

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.991 van 24 april 2012
in de zaak A. 196.159/XII-6167**

In zake: de NV MULTIPLE IMMO SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE RADIO- EN
TELEVISIEOMROEPORGANISATIE (VRT), naamloze
vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 april 2010, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het bestuur van de VRT van 9 maart 2010 [lees: 17 februari 2010] teneinde de overheidsopdracht voor aanneming van diensten betreffende de schoonmaak van het Amerikaans Theater (bestek TIG 0949) te gunnen aan de N.V. ISS, en de impliciete beslissing de voormelde opdracht niet aan de N.V. Multiple Immo Services te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 januari 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Van Noten, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D'Hooghe 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

3.1. De VRT schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor aan-neming van diensten, namelijk de schoonmaak van de gebouwen van het Amerikaans Theater te Brussel.

Op 16 december 2009 wordt de opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen bekendgemaakt.

3.2. Het bestek nr. TIG 0949 van 14 december 2009 is van toepassing.

Er zijn 5 gunningscriteria; het eerste gunningscriterium wordt in het bestek als volgt omschreven:

“1. Het aangeboden aantal uren van het uitvoerend personeel en van het toezichthoudend personeel en de hieruit voortvloeiende loonkost: 35 punten.

Het aantal aangeboden uren van iedere offerte zal vergeleken worden met een voorcalculatie over het aantal productie-uren die nodig zijn om een aanvaardbaar kwaliteitsniveau inzake schoonmaak in het VRT-omroepcentrum te bekomen. De voorcalculatie zal door een terzake bevoegd adviesbureau gebeuren.”

Ten aanzien van de opgegeven uren voor de afgevaardigde van de firma verduidelijkt het bestek:

“c) Personeel van de aannemer:

De aannemer is verantwoordelijk voor de goede uitvoering van de werken. Hij duidt een gemachtigde afgevaardigde aan (niet-meewerkend en dus niet mee te rekenen in het minimum door de firma gewaarborgde werkuren) die voor het goede verloop en het toezicht op de werken instaat en erop toeziet dat de bepalingen van de overeenkomst worden nageleefd.”

3.3. Op 26 januari 2010 dient verzoekende partij een offerte in.

3.4. Na onderzoek van de offertes worden de inschrijvers op 17 februari 2010, na toepassing van de gunningscriteria, als volgt in het verslag van nazicht van de offertes gerangschikt:

Nr.	Naam van de inschrijver	Score
8	ISS	91,73
4	Multiple Immo Services (MIS)	91,57
9	MisAnet	87,25
1	Cleaning Masters	82,68
5	GOM	74,50
3	ACS Cleaning	61,70
7	DEPLO Schoonmaak — Mister Clean Services	58,87

3.5. De beoordeling van de offertes van de eerste en tweede gerangschikte wordt volgens het verslag van nazicht wat het eerste gunningscriterium betreft als volgt doorgevoerd en gemotiveerd:

“5. Vergelijking van de offertes en voorstel van toewijzing.

Vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria. Score offertes per gunningscriterium:

Gunningscriterium nr. 1: Het aangeboden aantal uren van het uitvoerend personeel en van het toezichthoudend personeel en de hieruit voortvloeiende loonkost.

‘Beoordeling op 35 punten; detail weging: Het aantal aangeboden uren van iedere offerte zal vergeleken worden met een voorcalculatie over het aantal productie-uren die nodig zijn om een aanvaardbaar kwaliteitsniveau inzake schoonmaak van het Amerikaans Theater te bekomen.

De voorcalculatie zal door een terzake bevoegd adviesbureau gebeuren.’

Het aantal productie-uren dat door het bestuur nodig wordt geacht om een aanvaardbaar kwaliteitsniveau te bereiken inzake schoonmaak is 18 uur. Om tot een concrete vergelijking te komen van dit gunningscriterium wordt in eerste instantie het aangeboden aantal uren vergeleken met dit aantal uren, en wordt in 2^{de} instantie de onderling aangeboden dagtarieven met elkaar vergeleken. Dit resulteert in een score met een maximum van 35 indien 1 inschrijver op beide een maximum score behaalt.

Nr	Naam van de inschrijver	Motivatie	Score
[...]			
4	Multiple Immo Services (MIS)	16.36u per dag aan het aangeboden tarief	33,21
8	ISS	16u per dag aan het aangeboden tarief	32,87
[...]			

[...]”.

Het gunningsverslag besluit als volgt:

“Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het administratief en technisch nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, stelt de ontwerper voor de opdracht te gunnen aan de firma met de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) offerte, zijnde ISS, Steenstraat 20/1, 1800 Vilvoorde.”

3.6. Op 17 februari 2010 beslist verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan de nv ISS.

Bij aangetekend schrijven van 9 maart 2010 wordt de nv ISS ter kennis gebracht dat de overheidsopdracht aan haar wordt toegewezen. Tevens wordt per aangetekend schrijven van dezelfde datum aan verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht is toegewezen aan de nv ISS.

3.7. In een niet-vertrouwelijke brief van 17 maart 2010 schrijft de raadsman van verwerende partij aan de raadsman van verzoekende partij onder meer het volgende:

“Dat de uren toezichthoudend personeel niet werden in aanmerking genomen in het kader van de beoordeling van het eerste gunningcriterium, klopt, maar er werd voor geen enkel van de inschrijvers voor dit gunningcriterium rekening gehouden met het aantal uren dat ze toezichthoudend personeel inzetten. Niemand van de inschrijvers (ook uw cliënte niet) had immers een uurprijs meegedeeld voor het toezichthoudend personeel, zodat de aanbestedende overheid ook niet beschikte over alle vereiste gegevens m.b.t. het toezichthoudend personeel om hiermee rekening te kunnen houden in het kader van het eerste gunningcriterium. Alle inschrijvers zijn dan ook op dat vlak gelijk behandeld.

Dit betekent evenwel niet dat op geen enkele wijze rekening zou zijn gehouden met het aantal opgegeven uren voor het toezichthoudend personeel. Hiermee werd integendeel wel degelijk rekening gehouden in het kader van het derde gunningcriterium (kwaliteit van de samenstelling van de dagelijkse kuisploeg). Aangezien zowel de offerte van uw cliënte als de offerte van de weerhouden inschrijver ISS voor dit criterium als ‘zeer goed’ werden beschouwd, is het logisch dat beide inschrijvers voor dit criterium het cijfer 15 scoorden dat werd gekoppeld aan de beoordeling ‘zeer goed’. Het verschil van 1 kwartier aanwezigheid per dag van toezichthoudend personeel werd niet voldoende geacht om aan ISS de beoordeling te geven die een trap lager is met name ‘goed’ (10 punten).”

IV. Onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

4. In het eerste middel voert verzoekende partij de schending aan 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, de formele-motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het materiële-motiveringsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur met in het bijzonder het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het beginsel van gelijke behandeling der inschrijvers, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het Europese niet-discriminatie- en transparantiebeginsel.

Bij de beoordeling van de offertes werd, aldus verzoekende partij, door verwerende partij abstractie gemaakt van een duidelijk substantieel aspect van het eerste gunningscriterium zoals aangekondigd in het bestek namelijk het aantal uren aangeboden prestaties van het toezichthoudend personeel zodat een duidelijk positief element binnen de offerte van verzoekende partij niet werd verdisconteerd.

Verzoekende partij vervolgt dat de gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd en op objectieve en uniforme wijze moeten worden toegepast op alle inschrijvers. Het is de aanbestedende overheid niet toegelaten bepaalde deelaspecten van de gunningscriteria te verwerpen.

Bij het eerste gunningscriterium dient volgens het bestek rekening te worden gehouden met het in de offerte aangeboden aantal uren van het uitvoerend personeel en van het toezichthoudend personeel. Verwerende partij heeft echter bij de beoordeling van de offertes slechts rekening gehouden met de uren van het uitvoerend personeel en niet met die van het toezichthoudend personeel zodat de betekenis van het eerste gunningscriterium werd gewijzigd.

Verzoekende partij betoogt verder dat de uren toezichthoudend (en dus niet-meewerkend) personeel begrepen zijn in de prijszetting voor uitvoering (er is op de inventaris geen afzonderlijke post toezichthoudend personeel voorzien) en dus dienen te worden verrekend bij de uren van het uitvoerend personeel om samen de productie-uren te vormen.

Daar volgens het gunningsverslag het ijkpunt (de voorcalculatie inzake het optimale aantal productie-uren) 18 uur bedraagt, zou, mochten de vijf uren toezichthoudend personeel verrekend zijn, verzoekende partij 17,36 uur per dag geboden hebben (16,36 uur uitvoerend personeel plus 1 uur toezichthoudend personeel) en de nv ISS 16,75 uur (16 uur uitvoerend personeel plus 0,75 uur toezichthoudend personeel) wat zou resulteren in een hogere score voor verzoekende partij die aldus het ijkpunt dichter zou hebben benaderd en het uiteindelijke puntenverschil van 0,14 punten zou hebben overbrugd.

5. Verwerende partij merkt op dat het eerste gunningscriterium het heeft over productie-uren van het uitvoerend en het toezichthoudend personeel. Met productie-uren van het toezichthoudend personeel wordt bedoeld deze van de meewerkende ploegbaas; productie-uren zijn dus de uren die daadwerkelijk elke dag worden besteed aan het kuisen van de lokalen. De uren aanwezigheid van de niet-meewerkende afgevaardigde van de firma worden bij het eerste gunningscriterium niet in rekening gebracht omdat dit geen productie-uren zijn. Verwerende partij beroept zich hiervoor op een bepaling uit het bestek waarin wordt vermeld dat de opgegeven uren aanwezigheid van de niet-meewerkende afgevaardigde niet worden meegerekend in het minimum door de firma gewaarborgde werkuren. Vandaar ook, zo vervolgt verwerende partij, dat de uren aanwezigheid van de afgevaardigde ook apart dienden te worden weergegeven bij de opgave van het aantal werkuren in het verplicht aan de offerte toegevoegde formulier “model van omschrijving minimum gewaarborgde werkuren”.

Het aantal uren aanwezigheid van de afgevaardigde is wel van belang bij de beoordeling van het derde gunningscriterium “kwaliteit van de samenstelling van de dagelijkse kuisploeg”. In het gunningsverslag worden deze uren expliciet mee beoordeeld.

6. Verzoekende partij repliceert dat onder toezichthoudend personeel ontegensprekelijk de afgevaardigde dient te worden begrepen. Voorts beklemtoont zij dat onder productie-uren ook de uren van de afgevaardigde dient te worden verstaan daar dit uren zijn waarop deze effectief op de werf aanwezig is. Niet-productie-uren zijn volgens verzoekende partij “die uren dat een schoonmaakfirma spendeert aan het opmaken van reinigingsschema’s, project-

gerelateerde boekhouding, personeelsbeheer, e.a.”, met andere woorden “uren die als impliciete kost geen onmiddellijke prestaties opleveren op de werf”.

7. In haar laatste memorie beklemtoont verwerende partij dat de uren toezichthoudend personeel zoals bedoeld in het eerste gunningscriterium geen uitstaans hebben met de uren afgevaardigde van de firma.

Beoordeling

8. Het eerste gunningscriterium heeft het over het aangeboden aantal uren van het uitvoerend personeel en van het toezichthoudend personeel en de hieruit voortvloeiende loonkost; de puntentoekenning gebeurt onder meer aan de hand van een verondersteld “aantal productie-uren die nodig zijn om een aanvaardbaar kwaliteitsniveau [...] inzake schoonmaak te bekomen”.

Volgens verwerende partij in haar memorie van antwoord is als toezichthoudend personeel te beschouwen de meewerkende ploegbaas en niet de afgevaardigde van de firma. Volgens verzoekende partij behoort de afgevaardigde wél tot het toezichthoudend personeel.

9. De puntentoekenning voor het eerste gunningscriterium bestaat uit twee gedeelten; enerzijds worden punten toegekend in de mate dat een inschrijver een aantal productie-uren aanbiedt dat het verondersteld “aantal productie-uren die nodig zijn om een aanvaardbaar kwaliteitsniveau [...] inzake schoonmaak te bekomen”, dit is 18 uur, benadert, anderzijds zijn er punten voor de loonkost.

Wat de puntentoekenning voor het aantal productie-uren betreft heeft verwerende partij zich beperkt tot de uren van het uitvoerend personeel, ploegbaas inbegrepen. Wat de loonkost betreft heeft verwerende partij de totale geboden prijs genomen en daarvan de door de inschrijvers opgegeven kostprijs voor producten en materieel afgetrokken; het aldus verkregen bedrag wordt in het administratief dossier “werk kostprijs personeel/jaar” benoemd; dit bedrag wordt gedeeld door de zogenaamde productie-uren vermeerderd met de uren beglazing, alles op jaarbasis, waarna het verkregen quotiënt, de zogenaamde “kostprijs/u

uitvoering” globaal uurtarief, vermenigvuldigd wordt met de “productie-uren” per dag zodat de personeelskostprijs per uur voor de gehele onderneming zou worden verkregen.

10. In de brief van 17 maart 2010 geeft de raadsman van verwerende partij toe dat de uren van het toezichthoudend personeel, verstaan als uren van de afgevaardigde van de onderneming, niet in de beoordeling van het eerste gunningscriterium werden meegeteld en dit om reden dat geen der inschrijvers een uurprijs voor het toezichthoudend personeel had medegedeeld.

De meetstaat veronderstelt echter dat er globale prijzen worden gegeven per lokaal. Er wordt niet gevraagd dat er afzonderlijke prijzen voor het toezicht worden gegeven. Dit argument van verwerende partij gaat dus niet op.

11. In haar memorie van wederantwoord en laatste memorie merkt verwerende partij dan weer op dat volgens de letter van het bestek het eerste gunningscriterium handelt over productie-uren, dit wil zeggen uren besteed aan het effectief reinigen. De uren van een meewerkende ploegbaas zijn volgens verwerende partij productie-uren, die van de afgevaardigde niet. Ter adstructie van deze stelling verwijst verwerende partij naar een andere besteksbepalingswaarin wordt vermeld dat de uren aanwezigheid van de niet-meewerkende afgevaardigde niet worden meegerekend in het minimum door de inschrijver gewaarborgde werkuren.

Ook deze stelling kan niet worden aanvaard.

In de eerste plaats vermeldt het bestek bij de omschrijving van het eerste gunningscriterium dat het gaat over het aangeboden aantal uren van het uitvoerend personeel en van het toezichthoudend personeel en de hieruit voortvloeiende loonkost. Vast staat dat de afgevaardigde van de onderneming een toezichtstaak heeft; zo wordt in het bestek (artikel II.9, c) uitdrukkelijk bepaald dat de afgevaardigde voor het toezicht op de werken instaat. Voorts is de loonkost die bij de berekening van het tweede gedeelte van het gunningscriterium werd betrokken, alle loonkost, ook die van het toezichthoudend personeel, dit laatste begrepen als de uren van de niet-meewerkende afgevaardigde.

De besteksbepaling waarin wordt vermeld dat de uren aanwezigheid van de niet-meewerkende afgevaardigde niet worden meegerekend in het minimum door de firma gewaarborgde werkuren, geeft geen uitsluitel over de betwisting. Op het formulier, gevoegd als bijlage bij de offerte, waarop de inschrijvers een omschrijving van de minimum gewaarborgde werkuren moeten vermelden, is er ruimte voorzien voor de uren van het uitvoerend personeel (ploegbaas inbegrepen), uren voor de beglazing en uren voor de afgevaardigde van de firma; hieruit kan niet worden afgeleid dat de uren van de afgevaardigde niet meegeteld mogen worden bij de werkuren, integendeel. Verwerende partij kan dan ook niet op goede grond staande houden dat bij het eerste gunningscriterium de uren van de afgevaardigde niet moeten worden gerekend bij de uren toezicht zoals vermeld in de omschrijving van dit gunningscriterium.

12. De Raad van State neemt dan ook voor recht aan dat bij de bepaling van het aantal productie-uren in het kader van de beoordeling van de offertes aan de hand van het eerste gunningscriterium de uren van de afgevaardigde dienden te worden meegerekend, wat verwerende partij nagelaten heeft te doen.

Aldus staat niet langer vast dat de opdracht werd toegewezen aan de inschrijver die de meest voordelige regelmatige offerte had ingediend, rekening houdende met de gunningscriteria.

Het eerste middelonderdeel is in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de VRT van 17 februari 2010 waarbij de opdracht voor aanneming van diensten voor de schoonmaak van het Amerikaans Theater (bestek TIG 0949) wordt gegund aan de nv ISS en de impliciete beslissing de voormelde opdracht niet aan de nv Multiple Immo Services te gunnen.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 april 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest