

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 167.268 van 30 januari 2007
in de zaak A. 179.583/XII-4963.**

In zake : de NV CLEANING MASTERS,
die woonplaats kiest bij
advocaten T. Eyskens en J. Honnay,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Landsverdediging.

tussenkomen partij :

de NV GENERAL OFFICE MAINTENANCE,
die woonplaats kiest bij
advocaten A. Beelen en W. Mertens,
kantoor houdende te Beringen,
Scheigoorstraat 5.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Cleaning Masters op 20 december 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van 8 december 2006 van de Minister van Defensie, waarbij de opdracht voor de huishoudelijke schoonmaak van militaire gebouwen en infrastructuur (zone Oost-Vlaanderen - Antwerpen - Kleine Brogel) (besteknummer 7IS402), wordt gegund aan ‘de firma GOM’, en waarbij de offerte die de NV Cleaning Masters op 17 juli 2006 heeft ingediend in deze aanbestedingsprocedure onregelmatig wordt verklaard” en van “de impliciete weigeringsbeslissing van de Minister van Defensie dd. 8 december 2006 om de opdracht voor de huishoudelijke schoonmaak van militaire gebouwen en infrastructuur (zone Oost-Vlaanderen - Antwerpen - Kleine Brogel) toe te wijzen aan de verzoekende partij”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 22 december 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 januari 2007, om 9.30 uur;

Gezien het op 8 januari 2007 ingediende verzoekschrift waarbij de NV General Office Maintenance (hierna : NV GOM) vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de eerste bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten T. Eyskens en J. Honnay, die verschijnen voor de verzoekende partij, van kolonel militair administrateur R. Gerits en luitenant-kolonel militair administrateur A. De Decker, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat A. Beelen, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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;

De gegevens van de zaak

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden geschetst :

1.1. De in het geding zijnde opdracht heeft als voorwerp de ‘Huishoudelijke schoonmaak van militaire gebouwen en infrastructuur’. De opdracht voor de aanneming van diensten betreft verscheidene kwartieren gelegen in de zone Oost-Vlaanderen - Antwerpen - Kleine Brogel. De gekozen gunningswijze is de openbare aanbesteding.

1.2. Relevante bepalingen uit het toepasselijk bestek 7IS402 zijn :

- de duur van de opdracht (punt 6) is één jaar met stilzwijgende verlenging tot in totaal drie jaar met mogelijkheid tot jaarlijkse opzegging;

- punt 12 van het bestek :

“Belangrijke opmerkingen
[...]

(2) De berichten en berichten ter wijziging bij dit bestek, hetzij gepubliceerd of bekendgemaakt in het Officiële Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen, hetzij verstuurd per individueel aangetekend schrijven, hetzij tegen ontvangstbewijs overhandigd aan een afgevaardigde van de dienstverlener tijdens een van de verplichte bezoeken ter plaatse, maken noodzakelijk deel uit van de contractuele voorwaarden.
De inschrijver wordt geacht er kennis van te hebben genomen en er rekening mee te hebben gehouden bij het uitwerken van zijn offerte”;

- punt 15d van het bestek :

“De verbetering in min of meer van de vermoedelijke hoeveelheden in de inventaris is verboden in de basisofferte.
(K.B. van 8 januari 1996 - artikel 97, § 2)”;

- punt 35b van het bestek :

“Belangrijke opmerking aangaande de inventaris bij de offerte (Bijl A/2)
De inventaris zal nauwkeurig gerespecteerd worden.
De inschrijver mag geen posten of onderposten aan de inventaris toevoegen en hij mag de vermoedelijke hoeveelheden die in de posten vermeld staan niet wijzigen”;

- bepaling op blz. 1 van de inventaris gevoegd bij het bestek :

“Opmerkingen: 1. De hoeveelheden opgegeven als “VH” in deze inventaris zijn vermoedelijke hoeveelheden.
2. Elke wijziging, in min of meer, van de “VH” is verboden.
3. De aannemers worden verzocht de gedeeltelijke totalen (kolom 7) niet af te ronden”.

1.3. Er worden zeven offertes ingediend door zeven verschillende inschrijvers. De opening grijpt plaats op 19 juli 2006. De tussenkomende partij NV GOM heeft ingeschreven voor 1.748.742,74 euro en is daarmee de tweede laagste inschrijver. De prijs van de verzoekende partij is 1.708.030,77 euro en dit is de laagste prijs.

1.4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Uit de analyse van de offertes blijkt dat zes van de zeven de inschrijvers de toets van de technische bekwaamheid doorstaan.

Wat de “administratieve regelmatigheid” betreft, worden vier inschrijvers waaronder de verzoekende partij onregelmatig verklaard. Daarom wordt onder meer het volgende vermeld :

“Ingevolge Art 110, § 2 van het K.B. van 08 Jan 96 en Art 12 ‘Belangrijke opmerkingen (2)’, Art 15.d. en Art 35.b. ‘Belangrijke opmerking aangaande de inventaris bij de offerte’ van het bestek zijn de offertes van de firma’s Cleaning Masters, Euroclean, Laurenty en Schoemans onregelmatig verklaard voor de volgende redenen :

- Cleaning Masters
- Kwartier Kleine Brogel (blok 249, 1^{ste} verdiep) : de firma heeft de inventaris gewijzigd en voor alle prestaties de frequentie ‘0’ voorzien, hoewel er wel degelijk 360,19 m² moet gepoetst worden.
- De firma heeft bij het kwartier Kleine Brogel geen prijsopgave gedaan (overal 0 EUR) voor de stofwerende tapijten”.

De NV GOM en de NV ISS worden regelmatig verklaard en zijn aldus de enig overgebleven inschrijvers.

Bij verbetering van de zuiver materiële en rekenkundige fouten, met toepassing van artikel 111 koninklijk besluit van 8 januari 1996, wordt de prijs, BTW inbegrepen, van de NV GOM 1.762.064,09 euro i.p.v. 1.748.742,74 euro en wordt de prijs van de NV ISS 1.790.727,87 euro i.p.v. 1.796.944,32 euro. Er wordt geen uitleg gegeven over deze verbeteringen.

Voorgesteld wordt de opdracht toe te wijzen aan de inschrijver die de laagste, regelmatige offerte heeft ingediend, dit is de NV GOM, voor de prijs van 1.762.064,09 euro.

Dit voorstel wordt voor akkoord ondertekend door de bevoegde minister op 8 december 2006. In een onderscheiden “gemotiveerde beslissing” van 8 december 2006 is die optie nogmaals verwoord.

1.5. Met een brief van 11 december 2006 deelt de verwerende partij de verzoekende partij mee dat haar offerte onregelmatig is “ingevolge artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en artikel 12 ‘Belangrijke opmerkingen (2)’ en artikel 35.b. ‘Belangrijke opmerking aangaande de inventaris bij de offerte’ van het bestek”.

Bij die brief is de volgende motivering gevoegd :

“Opdracht Nr 7IS402

Motivatie van de beslissing van onregelmatigheid betreffende de firma
CLEANING MASTERS

ONREGELMATIGE INSCHRIJVER
Motivatie
- Kwartier Kleine Brogel (blok 249, 1 ^{ste} verdiep) : de firma heeft de inventaris gewijzigd en voor alle prestaties de frequentie ‘0’ voorzien, hoewel er wel degelijk 360,19 m ² moet gepoetst worden. - De firma heeft bij het kwartier Kleine Brogel geen prijsopgave gedaan (overal 0 EUR) voor de stofwerende tapijten.

”;

De grondvoorwaarden voor de schorsing

2.0. 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;

2.1. 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 specifieke markt waarin de opdracht kadert, zijn referentiewaarde en zijn voor een dienstenopdracht uitzonderlijk hoge waarde; 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 betreffende de eerste en derde voorwaarde, de verwerende en de tussenkomende partij hetzij geen opmerkingen geven, hetzij zich naar de wijsheid van de Raad van State gedragen;

Overwegende dat door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing, tussen de verwerende en de tussenkomende partij 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 door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan Europese bekendmaking; dat voorts, wegens de toepasselijkheid van artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en de daarin gestelde verplichting om binnen de wachtermijn de Raad van State te vatten met een uiterst dringende rechtspleging, te dezen wordt aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op deze procedure;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van onder meer artikel 110 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 het algemeen rechtsbeginsel van de materiële motiveringslicht; dat zij daartoe betoogt dat haar offerte onregelmatig wordt verklaard om twee redenen, dat de eerste reden is dat er geen prijs opgegeven is voor de stofwerende tapijten voor het kwartier Kleine Brogel, dat er nochtans wel een prijs opgegeven is, namelijk 0 euro, dat zulks bovendien te wijten is aan een “materiële vergissing” van de verzoekende partij in een offerte alleen al met een inventaris van 410 bladzijden, dat uit nazicht van de offerte kan afgeleid worden dat de verzoekende partij voor elk vast tapijt, wat ook de grootte is, een vaste prijs aanreken van 6,24 euro, wat te dezen een prijs zou hebben betekend van 95 stofwerende tapijten in dit kwartier aan 6,24 euro met een frequentie van 12 of 7.113,60 euro, BTW niet inbegrepen, dat de tweede reden is dat de frequentie voor reiniging van kwartier Kleine Brogel, blok 249, eerste verdieping, op nul is gezet waar er wel degelijk 360,19 m² dient te worden gepoetst, dat de verzoekende partij echter de frequentie niet op nul heeft gezet doch een prijs van 0 euro heeft opgegeven, ook weer bij materiële vergissing, dat de waarde van die post echter geheel te verwaarlozen is t.a.v. het geheel van de opdracht, dat voor dit kwartier 88 verdiepingen dienen te worden schoongemaakt, wat een gemiddelde prijs oplevert voor dit kwartier van 3.897,78 euro, dat in totaal 478 verdiepingen in de gehele opdracht dienen te worden schoongemaakt, wat een gemiddelde prijs voor

het geheel van de opdracht geeft van 3.580,78 euro, dat de vergissing 0,25 % van de totaal schoon te maken oppervlakte betreft, dat de prijs kon worden gedetecteerd en 7.071 euro, BTW niet inbegrepen, zou hebben bedragen, dat dit alles samengenomen de prijs van verzoekende partij niet 1.708.030,77 euro zou zijn geweest doch 1.725.011,77 euro, BTW inbegrepen, nog ruim onder het verbeterde bedrag van 1 762 064, 09 euro van de tussenkommende partij NV GOM;

Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt dat de afwijzing gesteund is op de artikelen 15d en 35b van het bestek, die strikt zijn geïnterpreteerd ter vrijwaring van het gelijkheidsbeginsel, dat het prijsverschil niet zo marginaal is als de verzoekende partij voorstelt in tempore suspecto, dat voorts de verzoekende partij er bewust voor kan hebben gekozen de diensten niet te verstrekken door de frequentie op nul te zetten, dat de prijs substantieel is in een aanbestedingsprocedure en de verzoekende partij twee fouten heeft gemaakt; dat de tussenkommende partij zich ertoe beperkt de voormelde twee besteksbepalingen aan te halen;

2.2.2. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending inroept onder meer van artikel 111 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van het “materieel motiveringsbeginsel”; dat zij daartoe, onder herhaling van de redenen van de onregelmatigverklaring, doet gelden dat, vooraleer de verzoekende partij uit te sluiten, de verwerende partij met toepassing van artikel 111 van het meermelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 de offerte had dienen aan te passen, na de materiële fouten te hebben verbeterd en na de werkelijke bedoeling van de verzoekende partij te hebben nagegaan, dat inzake de prijs voor de vaste tapijten, zulks te dezen relatief eenvoudig was, dat immers een vast maandbedrag van 6,24 euro doorheen de gehele offerte werd gehanteerd en het aantal tapijten gekend was zodat een kleine berekening de prijs had kunnen opleveren, dat voorts wat de reiniging van de eerste verdieping betreft, de verwerende partij over alle gegevens beschikte om de prijs te berekenen, nu op de berekeningsnota gevoegd bij de offerte voor deze verdieping het aantal m² dat per uur kan worden schoongemaakt, de frequentie en het uurtarief was opgegeven, dat aldus ook deze prijs gemakkelijk te berekenen was als 7.071,9593 euro, BTW niet inbegrepen;

Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt dat de verzoekende partij twee fouten begaan heeft die niet als louter materiële fouten kunnen worden afgedaan die zomaar door de overheid konden worden verbeterd,

dat de verzoekende partij zelf anderhalve bladzijde nodig heeft om tot een nieuw bedrag te komen en dat de aanpassing van de offerte, eventueel na bijkomende uitleg, in wezen zou zijn neergekomen op een niet toegelaten wijziging van de offerte; dat de tussenkomen partij opmerkt dat de offerte niet volledig regelmatig was, dat er dus geen sprake kon zijn van verbetering van de offerte en, ondergeschikt, dat het hier niet zozeer een foute opgave betrof doch een leemte waarop overeenkomstig artikel 99 van het meervermelde koninklijk besluit inschrijvers zich niet kunnen beroepen;

2.3. 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 besteksbeeping 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 die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek;

Overwegende dat te dezen de verwerende partij bij het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij in de gemotiveerde beslissing enkel naar artikel 110, §2, als zodanig verwijst, en daarbij niet specificeert of ze de offerte substantiële of relatieve onregelmatigheid aanwrijft; dat ze in haar nota voor het eerst lijkt gewag te maken van het substantieel karakter van de onregelmatigheid; dat ze voorts, wat de onregelmatigheden zelf betreft, aanneemt dat de verzoekende partij de “inventaris [heeft] gewijzigd” wat de eerste verdieping blok 249 Kleine Brogel betreft; dat dit standpunt niet lijkt te kunnen worden bijgevalen; dat de vermelding van nul euro - en dan nog naar zeggen van de verzoekende partij bij wijze van verschrijving - niet hetzelfde lijkt als “frequentie ‘0’ voorzien”; dat in de voormelde beslissing voorts wordt gesteld dat de verzoekende partij “geen prijsopgave heeft gedaan” betreffende de stofwerende tapijten in kwartier Kleine Brogel; dat er echter wel degelijk een prijs is opgegeven, zij het - opnieuw naar de verzoekende partij beweert bij wijze van verschrijving - dat deze nul euro bedraagt; dat het aldus te dezen niet lijkt dat de verwerende partij meteen tot onregelmatigheid beslissen mocht, zonder zich de vraag te stellen of de nulbedragen wel degelijk kaderden in de bestekshypothese van de punten 15d en 35b die verboden leek, namelijk de verbetering van vermoedelijke hoeveelheden en niet in de hypothese van artikel 111 van het meervermelde koninklijk besluit op grond waarvan de werkelijke bedoeling van de inschrijver diende te worden nagegaan bij “kennelijk materiële fouten” in de offertes;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat lijkt te moeten worden afgeleid dat de dadelijke toepassing van het voormelde artikel 110, §2, in de zin van onregelmatigheid, om een aantal redenen niet deugdelijk gemotiveerd lijkt te zijn; dat die conclusie nog kracht wordt bijgezet door het feit dat de verwerende partij geen enkel weerwerk geeft op de becijferingen van de verzoekende partij waarvan op het eerste gezicht de gegevens geloofwaardig overkomen, zij op grond daarvan nog de laagste inschrijving lijkt te blijven hebben - andere verbeteringen nog niet in rekening gebracht - en door het feit dat de betwisting blijkbaar slechts een zeer klein deel van de opdracht raakt;

Overwegende dat de middelen in de besproken mate ernstig zijn; dat aldus de offerte van de verzoekende partij ten onrechte onregelmatig lijkt te zijn verklaard en dienvolgens ook de bestreden toewijzingsbeslissing is gevitieerd,

aangezien niet meer lijkt vast te staan dat daarmee de opdracht is toegewezen aan de inschrijver met de laagste regelmatige inschrijving;

Overwegende dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen; dat het nadeel van de verzoekende partij reeds wordt geweerd door de schorsing van de eerste bestreden beslissing; dat daartoe de schorsing van de impliciete weigeringsbeslissing niet noodzakelijk is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV General Office Maintenance in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 8 december 2006 van de Minister van Defensie, waarbij de opdracht tot huishoudelijke schoonmaak van militaire gebouwen en infrastructuur, zone Oost-Vlaanderen- Antwerpen- Kleine Brogel, voor een jaarlijks bedrag van 1.762.064,09 euro, wordt toegewezen aan de NV General Office Maintenance (GOM), en waarbij vooraf de offerte van de verzoekende partij onregelmatig wordt bevonden.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
dertig januari 2007, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.