RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 182.849 van 13 mei 2008
in de zaak A. 187.929/XII-5416.

In zake : de NV SCHOONMAAKBEDRIJF ALL BUILDING SERVICES,
die woonplaats kiest bij
advocaten Chr. Lenders, D. Erreygers en S. Vernaillen,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 210A

tegen :

de STAD ANTWERPEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat Chr. Coen,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 210A.

tussenkomende partij :

de NV ISS,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. De Wolf en A. Verheggen,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Schoonmaakbedrijf All Building Services op 21 april 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van :

- "• de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen dd. 11 april 2008 zoals vermeld in het schrijven van de Stad Antwerpen dd. 11 april 2008 waarbij wordt beslist de offerte van verzoekende partij tot uitvoering van de diensten voorwerp van de percelen 1 tot en met 10 zoals beschreven in het bestek nr. 2007/8034, niet te weerhouden als meest voordelige offerte.
- de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen dd. 11 april 2008 zoals vermeld in het schrijven van de Stad Antwerpen dd. 11 april 2008 waarbij wordt beslist om de offerte van de NV ISS, Steenstraat 20 bus 1 te 1800 Vilvoorde voor wat betreft de percelen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 en 10 te weerhouden als meest voordelige offerte en haar de opdracht te gunnen".

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 23 april 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 mei 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 30 april 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV ISS vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de 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 Chr. Lenders en J. Wouters, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat Chr. Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaten C. De Wolf en A. Verheggen, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 16 oktober 2007 wordt een overheidsopdracht diensten, categorie 14, bekendgemaakt door de verwerende partij. In het Europees Publicatieblad verschijnt de opdracht op 17 oktober 2007. Het voorwerp wordt omschreven als “het inschakelen van schoonmaakpersoneel ten behoeve van alle bedrijven van de stad Antwerpen, lerende stad en de lokale politie”.

Er wordt voorzien in tien percelen naargelang de plaats waar de opdracht dient te worden uitgevoerd.

2. Het toepasselijke bestek nr. 2007/8034 bevat de volgende bepalingen.

De gunningswijze is de openbare offerteaanvraag tegen prijslijst.

Artikel 3, tweede lid, luidt als volgt :

"Samenvoeging van percelen is toegelaten mits het opgeven van een korting. Het is wel te verstaan dat, wanneer geen samenvoeging voorzien wordt, elk ondeelbaar perceel aan een verschillende inschrijver kan toegewezen worden".

In artikel 8 wordt vermeld dat de gunning gebeurt aan de voordeligste regelmatige offerte op grond van twee gunningscriteria :

- prijs : 50 punten
- plan van aanpak : 50 punten, hetgeen als volgt wordt toegelicht :

"In dit plan van aanpak moet de inschrijver :

/ een uiteenzetting geven i.v.m. de organisatorische draagkracht van zijn onderneming.
/ hoe zal de onderneming een opdracht als deze - omschreven in het bestek - organisatorisch en praktisch aanpakken.
/ aangeven hoe hij zorgt voor de nodige opleiding van het personeel voor dit dossier rekeninghoudend met de overname van het personeel. Hierbij wordt gelet op de duur, de inhoud, methodologie, competentieverhogende aspecten, e.d. van de opleiding.
/ aangeven welke waarborg hij kan bieden opdat de opdracht gedurende de ganse duur van de overeenkomst correct uitgevoerd zal worden
/ verbintenis dat het schoonmaakbedrijf het opgemaakte plan van aanpak strikt naleeft.
/ uit het plan van aanpak moet blijken dat de inschrijver initiatieven neemt inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen.

Voor de stad Antwerpen is maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) een belangrijke doelstelling. Zij wenst de principes van MVO niet alleen verder te introduceren in haar eigen werking, maar wenst ook een beroep te doen op haar leveranciers om deze in te bedden in de opdrachten die zij voor de stad uitvoeren.

/ Welke milieu ontlastende maatregelen worden genomen? Beschrijf welke producten, verpakkingen, transport, technieken... worden aangewend bij de uitvoering van de opdracht? Beschrijf tevens op welke manier u in deze opdracht werk maakt van afvalbeleid, een veilige en gezonde werkplek, milieuzorg- of milieumanagementsystemen...
/ Welke sociale maatregelen worden genomen? Hoe maakt de onderneming in deze opdracht werk van een actief diversiteitsbeleid, inschakeling van werkzoekenden uit de kansengroepen op de arbeidsmarkt, medewerkersbetrokkenheid, samenwerking met de sociale economie...
/ De maatregelen moeten controleerbaar en concreet gemaakt worden met voorbeelden, concrete data, uit te voeren en/of reeds gevoerde acties, beleidsverklaringen, kwaliteitscriteria of labels van de onderneming inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen... (Deze opsomming is niet beperkend)."

