

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.751 van 14 juni 2012
in de zaak A. 188.941/XII-5500**

In zake: de NV GLANET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Ghysels
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te 3001 Heverlee
Industrieweg 4 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA A.I.R.A. CLEANING SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrik De Maeyer
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 juli 2008, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- de beslissing van de Belgische staat, Federale Overheidsdienst
Binnenlandse Zaken, Dienst Vreemdelingenzaken, [...] betreffende de
openbare aanbesteding TC127/Onderhoud/2007 voor het reinigen van de

lokalen van het Transitcentrum 127 te Melsbroek, [...] ertoe strekkende de voormelde opdracht te gunnen aan de firma AIRA Cleaning Services [...];
- de minstens impliciete beslissing, begrepen in voormelde beslissing, om de opdracht niet te gunnen aan [de nv Glanet]”.

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.

De bvba A.I.R.A. Cleaning Services heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 16 september 2008, zoals verbeterd door de beschikking van 3 november 2008. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 februari 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stephan Wyckaert, die loco advocaat Jan Ghysels verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Hans-Kristof Carême, die loco advocaat Peter Luypaers verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Kristel Boels, die loco advocaat Patrik De Maeyer verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest andersluidend 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 FOD Binnenlandse Zaken schrijft een overheidsopdracht uit, onder de vorm van een openbare aanbesteding, voor het reinigen van lokalen en aanverwanten van het Transitcentrum 127 te Melsbroek.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 januari 2008.

3.2. Op 17 maart 2008 worden de offertes geopend. Zeven inschrijvers hebben een offerte ingediend voor de bedragen btw niet inbegrepen:

- Activa Cleaning Services	106.730,62 euro,
- A.I.R.A. Cleaning Services	83.304,68 euro,
- AGOM	116.467,70 euro,
- Köse Cleaning	101.555,76 euro,
- ISS	106.909,10 euro,
- Schoonmaakbedrijf Glanet	98.699,40 euro,
- A. Crabeels & Zn.	122.140,51 euro.

3.3. Er wordt een gunningsverslag opgesteld waarin wordt besloten dat de opdracht dient te worden gegund aan de bvba A.I.R.A. Cleaning Services. Dit verslag luidt:

“1. Nazicht van de ingediende offertes:

Alle andere inschrijvers zijn administratief conform de vereisten vermeld in het bestek. [sic]

2. Analyse van het enige gunningscriterium (prijs):

Firma	Ingediende jaarprijs excl. btw	Ingediende jaarprijs incl. btw
AGOM	€ 116.467,70	€ 140.925,92
AIRA Cleaning Services	€ 83.304,68	€ 100.798,66
Schoonmaakbedrijf Glanet	€ 98.699,40	€ 119.426,27
Köse Cleaning	€ 101.555,76	€ 122.882,47
ISS	€ 106.909,10	€ 129.360,01
A Crabeels & Zn	€ 122.140,51	€ 147.790,01
Activa Cleaning Services	€ 106.730,62	€ 129.144,05

3. Conclusie:

Uit het bovenstaande blijkt dat de firma AIRA Cleaning Services uit Luik de goedkoopste offerte heeft ingediend. Bovendien is deze firma volledig administratief conform. Het contract wordt dan ook gegund aan de firma AIRA Cleaning voor een periode van één jaar, maximaal driemaal stilzwijgend verlengbaar voor de periode van één jaar”.

3.4. Met een schrijven van 15 mei 2008 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. Verwerende partij en tussenkomende partij betwisten de ontvankelijkheid van het beroep in zoverre het is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen.

4.2. Deze exceptie kan niet worden aanvaard. In beginsel staat het impliciete karakter van de beslissing om niet aan verzoekende partij toe te wijzen, de aanvechtbaarheid van die beslissing niet in de weg. In zoverre verzoekende partij evenwel zou menen dat uit een eventuele nietigverklaring van de impliciete weigering voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven -in dit geval de gunning- wordt zij niet bijgevalen. Wat de overheid na de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing op grond van het arrest

inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt immers af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het gegrond bevonden middel.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5.1. In een enig middel roept verzoekende partij de schending in van “artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten [...], artikel 69,4° en 110, §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken [...], van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het beginsel dat overheidshandelingen gesteund moeten zijn op juiste en in rechte aanvaardbare motieven, de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...], in het bijzonder de artikelen 2 en 3 en de materiële motiveringsplicht, de schending van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités; dit alles samengenomen met de schending van het bijzonder bestek voor de huidige overheidsopdracht nr. TC127/Onderhoud/OA/2007, inzonderheid de uitsluitingscriteria vermeld onder artikel 12.1.1. van het bestek (pagina’s 7 en 8 en in het bijzonder het vierde uitsluitingscriterium) en de daarin bedoelde conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie, in het bijzonder verdrag nr. 26 en met de schending van de CAO (collectieve arbeidsovereenkomst) van 3 mei 2007, gesloten in het Paritair Comité voor de schoonmaak- en ontsmettingsondernemingen, betreffende de lonen, loontoeslagen en premies, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 10 maart 2008”.

Verzoekende partij brengt haar grieven aan in vijf middelonderdelen.

5.2. In een eerste onderdeel voert zij aan dat artikel 15 van de wet van 24 december 1993 bepaalt dat in geval van een aanbestedingsprocedure de opdracht moet worden gegund aan de laagste “regelmatige” inschrijving, wat impliceert dat deze inschrijving geen abnormale prijzen mag bevatten. Een inschrijving die een prijs bevat die onwettig is omdat hij beneden een op grond van wetkrachtige bepalingen vastgestelde minimumprijs ligt, moet in ieder geval als abnormaal worden beschouwd. Dit is het geval wanneer wordt gewerkt met lonen die onaanvaardbaar zijn omdat zij beneden de minimumgrens liggen bepaald bij collectieve arbeidsovereenkomst. De offerte van tussenkomende partij bevat dergelijke lonen. Ten onrechte heeft verwerende partij dan ook geen toepassing gemaakt van de procedure voorzien in artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

De inschrijving van tussenkomende partij is volgens verzoekende partij onregelmatig omdat zij steunt op lonen die lager liggen dan de minimumlonen vastgesteld bij collectieve arbeidsovereenkomst van 3 mei 2007 voor de schoonmaaksector, gesloten binnen de “Algemene Belgische Schoonmaak- en Ontsmettingsunie”. Volgens de berekening van verzoekende partij, gesteund op de technische voorschriften van het bestek, vertegenwoordigt de opdracht een totaal van 4.120 uren. Tussenkomende partij rekende 83.304,68 euro aan, wat, rekening houdend met het totaal aantal uren van 4.120, op een gemiddelde van 20,21 euro per uur neerkomt. Verzoekende partij rekent in totaal 15.394 euro meer aan dan tussenkomende partij. Zelfs indien men rekening houdt met het Activaplan, waarvan het maximum prijsvoordeel geschat kan worden op 12.000 euro, liggen de prijzen van tussenkomende partij nog 3.394 euro onder de CAO, zodat zij onwettig zijn. De offerte van tussenkomende partij had dan ook buiten beschouwing moeten worden gelaten, minstens had ze aanleiding moeten geven tot een vraag om prijsverantwoording.

5.3. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel werd geschonden doordat verwerende partij op grond van dit beginsel bij het onderzoek van de prijzen tot taak heeft na te gaan of er

geen abnormale prijzen zijn en in voorkomend geval moet handelen overeenkomstig het voormelde artikel 110, § 3.

Verwerende partij had moeten onderzoeken welke lonen gehanteerd moesten worden op grond van de toepasselijke CAO en zij had op grond van artikel 110, § 3, een prijsverantwoording moeten vragen aan tussenkomende partij en daaropvolgend de offerte van tussenkomende partij moeten weren.

5.4. In een derde onderdeel betoogt verzoekende partij dat, zelfs indien verwerende partij niet verplicht zou zijn een rechtvaardiging te vragen op grond van artikel 110, § 3, zij onredelijk heeft gehandeld aangezien een onwettige prijs in elk geval abnormaal is en zij in elk geval om een opheldering had moeten vragen.

5.5. In een vierde onderdeel stelt verzoekende partij dat verwerende partij, door de opdracht te gunnen aan een inschrijver die te lage en dus onwettige minimumlonen heeft gehanteerd, haar beslissing steunt op motieven die niet in rechte aanvaardbaar zijn.

5.6. In een vijfde en laatste onderdeel wijst verzoekende partij erop dat in het gunningsverslag de offerte van tussenkomende partij ten onrechte volledig administratief conform wordt verklaard. Een motivering die voorbijgaat aan het gegeven dat de offerte van tussenkomende partij, die steunt op onwettige prijzen/lonen, door een onregelmatigheid is aangetast en in weerwil van die onregelmatigheid als “administratief conform” wordt bestempeld, kan niet als afdoende worden beschouwd in de zin van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991.

6. Verwerende partij betwist in haar memorie van antwoord de stelling van verzoekende partij dat de offerte van tussenkomende partij abnormale prijzen bevat in de vorm van lonen beneden het minimumloon. In een betoog geïllustreerd met cijfermateriaal zet zij uiteen waarom de offerte van tussen-

komende partij niet als onregelmatig diende te worden beschouwd. Verwerende partij wijst erop dat zij contact heeft genomen met tussenkomende partij over het Activaplan en haar prijzen. Zij wijst er eveneens op dat verzoekende partij nalaat om aan te duiden welke prijs volgens haar wel een normale prijs, dan wel uurloon zou zijn.

Aangezien de premisse van het middel niet klopt, is het middel meteen in al zijn onderdelen niet gegrond, aldus verwerende partij.

7. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij dat, zodra verwerende partij vaststelde dat tussenkomende partij de betrokken opdracht onmogelijk aan de opgegeven prijzen kon uitvoeren, zij opheldering had moeten vragen. Verwerende partij zegt wel dat zij tussenkomende partij toelichting heeft gevraagd over haar prijzen, maar dit kan volgens verzoekende partij niet ernstig zijn gebeurd. Er is geen spoor van terug te vinden in het gunningsverslag.

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

9. Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt in zijn op deze zaak toepasselijke versie als volgt:

“§ 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.

Tijdens het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen, kan de aanbestedende overheid motiveringen in aanmerking nemen die zijn

gebaseerd op objectieve factoren steunend op de zuinigheid van het bouw- of produktieprocédé of van de dienstverlening, of op de gekozen technische oplossingen, of op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren voor de uitvoering van de opdracht of op de originaliteit van het produkt, het ontwerp of het werk dat de inschrijver aanbiedt”.

10. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen zoals bepaald door het aangehaalde artikel 110, § 3, beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om al dan niet een onderzoek naar abnormale prijzen te starten en een prijsverantwoording te vragen. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

Aangezien de offerte van tussenkomende partij niet werd afgewezen op grond van abnormale prijzen, was de aanbestedende overheid in dit 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 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.

11. Uit het administratief dossier blijkt dat de offerte van tussenkomende partij met een totaalprijs van 83.304,68 euro, btw niet inbegrepen, meer dan een vijfde lager ligt dan het gemiddelde van de overige offertes en 15.394,72 euro lager dan de tweede laagste offerte, wat gelet op de geboden prijzen een substantieel prijsverschil is.

Van een zorgvuldig handelende overheid mag worden verwacht dat zij dergelijk verschil - waarover minstens een schijn van abnormaliteit hangt

en dienvolgens een vermoeden van onregelmatigheid van de offerte - niet onopgemerkt en onbesproken laat en zorgvuldig onderzoekt.

12. Uit het administratief dossier en de uiteenzetting in de memorie van antwoord blijkt dat verwerende partij mondeling tijdens een onderhoud tussen de aanbestedende overheid en tussenkomende partij uitleg heeft gevraagd over de prijs, meer in het bijzonder over het percentage sociale lasten; dit blijkt normaliter 98,30 % te bedragen van de aan het personeel toegekende bezoldigingen terwijl in de offerte van tussenkomende partij een percentage van 88 % wordt vermeld.

De uitleg van tussenkomende partij zoals opgenomen in het administratief dossier is beperkt tot een brief aan de aanbestedende overheid met “officiële documenten van Sociale Zekerheid en VDAB” en dit “met betrekking tot de voordelen van werking met ‘Activa Plan’” waarbij er een reductie van de sociale lasten optreedt. Deze “officiële documenten” - het blijkt te gaan om een afdruk van enkele vrij raadpleegbare webpagina's van de VDAB en om een korte, algemene nota van de RSZ die bovendien blijkbaar is gericht aan gemeentebesturen - zijn beperkt tot een summiere weergave van de algemene voorwaarden waaronder toepassing kan worden gemaakt van het “Activa Plan”. Deze documenten zijn niet geïndividualiseerd naar of toegespitst op de situatie van tussenkomende partij noch blijken ze een aanvraag tot toepassing van dit plan in te houden zodat helemaal niet duidelijk is in hoeverre tussenkomende partij een beroep deed of zelfs maar in aanmerking kwam voor de toepassing van dit plan in het kader van de betrokken overheidsopdracht en hoe dit plan de aanzienlijk lagere totaalprijs van tussenkomende partij in concreto verklaart. Verwerende partij is de perken van een zorgvuldige beoordeling te buiten gegaan door deze oppervlakkige en vrijblijvende uitleg als afdoende te beschouwen in het kader van haar onderzoek naar de regelmatigheid van de offerte van tussenkomende partij.

Het middel is dan ook gegrond in zoverre een schending van de zorgvuldigheidsplicht wordt aangevoerd.

13. Voorts valt op te merken dat in het gunningsverslag, wat de regelmatigheid van de offertes betreft, omtrent dit alles enkel de volgende korte vermelding is opgenomen:

“1. Nazicht van de ingediende offertes
Alle andere inschrijvers zijn administratief conform de vereisten vermeld in het bestek.”

Uit het voorgaande volgt dan ook dat noch uit het gunningsverslag, noch uit een ander stuk van het administratief dossier de rechtens vereiste materiële grondslag blijkt die aan verwerende partij toestond om te besluiten dat de offerte van tussenkomende partij zonder meer als regelmatig mocht worden beschouwd en verder in de gunningsprocedure mocht worden betrokken.

In zoverre ligt dan ook eveneens een schending van de materiële motiveringsplicht voor.

14. Aldus staat niet langer vast dat de opdracht werd toegewezen aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte.

Het middel is in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Belgische staat, Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, Dienst Vreemdelingenzaken, om de openbare aanbesteding “TC127/Onderhoud/2007 voor het reinigen van de lokalen van het Transitcentrum 127 te Melsbroek” te gunnen aan de bvba A.I.R.A. Cleaning Services, alsook de impliciete beslissing om deze opdracht niet te gunnen aan de nv Glanet.

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

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 juni 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest