

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 206.993 van 26 augustus 2010
in de zaak A. 197.373/XII-6299.**

- In zake:
1. de c.v.b.a. PROFIEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemslaghe
kantoor houdend te 8500 KORTRIJK
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen
 2. de n.v. ALTRITEMPI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 HARELBEKE
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de KERKFABRIEK ONZE LIEVE VROUW TEN
HEMELOPNEMING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Koen Geelen en Piet Carlier
kantoor houdend te 3500 HASSELT
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de v.z.w. Secretariaat voor Tijdelijke Werkkrachten
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bruno Blanpain
kantoor houdend te 1150 BRUSSEL
Tervurenlaan 270
bij wie woonplaats wordt gekozen
en bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Suzanne Capiu
kantoor houdend te 1190 BRUSSEL
Everardlaan 59

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 augustus 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van “de beslissing van de Kerkraad Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming te Sint-Truiden

van 23 maart 2010 houdende de toewijzing van de overheidsopdracht ‘restauratie van de Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopnemingskerk te Sint-Truiden : fase 4, perceel 2’ aan de inschrijver Verbeke - Dewitte”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 augustus 2010.

Staatsraad Jan Clement heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de eerste verzoekende partij, advocaat Eva Roels, die verschijnt voor de tweede verzoekende partij, advocaat Koen Geelen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bruno Blanpain, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Tussenkomst

3. Met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift vraagt de v.z.w. Secretariaat voor Tijdelijke Werkkrachten om in het geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om dat verzoek in te willigen, wat betreft het administratief kort geding.

IV. Feiten

4.1. De Kerkfabriek Onze Lieve Vrouw Ten Hemelopneming te Sint-Truiden schrijft een opdracht van werken uit voor de restauratie van de Onze Lieve Vrouw ten Hemelopnemingskerk te Sint-Truiden. Fase 4, perceel 2 betreft inzonderheid de restauratie van de muurschildering Laatste Oordeel, Triforia en schilderwerk. De opdracht wordt geraamd op 262.599,74 € (btw excl.).

4.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 27 augustus 2009 en wordt gegund onder de vorm van een beperkte aanbesteding.

4.3. Zes gegadigden stellen zich kandidaat. De verwerende partij selecteert vijf gegadigden en nodigt hen bij brief van 7 oktober 2009 uit om een offerte in te dienen.

4.4. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek “restauratie van de Onze Lieve Vrouw ten Hemelopnemingkerk te Sint-Truiden fase 4: PERCEEL 2; restauratie muurschildering laatste oordeel, triforia en schilderwerk (dossier 85/61)”.

4.5. Vijf inschrijvers dienen een offerte in voor het volgende inschrijvingsbedrag (excl. btw) :

- t.v. Dewitte - Verbeke	180.702,50 €
- n.v. Altritempi	189.975,00 €
- n.v. ASVD Darcis	192.600,00 €
- c.v.b.a. Profiel	211.020,00 €
- t.h.v. Building - Viering - BJ Delmotte	212.658,00 €

4.6. Op 14 januari 2010 wordt door de verwerende partij aan vier van de vijf inschrijvers per brief nog eenzelfde vraag gesteld met betrekking tot post 3.12 van de opmetingsstaat.

4.7. Uit het aanbestedingsverslag blijkt dat de offertes na rekenkundig nazicht als volgt worden gerangschikt (bedragen excl. btw):

1. t.v. Dewitte - Verbeke	208.824,70 €
2. n.v. Altritempi	212.825,00 €
3. n.v. ASVD Darcis	220.220,00 €

4. c.v.b.a. Profiel	237.060,00 €
5. t.h.v. Building - Viering - BJ Delmotte	238.915,00 €

4.8. Op 18 februari 2010 richt de eerste verzoekende partij een schrijven aan de verwerende partij met betrekking tot beweerde oneerlijke handelspraktijken in de restauratiesector.

4.9. Vervolgens doet de verwerende partij met betrekking tot voormelde problematiek navraag bij de toezichthoudende overheid.

4.10. Op 23 maart 2010 beslist de verwerende partij om de opdracht in overeenstemming met het aanbestedingsverslag toe te wijzen aan “VERBEKE-DEWITTE bvba”.

4.11. Op 25 maart 2010 richt de eerste verzoekende partij nog een schrijven tot de verwerende partij inzake de problematiek van het personeel onder kunstenaarsstatuut en verzoekt zij de verwerende partij om aan alle inschrijvers een prijsverantwoording te vragen voor wat betreft de arbeidskost. De verwerende partij stelt dat “voorzover kan worden nagegaan” zij dit schrijven nooit heeft ontvangen.

4.12. Op 29 maart 2010 wordt de eerste verzoekende partij door de b.v.b.a. Verbeke gedagvaard zoals in kort geding voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Kortrijk op grond van de handelspraktijkenwet aangezien zij haar concurrenten zou trachten te discrediteren bij de opdrachtgevende besturen van restauratiewerken. Volgens de verzoekende partijen is deze procedure nog hangende.

4.13. Bij brief van 3 juni 2010 wordt het gunningsdossier overgemaakt aan de toezichthoudende overheid.

4.14. Bij brief van 30 juni 2010 deelt de toezichthoudende overheid mee dat de toewijzing van de opdracht door haar gunstig wordt geadviseerd en dat het dossier met het oog op de definitieve toekenning van de restauratiepremie en de machtiging tot uitvoering van de werken wordt overgemaakt aan de Vlaamse overheid, agentschap Ruimte en Erfgoed, Onroerend Erfgoed.

4.15. Bij arrest van 30 juni 2010 legt het hof van beroep van Antwerpen de verwerende partij op om na het nemen van een gunningsbeslissing de eerste

verzoekende partij hiervan onverwijld in kennis te stellen en, in de mate dat de opdracht niet aan de eerste verzoekende partij wordt toegewezen, een wachttermijn te respecteren van vijftien kalenderdagen alvorens deze beslissing te betekenen aan de gekozen inschrijver. Dit arrest wordt aan de verwerende partij betekend op 8 juli 2010.

4.16. Bij besluit van 7 juli 2010 wordt aan de verwerende partij een restauratiepremie toegekend en wordt zij gemachtigd om over te gaan tot uitvoering van de werken.

4.17. Op 15 juli 2010 deelt de verwerende partij aan de gekozen inschrijver mee dat zij haar offerte “in overweging neemt” en vraagt zij de inschrijver of hij bereid is om zijn gestanddoeningstermijn te verlengen. Dit wordt door de inschrijver bevestigd per aangetekend schrijven van 19 juli 2010.

4.18. Met een op 28 juli 2010 ter post aangetekend verzonden brief, deelt de verwerende partij aan de niet gekozen inschrijvers mee dat hun offerte niet werd gekozen en dat de opdracht werd toegewezen aan de inschrijver tijdelijke vereniging Dewitte-Verbeke. Tevens wordt meegedeeld dat de kennisgeving aan de inschrijver aan wie de opdracht is toegewezen slechts zal gebeuren op de zestiende dag na de verzending van de kennisgeving aan de niet gekozen inschrijvers en dat aan de niet gekozen inschrijvers een wachttermijn wordt toegekend van vijftien kalenderdagen om eventueel een beroep aan te tekenen tegen deze beslissing. Indien zij binnen deze termijn geen kennisgeving ontvangt dat er een beroep werd aangetekend, zal de gunningsprocedure volgens de verwerende partij worden vervolgd met kennisgeving van de gunning aan de winnende laagste regelmatige inschrijver.

V. Onderzoek van de vordering

5. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de driefvoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat een ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kan verantwoorden, en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Ernst van de middelen

Uiteenzetting van de middelen

6. De verzoekende partijen voeren in hun verzoekschrift de volgende middelen aan:

“A. Eerste middel. Schending van:

- het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van vrije mededinging inzake overheidsopdrachten, alsmede artikel 1, § 1 en 15 Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993
- de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht
- artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen
- artikel 110, §§ 2 en 3 KB 8 januari 1996

11. Verwerende partij heeft de ingeroepen bepalingen en beginselen miskend door de wettigheidsbezwaren van verzoekster niet op iedere inschrijving te onderzoeken.

12. Zoals in het feitenrelaas werd uiteengezet worden verzoekers geconfronteerd met oneerlijke concurrentie, omdat op onwettige wijze gebruik wordt gemaakt van het kunstenaarsstatuut en het systeem SMart (voor een meer gedetailleerde uiteenzetting hieromtrent, zie randnummers 3-6 en 24-27).

Alvast van belanghebbende partij weet verzoekers formeel dat dit het geval is.

13. Eerste verzoekster heeft verwerende partij meerdere keren aangeschreven om haar attent te maken op deze problematiek. Hierbij werd onder meer gewezen op het standpunt van de Commissie Kunstenaars, die ondubbelzinnig stelde dat voor restauratiewerken geen gebruik kan worden gemaakt van het kunstenaarsstatuut (...) en werd gewezen op eventuele aansprakelijkheidsrisico's in hoofde van de aanbestedende overheid. Ook werd verwerende partij uitdrukkelijk uitgenodigd om de offertes en in het bijzonder de prijzen van de inschrijvers voor wat betreft de arbeidskost te controleren (...).

Eerste verzoekster heeft geen enkel antwoord ontvangen op deze brieven. Geen enkele opmerking of grief van verzoekster wordt in het gunningsverslag of de bestreden beslissing ontmoet of zelfs maar vermeld.

Dit maakt een schending uit van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht, van de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet en van artikel 110, § 2 en 3 van het KB van 8 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten.

14. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt onder meer in dat een overheid gehouden is tot een zorgvuldige feitengaring - wat verwerende partij kennelijk heeft miskend door geen enkel onderzoek te verrichten inzake de prijzen, de personeelsleden van de inschrijvers en het al dan niet wettig gebruik van het kunstenaarsstatuut.

Dit klemmt des te meer, nu eerste verzoekster verwerende partij meermaals heeft gewezen op de problematiek terzake. Nochtans impliceert het zorgvuldigheidsbeginsel ook dat een overheid zich niet - als het ware met oogkleppen - kan beperken tot een louter routineuze en administratieve afwikkeling van zaken.

Verwerende partij mag niet bewust inschrijvingen dulden met een reëel wettigheidsrisico, zonder dienaangaande een voorafgaandelijk onderzoek te

voeren, zeker niet als er, zoals in casu, ernstige wettigheidsbezwaren worden opgeworpen door een van de inschrijvers.

De kop in het zand steken is onzorgvuldig overheidshandelen.

15. Meer nog, artikel 110 van het KB van 8 januari 1996 legt de aanbestedende overheid uitdrukkelijk de verplichting op om alle offertes te onderzoeken op hun regelmatigheid (en of zij 'bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen', art. 110 § 2), met inbegrip van de abnormale prijzen.

Zulk onderzoek is kennelijk niet gebeurd!

16. Dit alles is des te problematischer nu verwerende partij, naast de brieven van eerste verzoekster, hoe dan ook alle redenen had om de offertes aan een grondig prijsonderzoek te onderwerpen.

De raming van de opdracht is, volgens het verslag van 11 februari 2010, 262.599,74 euro.

De opdracht wordt daarentegen aan belanghebbende partij gegund voor 208.824,70 euro - wat op zich al een correctie was van het oorspronkelijke inschrijvingsbedrag van 180,702,50 euro.

De raming was bijgevolg 25,8% hoger dan het uiteindelijke gunningsbedrag!

Eerste verzoekster vermocht zich daaromtrent geen vragen te stellen en geen onderzoek te voeren.

17. Verzoekers zullen niet ontkennen dat ook hun inschrijving lager was dan de raming (zij het hoe dan ook in mindere mate).

Zij worden echter geconfronteerd met een sector waarin het onwettige gebruik van het kunstenaarsstatuut alle prijzen aanzienlijk naar beneden drukt, waardoor zij zelf genoodzaakt zijn in te schrijven aan bodemprijzen.

Het gegeven dat alle inschrijvers een offerte indienden die veel lager ligt dan de raming, diende voor verwerende partij zelfs een belangrijk signaal te zijn dat een grondig onderzoek van hetzij de offertes (bijvoorbeeld door het opvragen van prijsverantwoording), hetzij de raming (bijvoorbeeld door de architect op dit punt expliciet te ondervragen) noodzakelijk was.

Dit temeer in het licht van de verwittigingen van eerste verzoekster. Dergelijk onderzoek is kennelijk niet gebeurd.

18. Komt daarbij dat verwerende partij niet alleen gehouden is tot een onderzoek van tot globale prijzen, maar ook van de eenheidsprijzen. Het is overigens vooral in de samenstelling van bepaalde eenheidsprijzen, dat het effect van het kunstenaarsstatuut zich manifesteert. Ook dit is niet gebeurd.

19. Laat verwerende partij alvast niet beweren dat sociaalrechtelijke aspecten van de prijssamenstelling geen enkele rol zouden spelen. Integendeel, artikel 110, § 3 van het KB van 8 januari 1996 geeft als concreet doch niet-limitatief voorbeeld van verantwoording waarmee de overheid inzake het abnormaal karakter van prijzen rekening kan houden: 'de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd'.

Op de aanbestedende overheid rust wel degelijk de plicht rekening te houden met de sociaalrechtelijke conformiteit van een offerte, zeker wanneer er de schendingen bijzonder zwaarwichtig zijn, de gelijkheid tussen de inschrijvers danig in het gedrang brengt en de overheid hierop meermaals werd geattendeerd.

Nogmaals, verwerende partij is rechtens verplicht tot een regelmatigheids- en wettigheidstoezicht op de offertes, en heeft in deze plicht gefaald.

20. Een aanbestedende overheid heeft de plicht de gelijkheid van de inschrijvers en de vrije mededinging te garanderen inzake overheidsopdracht. Deze beginselen zijn ook terug te vinden in artikel 1, § 1 en artikel 15 Overheidsopdrachtenwet. Geconfronteerd met ernstige opmerkingen en bezwaren omtrent de regelmatigheid van de offertes, diende zij zowel in rechte

als in feite de nodige onderzoeken te doen teneinde de gelijkheid van de inschrijvers te waarborgen.

Dit is kennelijk niet gebeurd.

Verzoekers herhalen. Verwerende partij mag geen onwettige inschrijvingen aanvaarden. Bij ernstige twijfel rust op verwerende partij een onderzoekspllicht. Zo niet kan de opdracht worden toegewezen aan een onregelmatige inschrijver, hetgeen uiteraard indruist tegen het gelijkheidsbeginsel.

21. Minstens dient vastgesteld te worden dat noch het verslag van 11 februari 2010, noch de bestreden gunningsbeslissing bovenvermelde aspecten (kunstenaarsstatuut, afwijking tegenover geraamd bedrag, ...) op enige wijze vermelden, laat staan ontmoeten.

Te meer gelet op de zwaarwichtigheid van de onregelmatigheden waarmee verwerende partij werd geconfronteerd en de bezwaren van eerste verzoekende partij, maakt dit een schending uit van de motiveringspllicht als beginsel van behoorlijk bestuur alsmede van de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet van 29 juli 1991.

22. Het eerste middel is ernstig en (kennelijk) gegrond.

Verzoekende partijen, zowel eerste verzoekster als tweede verzoekster, hebben een evident belang bij dit middel, nu de onderzoekspllicht naar de regelmatigheid van de offertes betrekking heeft op alle inschrijvingen, zonder onderscheid.

B. Tweede middel. Schending van:

- het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van vrije mededinging inzake overheidsopdrachten, alsmede artikel 1 Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993
- het bijzonder bestek
- artikel 30 van het besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2004 houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten
- schending van artikel 37quinquies Wet 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers en 17sexies van het KB van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders
- artikel 15 Overheidsopdrachtenwet van 24 december
- artikel 110, §§ 2 en 3 KB 8 januari 1996 en het zorgvuldigheidsbeginsel
- artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen

23. De stelling van verzoekers is helder: de offerte van belanghebbende partij is onregelmatig.

De gunningsbeslissing schendt bovenvermelde bepalingen en beginselen door de opdracht aan belanghebbende partij te gunnen.

24. Het kunstenaarsstatuut kan niet op wettige wijze worden toegepast inzake restauratie.

Het kunstenaarsstatuut werd ingevoerd door de programmawet van 24 december 2002.

In essentie houdt het statuut in dat het loon van werknemers die artistieke prestaties leveren en/of artistieke werken produceren een gedeelte van het loon is vrijgesteld van patronale bijdragen in de sociale zekerheid (artikel 37 quinquies van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers). Daarnaast kunnen 'kunstenaars' ook voor eerder occasionele opdrachten gedurende 30 dagen per jaar worden vergoed door middel van een forfaitaire onkostenvergoeding, die is vrijgesteld van sociale zekerheidsbijdragen en bedrijfsvoorheffing (artikel 17 sexies, § 3, lid 3, 1/ van het RSZ-KB van 28 november 1969).

Samengevat betreft het dus een voordelig statuut voor kunstenaars en voor diegenen die op hun artistieke diensten beroep doen.

Een vereiste om het kunstenaarsstatuut te kunnen toepassen is dat het gaat om artistieke prestaties. Enkel kunstenaars kunnen van het gunststatuut genieten.

25. De Commissie Kunstenaars heeft reeds in haar activiteitenverslag van juni 2005 terecht geoordeeld dat restauratiewerken onmogelijk in aanmerking komen als artistieke prestaties (...).

Deze commissie werd opgericht door de Programmawet van 24 december 2002 en is paritair samengesteld uit ambtenaren van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en het Rijksinstituut voor de sociale verzekeringen der zelfstandigen. Zij heeft onder meer als taak om: (a) op hun verzoek, kunstenaars te informeren over hun rechten en plichten inzake sociale zekerheid en (b) op verzoek van een kunstenaar of op eigen initiatief adviezen verlenen over de vraag of de aansluiting van een kunstenaar bij het sociale verzekeringsstelsel der zelfstandigen in overeenstemming is met de socio-economische realiteit, en desgevallend een zelfstandigheidsverklaring af te leveren.

De Commissie Kunstenaars is bijgevolg uiterst goed geplaatst om uitspraak te doen over de toepasselijkheid van het kunstenaarsstatuut. Zij werd hiertoe namelijk specifiek door de wetgever opgericht.

Ook in haar ontwerp van activiteitenverslag 2010 herhaalt de Commissie dat restauratiewerken niet in aanmerking komen als artistieke prestaties (...).

26. De zienswijze van de Commissie Kunstenaars wordt eveneens uitdrukkelijk bevestigd door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. In een brief van 19 april 2010 stelt de administrateur-generaal van de RSZ (...):

‘Uit [de definitie van artikel 1bis, § 2 van de wet van 27 juni 1969] vloeit voort dat de restauratie van kunstwerken niet als een artistieke prestatie wordt beschouwd. Immers, de restorator creëert geen artistiek oeuvre, maar herstelt het. Het kunstwerk werd door iemand anders gecreëerd. Restauratie van kunstwerken is dus een technische activiteit.
[...]

De personen die restauratiewerken uitvoeren, mogen dus niet als kunstenaar (werknemerskengetallen 046 & 047) worden aangegeven op de kwartaalaangiften die bij de RSZ worden ingediend en voor hen kan en mag de werkgever dan ook niet genieten van de specifieke vermindering voor kunstenaars.’

(...)

27. Het kunstenaarsstatuut kan bijgevolg niet worden gebruikt inzake restauratie.

Eenieder die hier toch gebruik van maakt, schendt kennelijk de desbetreffende wetgeving.

28. Belanghebbende partij maakt gebruik van het kunstenaarsstatuut.

Belanghebbende partij kan en zal niet ontkennen dat zij gebruik maakt van het zogenaamde kunstenaarsstatuut, dat wordt gefaciliteerd door SMart (en meer in het bijzonder de vzw Secretariaat voor Tijdelijke Werkkrachten).

In besluiten van 30 april 2010 (...) stelt de bvba Verbeke immers:

‘Concluante ontkent niet dat zij, net zoals vele andere collega’s/concurrenten restauratiebedrijven samenwerkt met de vzw Smart.’

SMart verdedigt (via haar vzw Secretariaat voor Tijdelijke Werkkrachten) het gebruik van het kunstenaarsstatuut inzake restauratiewerken (...) en legt diverse overeenkomsten voor tussen belanghebbende partij enerzijds en verschillende restaurateurs anderzijds voor (...). Uit deze stukken blijkt ontegensprekelijk dat gebruik wordt gemaakt van het kunstenaarsstatuut, nu in het veld ‘categorie van de prestatie’ steeds ‘artistiek’ in plaats van

‘niet-artistiek’ is aangevinkt. (Bij de omschrijving van de werken staat onder meer ‘restauratie van muurschildering’ opgegeven.)

29. Belanghebbende partij beschikt niet over eigen personeel om de opdracht uit te voeren.

Met het debat omtrent het kunstenaarsstatuut gaat een discussie gepaard omtrent de vraag of de personen die via het system SMart onder het kunstenaarsstatuut worden ingezet, al dan niet werknemer zijn van de restauratie-firma waarvoor zij prestaties verrichten, in casu belanghebbende partij / bvba Verbeke (...).

Hoewel dit debat niet ten volle voor Uw Raad moet worden gevoerd, staat vast dat:

- SMart zelf geen restaurateurs in dienst heeft (...)
- de bvba Verbeke geen enkel personeel in dienst heeft, wat overigens blijkt uit een opzoeking in het Werkgeversrepertorium van de RZS (...)

Dit verbaast, aangezien zowel het bijzonder bestek (...) als artikel 30 van het besluit van de Vlaamse regering van 24 februari 2001 houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten bepalen dat ‘minstens 50 % van de restauratiewerkzaamheden, bepaald op basis van de kostprijs, met eigen personeel’ van de uitvoerder dient te worden uitgevoerd.

Hoewel verzoekers geen kennis hebben van de exacte kandidatuurstelling/offerte die door belanghebbende partij werd ingediend, kunnen zij onmogelijk én bovenvermelde verplichting naleven én een naar waarheid opgesteld offerte hebben ingediend. Immers beschikt belanghebbende partij niet over restaurateurs-personeel die de opdracht - voor minstens 50% - kunnen uitvoeren.

30. Laat belanghebbende partij (of verwerende partij) alvast niet beweren dat aan deze vereiste kan worden voldaan door de prestaties te laten verrichten door de enige vennoot en zaakvoerder van de bvba Verbeke en desgevallend het personeel van de bvba Schilderwerkend Binnenhuisinrichting De Witte.

De omvang van de opdracht, in het bijzonder van de ‘ambachtelijke’ restauratiewerken enerzijds, en de voorziene uitvoeringstermijn anderzijds (95 werkdagen (...)) laten zulks redelijkerwijs niet toe. Bovendien zou zulks moeten blijken uit de kandidatuurstelling/offerte van belanghebbende partij, quod non.

31. Tot slot dit: verzoekers zijn zich ervan bewust dat van de voormelde 50%-regel kan worden afgeweken door de Vlaamse regering / het agentschap onroerend erfgoed.

Dergelijke ‘ontheffingsbeslissing’ ligt niet voor. Noch het bestek, noch verslag van de ontwerpers van 11 februari 2010 noch de gunningsbeslissing van 23 maart 2010 maken melding van deze problematiek, laat staan van een beslissing die afwijking van de 50%-regel toelaat.

Allerminst is er bijgevolg een schending van artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet.

32. Verzoekers vatten samen:

- de offerte van belanghebbende partij maakt gebruik van restaurateurs die beroep doen op het kunstenaarsstatuut, waar dit kennelijk niet kan worden toegepast inzake restauratiewerken (schending van artikel 37quinquies Wet 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers en 17sexies van het KB van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders)
- belanghebbende partij beschikt niet over personeel voor het uitvoeren van minstens 50% van de restauratiewerken (schending van bijzonder bestek en van artikel 30 van het besluit van de Vlaamse regering van

14 december 2004 houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten)

- de offerte van strijdt bijgevolg kennelijk met bovenvermelde bepalingen en/of bevat bestanddelen die niet met de werkelijkheid overeenstemmen (bv. inzake personeel)
- verwerende partij diende de offerte van belanghebbende partij te weren als nietig/onregelmatig (schending artikel 110, § 2 KB 8 januari 1996; schending van het zorgvuldigheidsbeginsel)
- allerminst diende verwerende partij in de bestreden beslissing aan te geven dat en waarom het bijzonder bestek en artikel 30 van het ... niet werden geschonden (schending artikelen 2 en 3 formele motiveringswet van 29 juli 1991)
- aangezien de offerte van belanghebbende partij onregelmatig was, is de opdracht niet gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende (schending artikel 1, § 1 en artikel 15 Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993; schending van het gelijkheidsbeginsel; schending van het beginsel van vrije mededinging inzake overheidsopdrachten)

33. Het middel is ernstig en (kennelijk) gegrond.

Als tweede gerangschikte heeft minstens tweede verzoekster een evident belang bij dit middel”.

Beoordeling

7. Artikel 110, §§ 2 en 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996) luidt als volgt:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

§ 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn toestaat.

Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.

Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gebaseerd op:

- 1/ de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
- 2/ de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

- 3/ de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
- 4/ de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;
- 5/ de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

Wanneer het geraamde bedrag van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking bereikt en de aanbestedende overheid vaststelt dat een offerte abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft ontvangen, kan de offerte alleen op uitsluitend die grond worden afgewezen indien de inschrijver desgevraagd niet binnen en door de aanbestedende overheid bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend. Wanneer de aanbestedende overheid in een dergelijke situatie een offerte weert, stelt zij daarvan de Europese Commissie in kennis”.

Artikel 30, § 1 van het besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2001 (en niet: 2004, zoals in het verzoekschrift wordt vermeld) houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten luidt als volgt:

“In de overeenkomst, af te sluiten tussen de premienemer en de uitvoerder van de restauratiewerkzaamheden, moet uitdrukkelijk worden bepaald dat hij minstens 50 % van de restauratiewerkzaamheden, bepaald op basis van de kostprijs, met eigen personeel zal uitvoeren. De premie kan niet worden toegekend als aan deze bepaling niet is voldaan. Van dat percentage kan afgeweken worden naar gelang van de aard van de restauratiewerkzaamheden of ten behoeve van de coördinatie van de restauratiewerkzaamheden. Deze afwijking wordt voorgesteld door de ontwerper en moet vooraf goedgekeurd worden door het agentschap”.

8. Aangenomen dient te worden dat de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek gegaan wordt naar de aanwezigheid van abnormale prijzen, dat de Raad van State zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats kan stellen van het bestuur, dat hij wel mag nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen, dat een inschrijver zich niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden, dat de in artikel 110, § 3 voornoemd opgesomde objectieve factoren niet limitatief zijn, dat indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, een bevraging van de inschrijver volgens voornoemd artikel 110, § 3 niet vereist is, dat er wel een plicht voor de aanbestedende overheid is om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat en dat ten slotte het onderzoek moet gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting.

Aangezien de offerte van de tijdelijke vereniging Dewitte-Verbeke niet afgewezen werd op grond van abnormale prijzen, was de aanbestedende overheid in onderhavig geval niet verplicht om een prijsverantwoording te vragen op grond van artikel 110, § 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Dit neemt niet weg dat het zoals gezegd wel een plicht voor de aanbestedende overheid is om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat, welk onderzoek moet gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting.

9. Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij in het voorliggende geval aan voormelde verplichting te hebben voldaan. De verzoekende partijen lijken niet aan te tonen dat de aanbestedende overheid de plicht had de bedoelde bevraging te verrichten op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Vooreerst blijkt uit het aanbestedingsverslag onder punt f “Technisch onderzoek - abnormale (eenheids)prijzen” dat de verwerende partij wel degelijk een onderzoek heeft gevoerd naar het eventueel abnormale karakter van de globale prijzen en eenheidsprijzen. Voor wat betreft de globale prijzen wordt uitdrukkelijk berekend of toepassing dient gemaakt te worden van artikel 110, § 4 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en geconcludeerd dat dit niet het geval is. Voor wat betreft de eenheidsprijzen verwijst het aanbestedingsverslag naar de vergelijkende tabel der eenheidsprijzen die bij het verslag is gevoegd en wordt op basis van deze tabel besloten dat er geen inschrijvers zijn die een verantwoording dienen in te leveren voor eenheidsprijzen met een abnormaal karakter. In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen voorhouden heeft de verwerende partij dus wel degelijk een onderzoek gevoerd.

Het loutere feit dat de globale prijzen afwijken van de raming is op het eerste gezicht niet van aard om een zorgvuldige overheid te verplichten om prijsverantwoordingen te vragen van de inschrijvers wanneer deze afwijking geldt voor de prijzen van alle inschrijvers.

Verder dient vastgesteld te worden dat het schrijven van de eerste verzoekende partij van 18 februari 2010 zeer algemeen geformuleerd is en dat daarin geenszins op concrete wijze wordt aangegeven bij welke inschrijvers zich een probleem zou stellen. Hetzelfde geldt voor het schrijven van 25 maart 2010, dat bovendien dateert van na de bestreden beslissing zodat de verwerende partij met dit laatste schrijven bij het nemen van haar beslissing op 23 maart 2010 bezwaarlijk rekening kon houden. Ook lijkt op het eerste gezicht nergens uit de relevante posten van de vergelijkende prijzentabel te kunnen worden afgeleid dat er sprake zou kunnen zijn van abnormaal lage prijzen wegens het vermeend onterecht aanwenden

van het kunstenaarsstatuut. Met de verwerende partij dient vastgesteld te moeten worden dat er in dat geval een aanzienlijk prijsverschil zou moeten blijken voor wat betreft de posten 03 “schilderwerken en restauratie wandschilderingen” wat op het eerste gezicht niet het geval lijkt. De prijzen van de gekozen inschrijver blijken hier ook geenszins de laagste te zijn. Nu er op dit punt op het eerste gezicht geen abnormale eenheidsprijzen bleken uit de vergelijkende prijzentabel, getuigt het op het eerste gezicht niet van onzorgvuldigheid van de verwerende partij dat zij de inschrijvers hieromtrent geen prijsverantwoording heeft gevraagd.

Bovendien blijkt uit de gegevens van de zaak dat de verwerende partij naar aanleiding van voormeld schrijven van 18 februari 2010 vanwege de eerste verzoekende partij hierover navraag heeft gedaan bij de toezichthoudende overheid. De toezichthoudende overheid heeft de verwerende partij erop gewezen dat zij bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen rekening kan houden met verantwoordingen gebaseerd op de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver, doch dat uit het dossier dat de eerste verzoekende partij voorlegde voorlopig niet kan afgeleid worden dat het om onrechtmatig toegekende overheidssteun zou gaan.

In het licht van de gegeven omstandigheden, kan op het eerste gezicht niet aangenomen worden dat de verwerende partij op dit punt onzorgvuldig gehandeld zou hebben.

Nu de verzoekende partij zoals gezegd niet lijkt aan te tonen dat de verwerende partij de plicht had om de bedoelde bevraging te verrichten, lijkt op het eerste gezicht ook aangenomen te moeten worden dat de gunningsbeslissing, die tevens verwijst naar het aanbestedingsverslag, afdoende is gemotiveerd.

10. Op het eerste gezicht blijkt nergens uit de kandidatuurstelling en offerte van de gekozen inschrijver dat deze inschrijver voor het uitvoeren van de opdracht gebruik zou maken van het kunstenaarsstatuut. Ook de brieven vanwege de eerste verzoekende partij, noch de vergelijkende prijzentabel geven hierover enige concrete aanduiding.

Daargelaten de vraag of het aan de aanbestedende instantie toekomt om na te gaan of een inschrijver al dan niet het juiste statuut aanwendt voor zijn personeel, getuigt de handelwijze van de verwerende partij in het licht van de gegevens waarover zij beschikte op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing op het eerste gezicht niet van onzorgvuldig bestuur.

11. Tot slot wordt in de kandidatuurstelling van de gekozen inschrijver ook uitdrukkelijk verklaard dat hij de werken zal uitvoeren zonder

onderaannemers en dat bijgevolg de werken voor minimum 50 % zelf worden uitgevoerd. De kandidatuurstelling bevat een lijst van namen met telkens een curriculum vitae en overzicht van uitgevoerde werken door de betrokken personen. In het licht van die verklaring, evenals van het besluit van de bevoegde overheid van 7 juli 2010 (nr. 4.16), lijkt de bestreden beslissing evenmin een schending in te houden van de bepaling in het bijzonder bestek die het voorschrift, vervat in artikel 30 van het besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2001 houdende vaststelling van het premiestelsel voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten, herneemt.

12. De conclusie is dat in het verzoekschrift geen ernstig middel wordt aangevoerd. Er is niet voldaan aan één van de bij artikel 17, §§ 1 en 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden om de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van het bestreden besluit te kunnen bevelen. Deze vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de v.z.w. Secretariaat voor Tijdelijke Werkkrachten tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, ieder voor de helft.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst in het administratief kort geding, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zesentwintig augustus 2010, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Jan Clement,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Jan Clement