3. De verzoekende partij dient een offerte in.

4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld door de stedelijke diensten. Hieruit blijkt dat er twaalf offertes zijn ingediend waarvan twee laattijdig. De tijdige offertes worden regelmatig bevonden.

5. In navolging van het gunningsverslag worden bij beslissing van 21 december 2007 van het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij
- percelen 1, 3, 7, 8 en 10 toegewezen aan de verzoekende partij
- percelen 2, 4, 5, 6 en 9 toegewezen aan de tussenkomende partij.

6. Bij brief verstuurd op 8 januari 2008 wordt de verzoekende partij door de verwerende partij in kennis gesteld van de voormelde beslissing en van het gunningsverslag; er wordt vermeld dat haar inschrijving niet als meest voordelige offerte in aanmerking werd genomen.

7. Bij arrest nr. 179.384 van 7 februari 2008 van de Raad van State wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de voormelde beslissing, ingesteld door de huidige verzoekende partij, verworpen wegens de intrekking van de aangevochten beslissing bij besluit van 25 januari 2008.

8. Er wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. Het besluit ervan is dat alle tien de percelen aan de tussenkomende partij, inschrijver NV ISS, dienen te worden toegewezen.

9. In vergelijking met het vorige gunningsverslag is er thans een gedetailleerde motivering voor alle subcriteria van het eerste gunningscriterium “plan van aanpak”; voor dit criterium krijgt de verzoekende partij 18,509/50.

Inzake het tweede gunningscriterium wordt er een rangschikking gemaakt op grond van de prijs die elke inschrijver gegeven geeft voor alle percelen samen waarvoor deze ingeschreven heeft.

Aldus krijgt de verzoekende partij 50/50 voor het gunningscriterium prijs en in totaal 68,509/100.

De eindklassering is :

	totaal 10 percelen	punten prijs	punten kwaliteit	punten totaal
ISS	12.968.792,09	49,304	44,286	93,590
CARE	13.296.025,67	48,091	45,000	93,091
GOM	13.074.044,56	48,908	41,071	89,979
ACS	13.532.665,68	47,250	39,134	86,384
MIS	13.285.552,91	48,129	22,563	70,563
ABS	12.788.381,78	50	18,509	68,509
ZEKI	13.063.467,70	48,947	13,027	61,974
GIA CATARO			35,911	35,911
ONET			17,277	17,277
GLANET			14,705	14,705

De drie laatste inschrijvers hebben niet voor alle tien percelen ingeschreven.

Het gunningsverslag bevat een hele passus (blz. 20 en 21) over de werkwijze bij de puntentoekenning van het gunningscriterium prijs, namelijk hoe de prijzen vergeleken dienen te worden wanneer een inschrijver een korting op de prijs aanbiedt ingeval van samenvoeging van verscheidene percelen. Te dezen biedt de inschrijver NV ISS een korting aan van 0,25% wanneer hem 4 of meer percelen toegewezen worden en een korting van 0,50% indien hem alle percelen toevallen.

Uit een werkdocument - administratief dossier stuk 25 - blijkt dat een aantal scenario’s zijn getoetst namelijk een rangschikking zonder korting, met een korting ad 0,25% en met een korting ad 0,50%.

10. Op 11 april 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij met de bestreden beslissing alle tien de percelen toe te wijzen aan inschrijver NV ISS.

11. Met een brief aangetekend verstuurd op 11 april 2008 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het gunningsverslag en het toewijzingsbesluit; er wordt melding gemaakt van artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van een wachtperiode van tien kalenderdagen.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

12. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

Eerste middel

13. Wat de tweede voorwaarde betreft, werpt de verzoekende partij in een eerste middel op dat er een schending is van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de verplichting tot motivering van bestuurshandelingen en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Uit de bestreden beslissing noch uit het gunningsverslag kan volgens haar worden afgeleid hoe tot de puntenverdeling wordt gekomen voor het gunningscriterium prijs; voorts wordt met “vage en onduidelijke bewoordingen” gemotiveerd bij het gunningscriterium plan van aanpak.

Wat het eerste gunningscriterium betreft, de prijs, kan de verzoekende partij uit de bestreden beslissing en het gunningsverslag wel afleiden dat ze het beste van alle inschrijvers scoorde op de prijs en aldus het maximum van de punten verkreeg namelijk 50 punten. Er werd wel geen rekening gehouden met een korting die de verzoekende partij gaf ten belope van 0,50%. Voorts werd noch in het bestek, noch in het gunningsverslag verwezen naar een methodologie van de wijze waarop de punten worden toegekend; de vermelding van de verschillende prijzen samen met een tabel met louter punten zegt niets.

Wat het tweede gunningscriterium betreft worden de verzoekende partij 18,509 punten op 50 toegekend; de motivering maakt niet duidelijk waarom dit resultaat voor de verzoekende partij zo laag is. Zonder verdere verduidelijking is het voor de verzoekende partij onmogelijk te begrijpen wat wordt bedoeld met de begrippen gehanteerd in de motivering zoals “betrokkenheid”.

Alsdan geeft de verzoekende partij kritiek op de motivering betreffende drie subcriteria, die de verwerende partij gaf bij de offerte van de verzoekende partij :

- voor subcriterium 2 merkt de verzoekende partij op dat onduidelijk is wat de motivering in de bestreden beslissing bedoelt met “begeleidende opstartfase die niet werd uitgewerkt en de opmaak van een werfdossier en de individuele werkplanning” nu een CAO erin voorziet hoe het personeel wordt overgenomen en hoe de opdracht moet worden opgestart en nu het bestek zelf in een uitgebreide inventaris voorziet;
- voor subcriterium 3 merkt de verzoekende partij op dat onduidelijk is wat in de motivering in de bestreden beslissing wordt bedoeld met “aan techniek wordt geen aandacht besteed, aan de methodiek echter wel”; het bestek voorziet trouwens zelf in bepalingen die opleggen hoe de diensten dienen te worden uitgevoerd;
- voor subcriterium 4 is in de motivering ook hier niet duidelijk wat moet worden verstaan onder begrippen als “certificaten” en “betrokkenheid”.

Bespreking

14. Er is een puntenverschil van ongeveer 25 punten tussen de eindscores van de verzoekende partij en van de tussenkomende partij. De verzoekende partij is slechts zesde gerangschikt. Zij draagt aldus de bewijslast om aannemelijk te maken dat haar middelen, indien ze ernstig zouden zijn, ertoe zouden kunnen leiden dat haar offerte toch nog als voordeligste verschijnt - desgevallend na een volledig nieuwe beoordeling van alle offertes. Haar middelen worden ook vanuit die invalshoek onderzocht.

15. Wat het gunningscriterium van de prijs betreft lijkt uit een eenvoudige oogopslag en rekensom te kunnen worden afgeleid dat te dezen de regel van drie werd toegepast. Dat er geen rekening gehouden werd met een korting ad 0,50% voor bepaalde percelen in hoofde van de verzoekende partij lijkt niet onmiddellijk een invloed te hebben op de onderlinge rangschikking tussen de verzoekende partij en de tussenkomende partij. In de huidige stand van de procedure

toont de verzoekende partij niet aan dat het prijscriterium niet deugdelijk is gehanteerd en dat daarbij motiveringsverplichtingen of de zorgvuldigheidsnorm geschonden zijn, temeer daar zij de maximumscore op dat criterium behaalt en zelf niet concreet verduidelijkt op welke wijze ze aldus voordeel kan halen uit de schorsing op grond van dit middelonderdeel.

Wat het gunningscriterium "plan van aanpak" betreft, geeft de verzoekende partij in haar middel slechts kritiek op drie van de vijf subcriteria en dan nog stelt ze maar een gedeelte van de bekritiseerde beoordeling per subcriterium in vraag. De verzoekende partij lijkt voorts ook geen kritiek uit te brengen bij de motivering in zoverre deze de offerte van de tussenkomende partij betreft.

T.a.v. van het tweede subcriterium waarvoor de verzoekende partij 4 op 10 krijgt, wordt in de bestreden beslissing als volgt gemotiveerd :

> "Organisatorische en praktische aanpak.
> De begeleidende opstartfase werd niet uitgewerkt; de opmaak van het werfdossier en de individuele werkplanning zijn niet verduidelijkt.
> Aan veiligheid, opleiding wordt degelijk aandacht besteed.
> Het materiaal voldoet aan de eisen maar een tijdsregistratie is niet aanwezig".

Hier gaat de verzoekende partij dus niet in op de negatieve bemerking inzake de tijdsregistratie.

T.a.v. het derde subcriterium waarvoor de verzoekende partij 6 op 10 krijgt, wordt in de bestreden beslissing als volgt gemotiveerd :

> "Opleiding van het personeel.
> Het personeel geniet van een basisopleiding o.a. over veiligheid, kwaliteit, ergonomie en kennis van producten en materialen maar niet van vervolmaking en opvolging van deze opleidingen.
> Aan techniek wordt geen aandacht besteed, aan de methodiek echter wel.
> De sociale wetgeving werd niet voorzien of verduidelijkt".

Hier gaat verzoekende partij dus niet in op de negatieve opmerkingen inzake afwezigheid van vervolmaking en opvolging van de opleidingen en inzake het niet vermelden van de sociale wetgeving.

T.a.v. het vierde subcriterium waarvoor de verzoekende partij 1 op 10 krijgt, wordt in de bestreden beslissing als volgt gemotiveerd :

> "Waarborg en kwaliteit.
> Er zijn geen certificaten. Opstartplannen, opvolging en controle waren afwezig en van betrokkenheid is geen spoor.
> Er is een trainingsprogramma voorzien.
> De externe communicatie werd niet medegedeeld.
> Niets is geweten over kwaliteitsopvolging en tijdsregistratie".

Hier gaat verzoekende partij dus niet in op de negatieve opmerkingen inzake de afwezigheid van opstartplannen, opvolging en controle, inzake de afwezigheid van mededeling van externe communicatie en inzake afwezigheid van kwaliteitsopvolging en tijdsregistratie.

Uit dit alles lijkt niet te kunnen worden afgeleid dat de verzoekende partij bijna 25 punten zou kunnen winnen zelfs ingeval haar -gedeeltelijke- kritiek op slechts 3 van de vijf subcriteria juist zou zijn.

Bij het tweede subcriterium is voorts haar verweer met een verwijzing naar de "CAO van 12 mei 2003 betreffende personeelsovername ten gevolge van hergunning van een onderhoudscontract" onwerkdadig nu, zoals de verwerende partij opmerkt, die CAO een aantal algemene regels lijkt op te leggen inzake overname van personeel bij wijziging van onderneming die een bepaald onderhoud uitvoert. Zoiets lijkt op zich geen bepalende relevantie te hebben met de in het bestek gevraagde uiteenzetting over hoe de onderneming de opdracht organisatorisch en praktisch zal aanpakken, hetgeen een uitzetting vereist die zeer concreet naar de situatie toe is geschreven. Trouwens verwijst de verzoekende partij naar een CAO die eigenlijk, omdat de verzoekende partij zoals ze beweert, de werken tot heden uitvoerde, niet onmiddellijk voor haar van toepassing lijkt.

Dat bij het vierde subcriterium de verzoekende partij beweert niet te weten wat bedoeld wordt met certificaten en betrokkenheid, lijkt niet ernstig. De gekozen inschrijver lijkt wel terdege een invulling te hebben gegeven aan deze besteksvereisten.

Ten slotte lijkt de verzoekende partij erg te benadrukken dat ze de motivering niet "begrijpt" - aldus bespaart zij zich meteen kritiek ten gronde op die motivering en vermijdt zij dat de eventuele mindere kwaliteit van haar offerte t.a.v. het gunningscriterium plan van aanpak zou blijken.

Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

Tweede middel

16. In een tweede middel voert de verzoekende partij aan dat er een schending is van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en van het beginsel patere legem quam ipse fecisti.

Er worden volgens haar in het bestek twee evenwaardige gunningscriteria bepaald elk 50 punten waard; uit het gunningsverslag blijkt echter dat ze niet evenwaardig behandeld werden. Voor het criterium prijs schommelen de punten tussen 47,250 en 50, voor het criterium plan van aanpak zijn die gelegen tussen 14,705 en 45.

Een correcte toepassing van het puntensysteem veronderstelt dat voor elk gunningscriterium daadwerkelijk punten worden toegekend die variëren tussen 0 en 50 punten : zo heeft de verwerende partij het gunningscriterium prijs van zeer ondergeschikt belang gemaakt bij het opstellen van de rangschikking.

Bespreking

17. In de mate de verzoekende partij hier kritiek geeft op de methode punten te geven voor het gunningscriterium prijs zou kunnen worden aangenomen dat de verzoekende partij, hoewel ze met het maximum scoorde, een belang kan hebben namelijk een nieuwe kans krijgen om ervoor te zorgen dat de concurrerende inschrijvers minder punten krijgen voor dit criterium.

Het feit dat er te dezen een bredere waaier aan puntenverschil is bij het ene dan bij het andere gunningscriterium lijkt echter op zich niet te moeten leiden naar de vaststelling van een ongelijkwaardigheid tussen of een ondeugdelijk hanteren van de gunningscriteria.

Het geringe verschil in punten bij het prijscriterium lijkt te dezen voort te vloeien uit de geringe prijsverschillen. De regel van drie die daarbij te dezen werd toegepast lijkt geen laakbare methode om prijzen te rangschikken. De verzoekende partij geeft geen concrete redenen aan waarom deze regel van drie hier niet zou mogen worden toegepast.

Het middel is niet ernstig.

18. Aan de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die moeten zijn vervuld om de schorsing toe te wijzen, is niet voldaan, nu geen van de middelen ernstig is. Die vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV ISS in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertien mei 2008, door :

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

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**