

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 216.089 van 27 oktober 2011

in de zaak A. 179.582/XII-4961

In zake: de NV CLEANING MASTERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Eyskens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen: de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Landsverdediging

Tussenkommende partij:

de NV GENERAL OFFICE MAINTENANCE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Andy Beelen en Wim Mertens
kantoor houdend te 3580 Beringen
Scheigoorstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 februari 2007, strekt tot de nietigverklaring van “De beslissing dd. 8 december 2006 van de Minister van Defensie, waarbij de opdracht voor de huishoudelijke schoonmaak van militaire gebouwen en infrastructuur (regio West-Vlaanderen) (besteknummer 7IS401), wordt gegund aan ‘de firma GOM’, en waarbij de offerte die de n.v. Cleaning Masters op 17 juli 2006 heeft ingediend in deze aanbestedingsprocedure onregelmatig wordt verklaard alsook, de impliciete weigeringsbeslissing dd. 8 december 2006 van de Minister van Defensie om de opdracht voor de

huishoudelijke schoonmaak van militaire gebouwen en infrastructuur (regio West-Vlaanderen) toe te wijzen aan de verzoekende partij”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 167.306 van 30 januari 2007 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissingen verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 13 maart 2007.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 maart 2011.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Eyskens, die verschijnt voor verzoekende partij, en kolonel militair administrateur Arnaud De Decker die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. 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 West-Vlaanderen. De gekozen gunningswijze is de openbare aanbesteding.

Er worden vijf offertes ingediend. De opening heeft plaats op 19 juli 2006.

De tussenkomende partij nv General Office Maintenance (hierna: nv GOM) schrijft in voor 1.651.531,46 euro, btw inbegrepen, en is daarmee de laagste inschrijver. De prijs van verzoekster bedraagt 1.857.723,09 euro, zijnde de tweede laagste prijs.

Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Uit de analyse van de offertes blijkt dat alle vijf de inschrijvers de kwalitatieve selectie doorstaan doch dat er problemen zijn met de “administratieve regelmatigheid”. Hierover 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 Euroclean, Cleaning Masters, ISS en Laurenty onregelmatig verklaard voor de volgende redenen [...]

- CLEANING MASTERS

Kw Bos van Houthulst - vaste prestaties:

VolgNr 29 -k : de frequentie is door de firma veranderd van 243 naar 96”.

De offerte van nv GOM wordt regelmatig verklaard en zij is de enig overgebleven inschrijver.

Bij verbetering van de zuiver materiële en rekenkundige fouten, bij toepassing van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, wordt de prijs van de nv GOM 1.793.679,92 euro in plaats van 1.651.531,46 euro. De uitleg luidt:

“De firma GOM heeft van de volgende kwartieren weliswaar de inventarissen voor de ‘prestaties op bevel’ correct ingevuld, maar de subtotalen niet overgedragen naar het financieel overzicht van de opdracht”.

Voorgesteld wordt de opdracht toe te wijzen aan de inschrijver die de laagste, regelmatige offerte heeft ingediend, namelijk de nv GOM, voor de prijs van 1.793.679,92 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.

Met een brief van 11 december 2006 deelt verwerende partij aan verzoekster mee dat haar offerte onregelmatig is “ingevolge artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 08 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 7IS401
Motivatie van de beslissing van onregelmatigheid betreffende de firma
CLEANING MASTERS

ONREGELMATIGE INSCHRIJVER
Motivatie

INVENTARIS

Kwartier Bos van Houthulst - vaste prestaties :

VolgNr 29-k : de frequentie is door de firma veranderd van 243 naar 96”.
--

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4. Verwerende partij werpt op dat verzoekster geen belang heeft bij haar beroep omdat zij niet de laagste offerte bij de aanbesteding heeft ingediend en dat, indien de bestreden beslissing vernietigd zou worden en indien verzoeksters offerte als regelmatig zou worden beschouwd, “de overheids-opdracht toch niet aan haar kan worden toegekend”.

5. Tussenkomen de partij van haar kant doet gelden dat verzoekster maar een geldig belang heeft indien zij aannemelijk maakt dat zij een daadwerkelijke kans heeft om de opdracht zelf toegewezen te krijgen. Volgens tussenkomen de partij doet verzoekster dat niet: de prijs van haar offerte is niet de laagste -die van de tussenkomen de partij was dat- en geen van de aangevoerde middelen heeft tot gevolg dat de eindrangschikking van de prijzen moet worden gewijzigd.

Beoordeling

6. Verzoekster heeft in het kader van de besproken openbare aanbesteding niet de laagste, maar de tweede laagste offerte ingediend. Opdat zij de opdracht zelf kan verkrijgen, en dus in principe belang bij het beroep zou hebben, moet de vernietiging uitwijzen dat zij alsnog in aanmerking kan komen om als regelmatige laagste te worden beschouwd. Daartoe volstaat niet dat een vernietiging alleen wordt uitgesproken op grond van een middel waarin betwist wordt dat zij als onregelmatig is geweerd. Het zou er niet van afdoen dat de opdracht nog altijd niet aan haar zou mogen worden toegewezen, aangezien zij niet de laagste inschrijving heeft.

De exceptie houdt verband met de grond van de zaak. Gelet op wat voorafgaat, worden eerst de middelen onderzocht die bij gegrondbevinding meebrengen dat de eindrangschikking in verzoeksters voordeel kan worden gewijzigd. Alleen als een dergelijk middel -het derde of het vierde middel- gegrond mocht blijken, is er reden om ook de middelen te onderzoeken -het eerste of het tweede- waarin verzoekster de onregelmatigverklaring van haar offerte bestrijdt.

V. Onderzoek van de middelen

A. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een derde middel, zoals verzoekster het na inzage van het administratief dossier (her)formuleert, wordt de schending aangevoerd van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, doordat de aanbestedende overheid de opdracht toewijst aan de offerte van de nv GOM, na die te hebben verhoogd met een bedrag van 142.148, 46 euro.

Volgens een *eerste onderdeel* bevat de gunningsbeslissing ten onrechte niet zelf de verantwoording voor de verbetering van de offerte van de nv GOM.

In een *tweede onderdeel* wordt betoogd dat zo men voor de prijsverhoging rekening houdt met de verantwoording in het gunningsverslag, die verantwoording voorbijgaat aan bepaalde elementen. Deze elementen hadden het bestuur tot nadenken moeten stemmen “zodat het de juistheid en de betrouwbaarheid van de offerte met een meer dan gewone zorgvuldigheid moest

analyseren”, wat verwerende partij niet gedaan heeft “zoals blijkt uit de uiteenzetting betreffende de abnormale prijszetting”.

In een *derde onderdeel* zet verzoekster uiteen dat niet in redelijkheid kan worden aangenomen dat de -zelfs verhoogde- prijs van de offerte van de nv GOM beantwoordt aan een economisch realistische prijsbepaling. Dat geldt inzonderheid met betrekking tot de prijs van de “diensten op uitvoeringsbevel”. Deze prijs is wat de nv GOM betreft meer dan 18 % lager dan die van verzoekster. Dat verschil is te verklaren doordat de nv GOM “bepaalde abnormaal lage eenheidsprijzen” heeft gehanteerd, meer bepaald voor 9 van de 20 posten inzake “diensten op uitvoeringsbevel”. Het gaat om de posten 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 en 20. De betrokken eenheidsprijzen zijn stuk voor stuk abnormaal. Een redelijk en zorgvuldig bestuur zou dit hebben opgemerkt en zou minstens op grond van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 toelichting bij de eenheidsprijzen hebben gevraagd.

Een *vierde onderdeel* -initieel, in het verzoekschrift, het “tweede onderdeel” genoemd- verwijt verwerende partij tekort gekomen te zijn aan de verplichting “om rekenfouten, kennelijk materiële fouten, leemten en/of abnormale prijzen in vergelijkbare gevallen op een gelijke wijze te behandelen, en om op een aantoonbare wijze met een zelfde zorgvuldigheid de verschillende offertes te onderzoeken teneinde hen als regelmatig te kwalificeren en hun inhoud vervolgens waar nodig aan te passen”. Meer bepaald bekritiseert het onderdeel dat de offerte van verzoekster wordt geweerd wegens onregelmatigheid, en dus niet in aanmerking komt voor verbetering, om reden van een fout die 0,00016 % van haar offerteprijs vertegenwoordigt, terwijl de offerte van de nv GOM ten onrechte regelmatig wordt bevonden waarna de prijs van haar offerte met 8,61 % wordt opgetrokken “al dan niet teneinde hiermede de onjuiste prijsvermelding te remediëren”.

Beoordeling

8. Een vernietiging op grond van het eerste onderdeel, brengt verzoekster niets bij. Ook al zou de formele-motiveringsverplichting geschonden

zijn met betrekking tot de verhoging van de offerteprijs van de nv GOM en zou de verhoging ten onrechte zijn gebeurd, dan nog -des te meer zelfs- blijft de prijs van de offerte van de nv GOM lager dan de prijs in verzoeksters offerte.

Verzoekster is bijgevolg zonder belang bij het eerste onderdeel.

9. Die conclusie geldt eveneens voor het tweede onderdeel, in zoverre het doet gelden dat de verantwoording van het gunningsverslag niet voldoet.

In zoverre het onderdeel bedoelt aan te tonen dat verwerende partij onvoldoende zorgvuldig is omgesprongen met de abnormale prijszetting door de nv GOM, valt het samen met het derde onderdeel.

10. In het auditoraatsverslag wordt het derde onderdeel als volgt besproken:

“Vastgesteld wordt dat verzoekster selectief de posten uitzoekt waar tussenkomende partij een veel lagere eenheidsprijs geboden heeft dan zijzelf: zij komt dan uit op vijf posten die zij vergelijkt met de door haar geboden eenheidsprijzen, zij vindt haar prijzen normaal en derhalve zijn de prijzen van tussenkomende partij abnormaal laag, dat is de redenering van verzoekster.

Verzoekster staft haar redenering niet met een bewijs: het blijft bij een selectieve bewering.

Verzoekster heeft het niet over andere posten van ‘de diensten op uitvoeringsbevel’ zoals de posten inzake de normale en grondige schoonmaak van kamers (de posten 12 tot en met 19): zo is de prijs van [de tussenkomende partij] voor post 13: 3,9041 tegenover 11 van verzoekster, voor post 15: 4,7964 tegenover 16,5 van verzoekster, voor de posten 18 en 19: 15,7873 tegenover resp. 33 en 49,5 voor verzoekster; m.a.w. voor die posten zijn, in dezelfde redenering als die van verzoekster, de prijzen van tussenkomende partij normaal en die van verzoekster abnormaal laag tenzij de redenering zou zijn dat die van verzoekster normaal zijn en die van tussenkomende partij abnormaal hoog (?).

Hoe dan ook, blijktbaar varieert de prijszetting van partijen inzake de ‘diensten op uitvoeringsbevel’ sterk en naargelang men de ene of de andere post bekijkt is nu eens de prijs van verzoekster lager dan die van tussenkomende partij en dan weer de prijs van tussenkomende partij lager dan die van verzoekster: misschien is dat wel eigen aan de branche.

Het gaat echter niet op, zoals verzoekster doet, er selectief een paar

posten uit te pikken en dan te stellen dat haar prijzen normaal zijn en die van tussenkomende partij abnormaal laag en daaropvolgend verweerster aan te wrijven dat niet gezien te hebben en daaromtrent geen uitleg gevraagd te hebben aan tussenkomende partij.

Verzoekster dient alle posten aan eenzelfde (kritisch) onderzoek te onderwerpen -ook die posten waar haar prijzen veel lager zijn- en desgevallend daarenboven haar beweringen te staven met een verslag van een onafhankelijk deskundige, hetgeen zij niet gedaan heeft.

De beweringen van verzoekster lijden aan het euvel dat zij te selectief zijn”.

In de laatste memorie spreekt verzoekster een en ander niet tegen. Zij beperkt zich ertoe in haar standpunt te volharden.

In de gegeven omstandigheden ziet de Raad van State geen reden om de hiervoor aangehaalde redenen uit het auditoraatsverslag niet bij te vallen. Het derde onderdeel wordt op die grond verworpen.

11. Het vierde onderdeel klaagt een verschil in behandeling aan tussen de offerte van de nv GOM en die van de andere inschrijvers, in het bijzonder dan die van verzoekster: bij de regelmatigheidsbeoordeling en eventuele aanpassing van de offertes is niet eenzelfde zorgvuldigheid aan de dag gelegd.

Uit de bespreking van het derde onderdeel volgt dat niet is aangetoond dat er voor de aanbestedende overheid aanleiding toe was om de offerte van de nv GOM nader te onderzoeken wat een aantal zogenaamd “extreem lage eenheidsprijzen” voor “diensten op bevel” betreft en om ze om die reden onregelmatig te verklaren. De aanbestedende overheid is niet onzorgvuldig geweest door de offerte van de nv GOM als regelmatig te aanzien.

In dit licht komt de in het onderdeel aangevoerde schending van een gelijke behandeling van de nv GOM en verzoekster dan hierop neer dat verzoekster -voor zoveel zij effectief in een geval zou verkeren dat zich met dat van de nv GOM laat vergelijken- blijkbaar evengoed als die nv regelmatig moest zijn verklaard. Het is een vaststelling die, als meer gezegd, verzoekster niet

verder zou helpen, aangezien de door haar aangeboden offerteprijs hoger is dan de verbeterde offerteprijs van de nv GOM.

Ook het vierde en laatste onderdeel van het derde middel wordt verworpen.

B. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

12. Verzoekster voert in een vierde middel de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het materieel motiveringsbeginsel en van artikel 13b van het bestek, doordat het bestuur met het oog op de toetsing aan de kwalitatieve selectiecriteria bijkomende referenties heeft opgevraagd bij tussenkomende partij, zonder op afdoende wijze in de bestreden toewijzingsbeslissing, of eventueel in het gunningsverslag, te verantwoorden waarom het bestuur het nodig heeft geacht om de nv GOM toe te laten haar blijkbaar onvolledige offerte aan te vullen met bijkomende stukken, minstens waarom zo'n werkwijze de gelijkheid van de kandidaten niet doorbreekt.

Toegelicht wordt dat artikel 13b bepaalt dat om toegelaten te worden tot de deelneming aan huidige opdracht de dienstverleners de uitvoering moeten rechtvaardigen zonder onderaanneming tijdens de laatste drie jaren van twee soortgelijke schoonmaakcontracten als de onderhavige opdracht met een respectieve oppervlakte die tenminste gelijk is aan tweederde van de omvang van de onderhavige opdracht, en dat deze bestekbepaling spoort met artikel 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Het blijkt niet uit de gunningsbeslissing hoe het komt dat de offerte van de nv GOM als regelmatig is beschouwd hoewel haar initieel ingediende offerte niet voldeed aan het vereiste van de technische bekwaamheid. Maar ook uit het gunningsverslag blijkt niet waarom het bestuur de nv GOM nog een tweede kans zou moeten geven om haar toe te laten alsnog de referenties in te dienen nodig voor de beoordeling van de kwalitatieve selectie

van de opdracht. Nergens zijn de afdoende motieven te bespeuren “die verklaren waarom de offerte van GOM te dezen niet onregelmatig diende te worden verklaard zodat bijkomende inlichtingen moesten worden gevraagd”.

13. In de memorie van wederantwoord doet verzoekster nog gelden dat er geen wettelijke of reglementaire bepalingen zijn die het bestuur verplichten om de nv GOM een tweede kans te geven met betrekking tot de referenties nodig voor de beoordeling van de kwalitatieve selectie, dat aangezien het bestuur minstens een discretionaire beoordelingsbevoegdheid heeft, uit de bestreden beslissing of uit de stukken waarop die beslissing steunt, de verantwoording diende te blijken voor het geven van een tweede kans aan de nv GOM, en dat in zoverre het bestuur zich op een omzendbrief van 10 februari 1998 beroept, het niet volgens die omzendbrief heeft gehandeld.

Beoordeling

14. Met betrekking tot de kwalitatieve selectie, technische bekwaamheid, bepaalt artikel 13 van het bestek dat tot de deelneming aan de opdracht worden toegelaten: “de dienstverleners die, op de manier zoals voorzien in artikel 71, 2° van het KB van 8 januari 1996, de uitvoering rechtvaardigen zonder onderaanneming tijdens de laatste drie (3) jaren, van twee (2) soortgelijk(e) schoonmaakcontract(en) als de onderhavige opdracht met een respectieve oppervlakte die tenminste gelijk is aan tweederde (2/3) van de omvang van de onderhavige opdracht”. Onder “contracten van soortgelijke omvang” zijn te begrijpen contracten 1) met betrekking tot de schoonmaak van soortgelijke lokalen en installaties, 2) die de uitvoering van prestaties betreffen die minstens gelijksoortig van aard en frequentie zijn als deze in de opdracht (huishoudelijke schoonmaak). De vloeroppervlakte van de opdracht is die hernomen in bijlage G “Lijst van de betrokken kwartieren, militaire gebouwen en infrastructuur”.

Verzoekster betwist niet dat de nv GOM aan haar offerte “soortgelijk(e) schoonmaakcontract(en) als de onderhavige opdracht” heeft toegevoegd, weze het dat ze betrekking zouden hebben gehad op kleinere

oppervlakten. Verwerende partij heeft in die omstandigheden geoordeeld dat er aanleiding was om, zoals beschreven in de omzendbrief van 10 februari 1998 “Openbare aanbesteding - kwalitatieve selectie van ondernemers, van leveranciers en van dienstverleners”, aan de nv GOM bijkomende referenties te vragen met een schrijven van 17 augustus 2006. Zij heeft dat in het gunningsverslag ook expliciet tot uitdrukking gebracht door ter verantwoording van haar vraag met zoveel woorden naar de omzendbrief te verwijzen.

Volgens de omzendbrief beschikt, met het oog op het versterken van de mededinging, de aanbestedende overheid over de mogelijkheid om, ingeval de reeds ingediende bewijsstukken een eerste positieve beoordeling van de kandidaten of inschrijvers toelaten, aan de betrokkenen te vragen de ingediende bewijsstukken te vervolledigen.

Vermits de bedoelde bewijsstukken uitsluitend objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens inhouden, is dit als zodanig niet van aard de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang te brengen, op voorwaarde dat verwerende partij alle inschrijvers gelijk behandelt - wat hier niet betwist wordt.

15. Verzoekster is van de gegeven verantwoording perfect op de hoogte, getuige haar verzoekschrift waarin zij de betrokken passussen uit het gunningsverslag en de omzendbrief citeert. Zij kan dan ook niet worden gevolgd in zoverre zij in het middel aanvoert dat de motieven die verklaren waarom de offerte van de nv GOM niet onregelmatig wordt verklaard, “nergens te bespeuren zijn”.

In zoverre verzoekster tevens had willen vernemen waarom verwerende partij meende te mogen handelen als in de omzendbrief wordt beschreven, mist het middel grond en vraagt zij naar de motieven van de motieven.

De kritiek, ten slotte, in de memorie van wederantwoord dat “onduidelijk [is] hoe het bestuur op grond van de door GOM ingediende offerte een ‘eerste positieve beoordeling’ heeft doorgevoerd op basis van de ‘reeds

ingediende documenten” is te laat, want kon ook al in het verzoekschrift zijn aangebracht.

16. Na eerder het derde middel, wordt eveneens het vierde middel verworpen. Om de *sub* 6 uiteengezette reden is er grond om het beroep af te wijzen zonder dat nog het eerste en het tweede middel onderzocht hoeven te worden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 oktober 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest