelbaar is in het interventievoertuig. Er zijn voorzakken voorzien, maar deze kunnen niet worden afgesloten.

Nr.	Naam	Score (60%)
-----	------	-------------

2	C.	30
4	DYMASO BVBA	60
5	LEVELFOUR	60

De score op het gunningscriterium prijs wordt berekend volgens de formule: ‘max. aantal punten x (laagste prijs/inschrijvingsprijs)’, afgerond naar de hogere of lagere eenheid.

Nr.	Naam	Prijs (incl. btw per tas)	Score (40%)
2	C.	[X] EUR	32
4	DYMASO BVBA	95,35 EUR	32
5	LEVELFOUR	[x] EUR	40

Totaalscore

Nr.	Naam	Score (100%)
2	C.	62
4	DYMASO BVBA	92
5	LEVELFOUR	100

.”

3.5. Op 9 april 2020 keurt het college van burgemeester en schepenen de gunning van de overheidsopdracht aan Levelfour goed, voor een totaal geraamd bedrag van 100.000 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. De verzoekende partij wordt met een e-mail van 14 april 2020 in kennis gesteld van deze beslissing.

Op 29 april 2020 ontvangt de verzoekende partij op haar vraag een kopie van het gunningsverslag van 24 maart 2020.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij voert aan dat de memorie van antwoord is ingediend buiten de termijn. Zij vraagt dat die memorie uit de debatten zou worden geweerd.

5. Op grond van de artikelen 6, § 2, en 84, § 1, derde lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ beschikt de verwerende partij over een termijn van zestig dagen om aan de griffie een memorie van antwoord en het volledige administratief dossier toe te zenden, te rekenen van de dag van ontvangst van het schrijven waarmee de griffie haar een kopie van het verzoekschrift heeft gezonden.

Te dezen heeft de griffie die kopie verzonden met een aangetekend schrijven van 9 juli 2020. Dat schrijven heeft de verwerende partij ontvangen op 10 juli 2020. De termijn om een memorie van antwoord in te dienen verstreek derhalve op 8 september 2020. De op 8 september 2020 ingediende memorie is bijgevolg tijdig ingediend.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 35 en 36, §§ 1 tot 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), van artikel 29/1, eerste lid, 2°, 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet) en artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

6.1. Zij voert aan dat zij op 30 april 2020, na lezing van het gunningsverslag, aan de politiezone heeft meegedeeld dat zij van oordeel is dat de gekozen inschrijver een prijs heeft aangeboden onder de kostprijs. Volgens haar berekeningen zou die inschrijver voor hetzelfde product als het hare een prijs van ongeveer 63 euro, btw niet inbegrepen, hebben aangeboden, terwijl de aankoopprijs bij de leverancier, G., die zij heeft bevraagd, op dat ogenblik 70,50 euro bedraagt, btw niet inbegrepen. In het voornoemde schrijven van 30 april 2020

vraagt de verzoekende partij aan de politiezone dat deze aan de gekozen inschrijver de bevestiging zou vragen van de door deze aangeboden prijs.

6.2. De verzoekende partij voert voorts aan dat de overheid op grond van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 alle ingediende offertes aan een prijsonderzoek dient te onderwerpen. Wanneer de overheid vaststelt dat prijzen worden aangeboden die abnormaal laag zijn, is zij verplicht een bevraging uit te voeren van deze prijzen, waarbij de betrokken inschrijver schriftelijke verantwoording dient te geven. Wanneer de overheid vervolgens na onderzoek vaststelt dat het bedrag van de ingediende offerte abnormaal laag is, dient zij die offerte te weren wegens substantiële onregelmatigheid. Op grond van artikel 29, § 1, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet en artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 dienen de motieven waarop de gunningsbeslissing steunt in die beslissing veruitwendigd te zijn.

Te dezen blijkt uit de gunningsbeslissing niet dat de verwerende partij vóór het nemen van de gunningsbeslissing is overgegaan tot een onderzoek van de door de gekozen inschrijver opgegeven prijs, noch dat zij aan deze inschrijver een schriftelijke prijsverantwoording heeft gevraagd, terwijl deze prijs nochtans een abnormaal laag karakter vertoont. Dit abnormaal laag karakter blijkt volgens de verzoekende partij uit het feit dat de eenheidsprijs van de gekozen inschrijver lager ligt dan de “normale dealerprijs” en minstens 15% lager ligt dan het gemiddelde van de ingediende prijzen. De verwerende partij had dan ook het abnormaal karakter van de door de gekozen inschrijver ingediende prijs moeten vaststellen en diens offerte wegens een substantiële onregelmatigheid moeten weren.

7.1. In haar memorie van antwoord voert de verwerende partij in de eerste plaats aan dat artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat voorziet in een verplichting tot bevraging in geval van een schijnbaar abnormale prijs, niet van toepassing is op de huidige opdracht, gelet op paragraaf 6 van dat artikel. Het betreft immers een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, waarvan de geraamde waarde lager is dan het betrokken Europese

drempelbedrag, terwijl ook de opdrachtdocumenten niet uitdrukkelijk voorzien in de toepassing van artikel 36.

Zij erkent wel dat zij nog steeds gehouden was tot een zorgvuldig algemeen prijsonderzoek als bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Zij is van oordeel dat zij, in het kader van dit algemeen prijsonderzoek, niet kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld door, na kennisname van de prijzen, (impliciet) te beslissen geen nadere onderzoeksdaden te stellen met betrekking tot de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver. Wanneer twee inschrijvers met hetzelfde product een verschillende prijs voorstellen, kan dit op zich niet ertoe leiden dat de aanbestedende overheid, in het kader van het door haar te voeren algemeen prijsonderzoek, de laagste van deze prijzen automatisch als schijnbaar abnormaal laag zou moeten beschouwen of dat zulks haar zou verplichten de laagste van deze prijzen nader te onderzoeken door het opvragen van ‘alle nodige inlichtingen’.

7.2. Hoe dan ook kunnen de door de verzoekende partij aangevoerde elementen volgens haar niet overtuigen.

De verwerende partij betwist, ten eerste, dat de inkoopprijs van de verzoekende partij bij haar leverancier kan worden verheven tot de “normale dealerprijs”. Overigens had de verwerende partij ten tijde van het voeren van het algemeen prijsonderzoek geen kennis van de inkoopprijs van de verzoekende partij, zodat die prijs onmogelijk een element kon zijn dat haar ertoe had moeten brengen om inlichtingen op te vragen bij de gekozen inschrijver. Bovendien is een inkoopprijs altijd een gevolg van onderhandeling tussen twee partijen en is het perfect mogelijk dat de onderhandelingen van twee partijen met eenzelfde leverancier tot een verschillende uitkomst leiden.

De verwerende partij betwist, ten tweede, de verwijzing naar de 15%-regel, vervat in artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zelfs indien artikel 36 van dat koninklijk besluit van toepassing zou zijn, is het

vermoeden bepaald in artikel 36, § 4, slechts van toepassing op opdrachten van werken en diensten in fraudegevoelige sectoren en voor zover er minstens vier offertes werden ingediend. Aan geen van deze voorwaarden is te dezen voldaan. Zelfs indien de 15%-regel inspirerend kan zijn voor een prijsonderzoek buiten de fraudegevoelige sectoren, moet vastgesteld worden dat de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver zich wel degelijk bevindt binnen een vork van 15% ten opzichte van het gemiddelde van de prijzen voorgesteld door de verzoekende partij en de gekozen inschrijver. Met de prijs voorgesteld door de derde inschrijver hoeft te dezen geen rekening te worden gehouden, omdat het bij hem ging om een ander product.

7.3. Ten overvloede wijst de verwerende partij erop dat zij, na kennisneming van het verzoekschrift tot nietigverklaring, aan de gekozen inschrijver heeft gevraagd om zijn inkoopprijs mee te delen. Die inschrijver heeft haar op 22 juni 2020 een bevestiging bezorgd van zijn leverancier (G.) omtrent het bedrag van zijn inkoopprijs ten tijde van het opstellen van haar offerte. “De zo post factum gestaafde inkoopprijs laat zeer zeker de inschrijvingsprijs van de [gekozen inschrijver] toe”. Die prijs is “een bevestiging dat verwerende partij in het kader van haar algemeen prijsonderzoek niet kennelijk onzorgvuldig is opgetreden” door aan de gekozen inschrijver niet de nodige inlichtingen te vragen.

7.4. Wat de door de verzoekende partij aangevoerde schending van artikel 29/1, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet en van artikel 2 van de wet van 29 juli 1991 betreft, voert de verwerende partij aan dat iedere nadere toelichting bij deze grief ontbreekt.

8.1. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij in eerste instantie dat artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet van toepassing zou zijn op de huidige opdracht. In het bestek wordt, onder de afdeling “toepasselijke reglementering”, verwezen naar onder meer het koninklijk besluit plaatsing 2017 en latere wijzigingen. Aldus mag de verzoekende partij ervan uitgaan dat dit een verwijzing is naar dat besluit in zijn geheel, dus met inbegrip van de artikelen 35 en 36. De verwerende partij had derhalve een prijs- of kostenbevraging moeten doen bij de gekozen inschrijver aangezien zij

geconfronteerd werd met een prijs waarvan zij op voorhand wist dat deze abnormaal laag was.

De verzoekende partij repliceert ook op de stelling van de verwerende partij dat zij de laagst aangeboden prijs niet automatisch als een abnormaal lage prijs moest beschouwen. De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij voorafgaand aan de start van de gunningsprocedure bij haar heeft geïnformeerd naar de gemiddelde aankoopprijs voor een “patrol bag”. In een e-mail van 20 september 2019 vermeldde de verzoekende prijs een richtprijs van ongeveer 85 euro, btw niet inbegrepen, voor een “patrol bag” van G. De gekozen inschrijver heeft voor diezelfde tas een prijs voorgesteld van 63,91 euro, btw niet inbegrepen, d.w.z. een prijs die 33% lager is dan de vooraf aan de verwerende partij meegedeelde richtprijs. Bij dat verschil had de verwerende partij zich ernstige vragen moeten stellen en had zij aan de gekozen inschrijver bijkomende inlichtingen en verantwoording moeten vragen.

De verzoekende partij repliceert voorts op het argument van de verwerende partij dat het door de verwerende partij *post factum* uitgevoerde onderzoek naar de dealerprijs van de gekozen inschrijver haar toegelaten zou hebben om de door die inschrijver ingediende prijs te aanvaarden. De verzoekende partij verwijst naar een e-mailverkeer tussen de gekozen inschrijver en diens leverancier, G., van 5 mei 2020, dat zij van G. heeft gekregen. Uit dat e-mailverkeer blijkt niet dat de gekozen inschrijver voorafgaand aan de inschrijving een prijs bij zijn dealer zou hebben opgevraagd. Uit de informatie die de verzoekende partij destijds zelf bij dezelfde leverancier had opgevraagd, bleek dat de inkoopprijs voor 300 tassen 69,30 euro bedroeg, btw niet inbegrepen. Op basis daarvan stelde de verzoekende partij in haar offerte een prijs (inclusief kosten en winstmarge) van 78,80 euro voor, btw niet inbegrepen. Het is hoogst onwaarschijnlijk dat G. aan de gekozen inschrijver een dealerprijs zou hebben gegeven, voor een levering gedurende vier jaar van ongeveer 300 draagtassen per jaar, die het de gekozen inschrijver mogelijk zou maken om een prijs van 63,91 euro, btw niet inbegrepen, voor te stellen. De verzoekende partij acht het integendeel meer dan waarschijnlijk dat de gekozen inschrijver op willekeurige

wijze een abnormaal lage prijs van 63,91 euro heeft ingediend, om de opdracht zeker gegund te krijgen.

Zelfs indien G. aan de gekozen inschrijver een inkoopprijs zou hebben voorgesteld die zich situeert rond 63,00 euro, btw niet inbegrepen, zou er in elk geval sprake zijn van een verkoop met verlies in hoofde van de gekozen inschrijver. Een dergelijke verkoop is verboden bij artikel VI.116 van het Wetboek van economisch recht.

8.2. Ten slotte repliceert de verzoekende partij dat de formele motiveringsplicht is geschonden, nu in de gunningsbeslissing niet te achterhalen valt of de door de gekozen inschrijver ingediende prijs rechtsgeldig is, terwijl het er alle schijn van heeft dat deze prijs een abnormaal lage prijs is en dit voor de verwerende partij wél duidelijk was, minstens duidelijk had moeten zijn. Voor de verzoekende partij was het op het ogenblik van de kennisgeving van de gunning en van het verslag van nazicht in elk geval niet duidelijk hoe de verwerende partij is kunnen overgaan tot gunning van de opdracht aan een prijs die ongeveer 30% lager lag dan de vooraf aan de verwerende partij meegedeelde richtprijs voor de aankoop van de draagtassen.

9.1. In haar laatste memorie blijft de verwerende partij erbij dat zij, in de concrete omstandigheden van de zaak, niet onzorgvuldig heeft gehandeld door de eenheidsprijs van de gekozen inschrijver niet nader te onderzoeken. Zij gaat in het bijzonder in op de indiciën die haar volgens het auditoraat ertoe hadden moeten brengen om die eenheidsprijs wel bijkomend te onderzoeken.

Wat, ten eerste, de door de verzoekende partij in 2019 opgegeven richtprijs van 85 euro per stuk betreft, merkt de verwerende partij op dat de door een concurrent van een inschrijver eertijds gegeven richtprijs, net zoals de door diezelfde partij geopperde “normale dealerprijs”, niet relevant kan of mag zijn. De richtprijs, die de verzoekende partij in 2019 zou hebben gegeven voor de bewuste ‘patrol bag’, is immers een eenzijdig gegeven, een uiting van de onderhandelingen die één enkele partij ten aanzien van een zekere leverancier heeft gevoerd of aan het voeren was. Die positie van één partij kan niet volstaan om

de (betere) positie van een andere partij op diezelfde markt in twijfel te trekken. De richtprijs en de daarop gebaseerde raming van de opdracht op 100.000 euro, btw inbegrepen, lieten de verwerende partij voornamelijk toe om met een gerust hart een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te organiseren, daar was aan te nemen dat de drempel van 139.000 euro niet zou worden bereikt.

Wat, ten tweede, de ‘grootte’ van het verschil in de eenheidsprijzen tussen de verzoekende partij en de gekozen inschrijver betreft, voert de verwerende partij aan dat dit verschil haar niet ertoe had moeten brengen om de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver nader te onderzoeken. Om te beginnen bevond de prijs van de gekozen inschrijver zich *in casu* binnen een vork van 15% ten opzichte van het gemiddelde van de ingediende prijzen. Zelfs in fraudegevoelige sectoren en met minstens vier ingediende offertes zou in een dergelijke situatie een bijkomende prijsonderzoek niet verplicht zijn. Bovendien waren er voor hetzelfde product te dezen slechts twee prijzen. Het verschil tussen de prijzen voor hetzelfde product is volgens de verwerende partij gelegen in de onderhandelingen van elk van de inschrijvers met dezelfde leverancier en in de marges die elk van de inschrijvers in het kader van zijn offerte neemt. De verwerende partij ziet niet in vanaf wanneer het verschil tussen de prijzen het punt zou bereiken waarop het zorgvuldigheidsbeginsel de aanbestedende overheid zou verplichten om beide prijzen als potentieel verdacht te beschouwen, de ene als te laag en de andere als te hoog.

Wat, ten derde, de draagwijdte van het aanbod van de gekozen inschrijver betreft, betwist de verwerende partij dat er daarover onzekerheid zou bestaan. De eenheidsprijs die de gekozen inschrijver in zijn offerte op basis van een vermoedelijke afname van 300 stuk per jaar opgeeft, geldt natuurlijk niet enkel voor het eerste jaar doch overspant de hele duur van de meerjarige overeenkomst. Het feit dat de verzoekende partij, op eigen initiatief en zonder voorafgaand enige lacune te doen gelden, in haar offerte haar totaalprijs voor 300 stuks per jaar met 4 vermenigvuldigde, doet hoegenaamd geen afbreuk aan het feit dat de door de gekozen inschrijver opgegeven eenheidsprijs evenzeer voor vier jaar geldt. Het bericht van 22 juni 2020, door de gekozen inschrijver *post factum* gericht aan de

verwerende partij, kan dat eerder aangegane engagement niet in twijfel trekken. Overigens blijkt uit dat bericht niet, zoals door het auditoraat wordt gesuggereerd, dat de gekozen inschrijver vanaf de 301^{ste} aankoop niet meer zou kunnen leveren aan de voorgestelde eenheidsprijs. Integendeel, vanaf het 301^{ste} exemplaar krijgt de gekozen inschrijver van zijn dealer een korting, en heeft hij dus een ruimere winstmarge bij verkoop aan dezelfde eenheidsprijs.

9.2. Finaal herinnert de verwerende partij eraan dat zij van oordeel is dat het middel, zoals ingeroepen door de verzoekende partij, feitelijke grondslag mist. De feitelijke grondslagen waarop het auditoraat steunt, zijn nieuwe grondslagen, die niet werden aangevoerd in het verzoekschrift. De Raad van State is echter gebonden door de feitelijke gronden die de verzoekende partij in haar verzoekschrift heeft aangevoerd tot staving van het middel dat de verwerende partij een onzorgvuldig prijsonderzoek zou hebben gedaan. De Raad zou de bestreden beslissing niet op een andere grondslag kunnen vernietigen.

10. In haar laatste memorie neemt de verzoekende partij akte van het standpunt van het auditoraat dat de verplichting tot het houden van een bijkomend onderzoek, bedoeld in artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, niet van toepassing is. Zij wijst erop dat dit niet wegneemt dat de verplichting tot het voeren van een algemeen prijs- en kostenonderzoek, bedoeld in artikel 35, in elk geval wel van toepassing is.

Op dit punt werd, zo vervolgt zij, in het auditoraatsverslag, terecht vastgesteld dat het dossier geen enkel spoor bevat van enig prijsonderzoek voorafgaand aan de gunningsbeslissing.

Beoordeling

11. Artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) luidt:

“De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen

nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bevestigt dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek onderwerpt en dat zij daartoe, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, de inschrijvers kan verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt dat, indien uit dit algemeen prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, de aanbestedende overheid een bevraging uitvoert. Artikel 36, §§ 2 tot 4, bevat nadere bepalingen in verband met dat bijzonder onderzoek.

Overeenkomstig artikel 36, § 6, is artikel 36 echter niet van toepassing, behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, op de mededingingsprocedure met onderhandeling, noch op de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, noch op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, voor zover het een opdracht voor leveringen of diensten betreft waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempels voor de Europese bekendmaking dan wel een opdracht voor werken waarvan de geraamde waarde lager is dan 500.000 euro.

12. Te dezen gaat het om een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en gaat het om een opdracht voor leveringen waarvan de geraamde waarde (100.000 euro, btw inbegrepen) lager is dan de drempel voor een Europese bekendmaking. Bij gebreke van een andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, is artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dan ook niet van toepassing op de gevoerde procedure. De verwerende partij was dus niet verplicht een prijsbevraging uit te voeren als bedoeld in dat artikel.

Dit neemt niet weg dat de aanbestedende overheid ertoe gehouden is de ingediende offertes te onderwerpen aan het algemene prijs- en kostenonderzoek bedoeld in artikel 35 van het voornoemde besluit. Dat onderzoek maakt immers een inherent onderdeel uit van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes en dient steeds te worden uitgevoerd. In het kader van dat algemeen onderzoek moet de aanbestedende overheid de prijzen onderzoeken die in de offertes worden aangeboden, en moet zij beoordelen of die al dan niet abnormaal hoog of laag zijn. Zij kan daarbij, zoals hiervóór is opgemerkt, met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 de betrokken inschrijvers steeds vragen om concrete inlichtingen te verstrekken.

13. Indien een aanbestedende overheid in het kader van een algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, vereist de formelemotiveringsplicht niet dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing. Op grond van de materiëlemotiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft verricht, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit het dossier te blijken.

14. Te dezen blijkt noch uit het gunningsverslag, noch uit de gunningsbeslissing dat een prijsonderzoek heeft plaatsgevonden.

De verwerende partij voert aan dat zij niet kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld door “geen verdere onderzoeksdaden te stellen met betrekking tot de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver”, maar zij legt niet uit welk onderzoek zij wel heeft gedaan.

15. De verwerende partij kan worden bijgevalen als zij stelt dat, als twee inschrijvers voor hetzelfde product een verschillende prijs voorstellen, de laagste prijs niet automatisch als abnormaal laag moet worden beschouwd of het

verschil in prijs de aanbestedende overheid niet automatisch moet verplichten tot een nader onderzoek. Zij stelt ook terecht dat inschrijvers door onderhandelingen met eenzelfde leverancier tot verschillende inkooprijzen kunnen komen.

Dit neemt niet weg dat het dossier te dezen een aantal aanwijzingen bevat die de aandacht van de verwerende partij hadden moeten trekken en die haar ertoe hadden moeten brengen een nader onderzoek te voeren en zich ervan te vergewissen dat de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs niet abnormaal laag was.

16. Met name wijst de verzoekende partij op het verschil tussen de door haar aangeboden prijs van 78,80 euro, btw niet inbegrepen, en de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs van ongeveer 63 euro, btw niet inbegrepen. Weliswaar heeft de verzoekende partij de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs kennelijk zelf berekend, op basis van de formule die in het gunningsverslag is gebruikt voor de toekenning aan de inschrijvers van een score op het criterium prijs. De verwerende partij bevestigt die prijs als zodanig niet, maar erkent wel dat, als er prijs dient te worden gegeven voor slechts één product, het “mits eenvoudige deductie” makkelijk te achterhalen is wat voor elk van de inschrijvers de eenheidsprijs voor dat product is. De Raad van State neemt dan ook de prijzen in aanmerking waarvan de verzoekende partij uitgaat.

Op grond van die prijzen moet aangenomen worden dat de prijs aangeboden door de gekozen inschrijver ongeveer 80% bedraagt van de prijs aangeboden door de verzoekende prijs, of met andere woorden dat de prijs aangeboden door de gekozen inschrijver ongeveer 20% lager is dan de prijs aangeboden door de verzoekende partij.

Voor de beoordeling van dit prijsverschil moet rekening gehouden worden met twee contextuele elementen. In de eerste plaats heeft de verwerende partij het product aangeboden door de verzoekende partij en de gekozen inschrijver als kwalitatief beter beschouwd dan het product aangeboden door de derde inschrijver. Dit heeft als gevolg dat voor de vergelijking van de offertes van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver de prijs het

doorslaggevende criterium was. Voorts ging het niet enkel om hetzelfde product, maar zelfs om een product dat door de inschrijvers aangekocht zou worden bij dezelfde leverancier, G. Het verschil in aangeboden prijs tussen de twee offertes kon dan verklaard worden, hetzij door het feit dat de ene inschrijver een betere inkoopprijs had bedongen dan de andere (hypothese waarop de verwerende partij de nadruk legt), hetzij doordat de inschrijver met een lagere aangeboden prijs genoeg nam met een lagere winstmarge, hetzij omwille van een combinatie van beide factoren.

Bovendien was de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs lager dan de richtprijs die de verzoekende prijs op 20 september 2019 aan de verwerende partij had meegedeeld (85,00 euro, btw inbegrepen, of 70,25 euro, btw niet inbegrepen). De door de gekozen inschrijver aangeboden prijs blijkt ook lager te zijn dan de geraamde eenheidsprijs die afgeleid kan worden uit de door de verwerende partij zelf geschatte raming van de totale prijs van de opdracht (100.000 euro, btw inbegrepen, voor 300 tassen per jaar, gedurende vier jaar), namelijk 83,33 euro, btw inbegrepen (of 68,87 euro, btw niet inbegrepen).

In het licht van die elementen is de Raad van State van oordeel dat het prijsverschil te dezen van die aard is dat een aanwijzing bestond dat de prijs aangeboden door de gekozen inschrijver abnormaal laag zou kunnen zijn. Die aanwijzing had de verwerende partij ertoe moeten brengen om in het kader van het algemeen prijsonderzoek, dat zij op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel met de nodige zorgvuldigheid diende te voeren, een nader onderzoek te doen naar de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs.

17. Te dezen wordt in het gunningsverslag slechts vermeld dat de drie inschrijvers een regelmatige offerte hebben ingediend. Noch in het verslag, noch in het administratief dossier is enig spoor terug te vinden van een prijsonderzoek, van een verklaring voor het prijsverschil of van de redenen op grond waarvan de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs niet als abnormaal laag werd beschouwd en haar offerte dus niet als onregelmatig werd geweerd.

Het staat niet aan de Raad van State om voor te schrijven wat een dergelijk onderzoek had moeten inhouden. De Raad van State acht het niettemin nuttig eraan te herinneren dat de verwerende partij de mogelijkheid had om onder meer bij de gekozen inschrijver de ‘nodige inlichtingen’ in te winnen, bijvoorbeeld in verband met de marktprijs, de inkoopprijs en de winstmarge. In elk geval moest de verwerende partij de offerte van die inschrijver aan een zodanig onderzoek onderwerpen dat zij tot de onderbouwde conclusie kon komen dat de door die inschrijver aangeboden prijs, ondanks het vastgestelde verschil ten opzichte van de prijs aangeboden door de verzoekende partij, niet abnormaal laag was.

18. De verwerende partij beroept zich, weliswaar ten overvloede, op de bevraging die de politiezone bij de gekozen inschrijver heeft gedaan nadat deze op 30 april 2020 door de verzoekende partij is gewezen op de mogelijkheid dat de gekozen inschrijver een prijs onder de kostprijs heeft aangeboden. Zij verwijst in dit verband naar het antwoord dat de politiezone op 22 juni 2020 van de gekozen inschrijver heeft ontvangen. Volgens haar bevestigt dat antwoord dat er geen noodzaak was om in het kader van het algemeen prijsonderzoek inlichtingen te vragen aan die inschrijver.

Wat ook de waarde is van het antwoord dat de gekozen inschrijver op 22 juni 2020 verstrekte, een onderzoek *post factum* kan niet verhelpen aan het feit dat geen nader onderzoek lijkt te zijn uitgevoerd voordat de bestreden gunningsbeslissing werd genomen.

19. Het voorgaande volstaat om te besluiten dat, voor zover er al een algemeen prijsonderzoek is gevoerd, het in elk geval niet met de nodige zorgvuldigheid werd uitgevoerd.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 9 april 2020 tot gunning

**van de opdracht tot levering van interventietassen-draagtassen aan de bvba
Levelfour [Belgique].**

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vierentwintig juni tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens	kamervoorzitter,
Peter Sourbron,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens