

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 157.418 van 6 april 2006
in de zaak A. 171.160/XII-4670.**

In zake : de NV CH CLEANING SERVICES,
die woonplaats kiest bij
advocaten K. Ronse en V. Petitat,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20

tegen :

het UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS GENT,
dat woonplaats kiest bij
advocaat I. Cooreman,
kantoor houdende te 1070 Brussel,
Ninoofsesteenweg 643.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV CH Cleaning Services op 20 maart 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de uitvoering van de (i) beslissing s.d. van het UZ Gent waarbij werd beslist de offerte ingediend door verzoekster voor de opdracht ‘schoonmaken van de lokalen Medisch Technische Diensten (MTD)’, gekend onder het dossiernummer EOPAB/UZG/CA/2005-534526, ‘uit te sluiten’ op grond van artikel 4 van deel II van het bijzonder bestek en artikel 110 § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; en (ii) daarmee samenhangend van de beslissing van evenzeer ongekende datum de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver, en bijgevolg (iii) de impliciete weigeringsbeslissing de opdracht te gunnen aan verzoekster”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 21 maart 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 4 april 2006, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten K. Ronse en V. Petitat, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaat I. Cooreman, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de eerste en de derde in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, dat de verzoekende partij zich inzake het nadeel beroept op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat zij daarbij ook verwijst naar de financiële omvang van de opdracht en zijn referentiewaarde; dat zij voorts haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid motiveert door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend en aldus een overeenkomst tot stand zou komen;

Overwegende dat de verwerende partij het aangevoerde nadeel te vaag noemt en het referentiekarakter van de opdracht betwist; dat dit verweer niet wordt aanvaard; dat immers door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verder af zou

brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de aanzienlijke waarde van de in het geding zijnde opdracht die om die reden door de verwerende partij ook werd bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese gemeenschappen, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan;

Overwegende dat de verwerende partij evenmin de uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden acht; dat zij daaromtrent verwijst naar de kennisgeving van de toewijzingsbeslissing per aangetekend schrijven “van woensdag 8 maart 2006” en daaruit afleidt dat de in artikel 21bis, §2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bepaalde “stand-still”-termijn van tien dagen verstreek op 18 maart 2006 terwijl het verzoekschrift tot schorsing pas op maandag 20 maart 2006 werd neergelegd “hetgeen verwerende partij de mogelijkheid gaf om de gunningsbeslissing te betekenen”; dat ook dit verweer niet wordt aangenomen; dat immers de verzoekende partij te dezen van een dreigende betekening mocht uitgaan; dat vooreerst de verwijzing naar het voormelde artikel 21bis in de voormelde brief waarmee aan de verzoekende partij werd medegedeeld dat haar offerte was uitgesloten, inhoudt dat in principe de verzoekende partij krachtens dat artikel om betekening tegen te gaan de Raad van State enkel mag vatten met een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat voorts de verwerende partij in haar nota zelf ervan uitgaat dat zij reeds mag betekenen; dat ten slotte de vraag of de vordering al dan niet enkele dagen buiten de door artikel 21bis gegeven termijn van tien dagen is ingesteld, niet doorslaggevend is bij de beoordeling van de uiterst dringende noodzakelijkheid omdat die termijn niet als een bijzondere beroepstermijn voor de Raad van State lijkt te moeten worden beschouwd voor potentieel verzoekende partijen maar daarentegen enkel een termijn waarbinnen het bestuur de toewijzingsbeslissing niet mag betekenen; dat dientengevolge te dezen de verzoekende partij die, nadat ze kennis kreeg van de beslissing met een brief die op woensdag 8 maart 2006 is verzonden, op maandag 20 maart 2006 haar vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State instelde, daarbij voldoende diligentie heeft betoond; dat wordt aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat de eerste en derde schorsingsvoorwaarde zijn vervuld;

Overwegende, wat de tweede schorsingsvoorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een enig middel de schending aanvoert van onder meer artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, van artikel 110, §2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen; dat zij daartoe in een derde en vierde onderdeel betoogt dat, door het niet invullen van bepaalde posten, haar offerte geenszins als onregelmatig mocht worden beschouwd omdat zulks de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang bracht, meer bepaald geen invloed had op de totaalprijs van de inschrijving, dat aldus de gelijkheid tussen de inschrijvers niet was geschonden, dat zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat haar offerte onregelmatig was, dit geen substantiële maar een relatieve onregelmatigheid betrof en minstens had moeten zijn gemotiveerd waarom haar offerte onregelmatig was, op grond van afdoende motieven;

Overwegende dat de in het geding zijnde opdracht voor diensten met de procedure van de openbare aanbesteding is uitgeschreven, waarop artikel 110, §2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 van toepassing is; dat dit artikel bepaalt dat “onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”; dat aldus deze bepaling een onderscheid maakt tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid - omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid - de relatieve onregelmatigheid, waarin het bestuur het recht heeft om de inschrijvingen als onregelmatig te beschouwen; dat de vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier moet worden beantwoord; dat, indien een offerte substantieel onregelmatig is, het bestuur die offerte buiten beschouwing moet laten; dat het ter zake niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt; dat de vraag zelf of een afwijking substantieel is daarentegen wel tot diverse antwoorden kan leiden;

dat het daarbij in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid is om te bepalen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft; dat, indien de offerte enkel relatieve onregelmatigheden bevat, de aanbestedende overheid vrij is om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend; dat in het ene en het andere geval de beoordeling moet zijn uitgegaan van aanvaardbare motieven waarvan in de betrokken beslissing op afdoende wijze moet worden blijk gegeven teneinde te voldoen aan de formele motiveringsverplichting opgelegd door de artikelen 2 en 3 van de voornoemde wet van 29 juli 1991 die inhoudt dat de motivering de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en zulks op afdoende wijze;

Overwegende dat te dezen aan de verzoekende partij een “gemotiveerde beslissing” is medegedeeld als bijlage bij de voormelde brief gedateerd 7 maart 2006 waarin is vermeld hetgeen volgt :

“5. Rekenkundig onderzoek

Prijs is niet ingevuld voor alle posten ‘zonder vermelding van het aantal m²’.

Besluit: Uitgesloten op basis van een inbreuk op art. 4 van deel II-Bijzondere Bepalingen - van het bestek, ‘Prijs per m² per schoonmaakbeurt (voor alle typelokalen ook al wordt het aantal m² niet vermeld - kolom B)’ en art. 110 § 2 van het K.B. van 8/1/1996.”;

Overwegende dat volgens het toepasselijke bestek (blz. 9) de opdracht verdeeld is in twee percelen namelijk het schoonmaken van lokalen en gangen van de medisch technische diensten (MTD’s) respectievelijk in gebouwen gelegen in UZ1 en UZ2; dat volgens dat bestek het bestuur de toewijzing verricht door de keuze van de “laagst regelmatige ingediende offerte”; dat bij het bestek bijlagen horen; dat bijlage 5 “beschrijving van de werken voor de lokalen in MTD” voor elk van de 19 “typelokalen” (1. Bureel, 2. Labo en werkplaats, 3. Gang, hal en sas [...]) de onderscheiden werkzaamheden en hun frequenties bepalen; dat voorts inventarissen van de lokalen en plannen worden voorgelegd; dat artikel 4 van deel II van het bestek (blz. 9) de “opmaak van het inschrijvingsformulier” vastlegt waarbij onder meer bepaald wordt dat de “opgegeven prijzen” “forfaitaire prijzen” zijn die bevatten

“Een prijs per m² per schoonmaakbeurt (B op het inschrijvingsformulier) (voor alle typelokalen, ook al wordt het aantal m² niet vermeld - A op het inschrijvingsformulier)”

“Een prijs per m² per maand per typelokaal (C op het inschrijvingsformulier)”

“Een totaalprijs per maand per typelokaal (G op het inschrijvingsformulier)”; dat ook nog sprake is van enkele andere prijzen en van uren per dag of per week en voor de grote schoonmaak; dat voorts in dat artikel 4 ook is bepaald dat de aanbestedende overheid zich “voor de prijsberekening in + en - , bij eventuele wijzigingen van de oppervlakte of frequentie” beroept “op de prijsgegevens vermeld op het inschrijvingsformulier (prijs per m² per schoonmaakbeurt)”; dat Deel IV van het bestek volgens artikel 3 van Deel I van het bestek het te gebruiken inschrijvingsformulier is waarop nogmaals -in vetdruk- op bladzijde 21 wordt vermeld : “Opmerking [...] 2) Een prijs per m² per schoonmaakbeurt voor alle typelokalen (ook al wordt het aantal m² niet ingevuld) op te geven”; dat artikel 17 van Deel I van het bestek ten slotte bepaalt: “de als bijlage (3 en 4) gevoegde lijsten geven de huidige oppervlakten van de beide percelen. De inschrijver wordt erop gewezen dat in de loop van het contract zowel de samenstelling, de opgegeven oppervlakten van een perceel als de frequentie van de werkzaamheden kan worden gewijzigd zonder enig recht op schadevergoeding”; dat de oppervlakten in aantal m² in kolom A van de inventarissen worden opgegeven voor bepaalde posten en in bepaalde typelokalen maar zulks niet het geval is voor alle posten en lokalen; dat volgens de nota van de verwerende partij dit het geval is omdat sommige typelokalen zich thans nog niet bevinden op de betrokken afdeling, hetzij nog voorwerp uitmaken van andere onderhoudscontracten, maar dat aangezien lokalen vaak van bestemming of grootte veranderen of worden toegevoegd aan een afdeling afhankelijk van de noden van de afdeling, alle typelokalen toch bij elke afdeling worden vermeld in de inventarissen, maar dan zonder vermelding van m², en dat toch een eenheidsprijs per m² voor die lokalen wordt gevraagd, opdat de verbintenissen van de inschrijver op voorhand zouden vastliggen en deze prijzen kunnen worden gehanteerd zodra er lokalen bijkomen op een afdeling of van bestemming veranderen;

Overwegende dat bij de opening van de inschrijvingen op 27 december 2005 blijkt dat er acht inschrijvingen waren; dat volgens de in het proces-verbaal vermelde prijzen de verzoekende partij voor perceel 1 met 34.127, 85 euro (BTW exclusief) de laagste prijs zou bieden, vóór NV Cleaning Masters met 35.140,0971 euro en NV Cleandienst met 35.401,5205 euro en voor perceel 2 met 25.385,81 euro de tweede laagste prijs na NV Cleandienst met 25.012,4837 euro; dat volgens het evaluatierapport van 30 januari 2006 opgesteld door het diensthoofd Aankoop en Goederenlogistiek onder meer de verzoekende partij wordt “uitgesloten” en steunende op een niet aan de Raad van State voorgelegd technisch onderzoek en een prijsvergelijking de opdracht gegund moet worden aan NV Cleandienst “voor een

periode van 1 jaar voor de twee percelen voor een totaal bedrag 872.747,7855 euro (inclusief korting en BTW) voor één jaar, indien het contract 4 maal stilzwijgend verlengd wordt komt dit op een totaal bedrag van 4.363.738,9277 euro (inclusief korting en BTW)”; dat de raad van bestuur van de verwerende partij op 20 februari 2006 in die zin beslist;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat in de op de opdracht toepasselijke stukken herhaaldelijk de aandacht van de inschrijvers is getrokken op de vereiste om ook een prijs te geven voor de posten waarbij geen oppervlakte in m² werd vermeld zodat die vereiste door de verwerende partij als essentieel lijkt te zijn beschouwd; dat de verwerende partij in haar nota daaromtrent wijst op het probleem van de veranderlijkheid van lokalen, het ontbreken van prijsverbintenissen zonder die bijkomende prijsvermelding, het tegengaan van speculatie en het vermijden van telkens weer nieuwe opdrachten; dat het in dat licht bevreemdt dat de verzoekende partij toch de gevraagde prijzen niet gaf en dit zonder daaromtrent opheldering te vragen of opmerkingen te maken bij de verwerende partij; dat dit als een onzorgvuldigheid zou kunnen worden beschouwd; dat deze onzorgvuldigheid alvast lijkt begaan niet alleen door de verzoekende partij maar eveneens door twee andere inschrijvers die ook om die reden onregelmatig werden bevonden;

Overwegende dat echter in elk geval de vraag rijst of het niet invullen de objectieve vergelijking van de offertes in het gedrang heeft kunnen brengen; dat de verzoekende partij er in dit verband op wijst dat in de totale bedragen die zijn vergeleken de betrokken posten zonder oppervlakten van geen enkele invloed waren; dat dit standpunt in de huidige stand van de procedure kan worden bijgevalen aangezien de prijsvergelijking lijkt te steunen op de totale maandelijkse prijs, namelijk de optelsom van de prijs vermeld in kolom G van de inventarissen, G zijnde de vermenigvuldiging van A, de gegeven oppervlakte en C, de opgegeven prijs per m² zodat inderdaad de eenheidsprijs per m² voor typelokalen waarvoor geen oppervlakte is vermeld geen invloed lijkt te hebben gehad op de prijsvergelijking hetgeen door de verwerende partij ter terechtzitting niet wordt tegengesproken; dat de voormelde vergelijkingsmethodiek die, in tegenstelling tot hetgeen de beide partijen lijken te beweren, niet lijkt te kunnen worden ingepast in een opdracht volgens prijslijst, tezamen genomen met de bestekvereiste om prijzen per m² in te vullen zonder oppervlakten, de rechtstoestand van zowel de verzoekende partij als van de gekozen inschrijver tegenover de verwerende partij problematisch lijken te maken; dat immers

het argument van verzoekende partij dat de ontbrekende eenheidsprijzen gemakkelijk zouden kunnen worden afgeleid uit haar inventaris, op het eerste gezicht niet opgaat; dat zij immers voor éénzelfde typelokaal verschillende prijsopgaves per m² per schoonmaakbeurt heeft gedaan zodat de verwerende partij bezwaarlijk kan weten welke prijs dan zou gelden voor niet ingevulde posten; dat aan de andere kant de vraag rijst waartoe de gekozen inschrijver zich wat betreft typelokalen die er later bijkomen zich werkelijk heeft verbonden; dat deze immers voor die posten enkel een prijs per m² bepaalde zonder oppervlakte en de opdracht blijkbaar enkel werd toegewezen op grond van de optelsom van de in de offerte vermelde prijzen per typelokaal vermeld in de voormelde kolom G zijnde de vermenigvuldiging van de opgegeven oppervlakte maal de eenheidsprijs per m² per maand (A en C);

Overwegende dat aldus het verzuim van de verzoekende partij geen invloed lijkt te hebben gehad op de vergelijking der prijzen en onduidelijk lijkt wat de invloed is van de niet vermelde eenheidsprijzen op de uiteindelijk door de verwerende partij te betalen prijs; dat het argument van speculatie in dat verband evenzeer tegen de inschrijvers lijkt te kunnen worden gericht die wel de betrokken eenheidsprijzen opgaven; dat het immers niet uitgesloten is dat die prijzen aan de hoge kant werden gesteld, aangezien ze toch geen invloed lijken te hebben gehad op de toewijzing maar uiteindelijk toch bij de uiteindelijke afrekening betaald zouden kunnen worden; dat voorts hetgeen de verwerende partij in haar nota stelt, dat het niet invullen van de kwestieuze prijzen als een voorbehoud moet worden beschouwd, niet lijkt te kunnen worden afgeleid uit de bestreden beslissingen; dat in die algehele context het als onregelmatig beschouwen van de offerte van de verzoekende partij, al dan niet substantieel, een meer afdoende motivering lijkt te vereisen dan te dezen uit de bestreden beslissing en het dossier blijkt; dat in die mate de beide besproken middelonderdelen ernstig zijn in zoverre ze de schending betreffen van het voormelde artikel 110, §2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en de daarmee verband houdende motiveringsverplichtingen; dat meteen ook schending van het voornoemde artikel 15 van de wet van 24 december 1993 voorhanden lijkt nu niet vaststaat dat de opdracht is toegewezen aan de goedkoopste regelmatige inschrijver; dat het middel in zoverre ernstig is; dat aan de voorwaarden tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is voldaan; dat de schorsing van de eerste twee beslissingen het nadeel van de verzoekende partij voldoende weert zodat er geen reden is ook de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering de opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen te schorsen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 20 februari 2006 van de raad van bestuur van het Universitair Ziekenhuis Gent om het schoonmaken van de medisch-technische diensten voor de periode van 1 mei 2006 tot en met 30 april 2007 te gunnen aan de NV Cleandienst te Brugge en van de daarin begrepen beslissing de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te weren.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zes april 2006, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.