

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.797 van 24 september 2013
in de zaak A. 210.130/XII-7445**

In zake: de NV ISS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD OOSTENDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA M&G CLEANING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marie Vastmans
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 september 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 19 augustus 2013 waarmee de opdracht voor het schoonmaken van diverse gebouwen tot 31 juli 2015 –bijzonder bestek nr. 150.D.105– wordt gegund aan M&G Cleaning bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 september 2013 heeft de bvba M&G Cleaning gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 september 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Kristel Boels, die loco advocaat Marie Vastmans verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van diensten, met als voorwerp “Schoonmaak van diverse gebouwen tot 31 juli 2015”.

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 777.101,96 euro, btw niet inbegrepen, of 940.293,37 euro, btw inbegrepen.

3.2 De aankondiging van de opdracht wordt op 4 maart 2013 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 12 maart 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie. Een kennisgeving van aanvullende informatie, informatie over een onvolledige procedure of rectificatie wordt op 26 april 2013 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 30 april 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie. Op 6 juni 2013 wordt de aankondiging als erratum nogmaals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 11 juni 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie. De datum voor het indienen van de offertes werd gewijzigd en verwezen naar een erratum bestek. Met brieven gedateerd 7 juni 2013 worden deze errata en de nieuwe datum van opening van de offertes meegedeeld aan de ondernemingen die het bestek hadden ontvangen.

3.3. Op deze opdracht is het bijzonder bestek ref. 150.D.105 van toepassing.

Artikel I.5 betreft de kwalitatieve selectie en bepaalt dat het offerteformulier “moet vergezeld zijn” van de vervolgens opgesomde bewijsstukken. Inzake de technische bekwaamheid worden de volgende selectiecriteria bepaald:

“Technische bekwaamheid van de inschrijver - vereiste bewijsstukken (selectiecriteria)

* Een VCA-certificaat (Veiligheid, gezondheid en milieu Checklist Aannemers) ten bewijze dat de firma voldoet aan de minimumeisen op het gebied van veiligheid, gezondheid en milieu of een gelijkwaardig document voor buitenlandse inschrijvers of een BeSaCC-attest (Belgium Safety Criteria for Contractors);

* Een lijst van diensten van minstens 2 opdrachten van minstens 150.000,00 euro, btw niet inbegrepen op jaarbasis uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar, met vermelding van bedrag en datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren:

a) indien het diensten aan overheden betreft, worden de diensten aangetoond door certificaten met vermelding van bedrag en datum die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of goedgekeurd;

b) indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden de diensten aangetoond door certificaten met vermelding van bedrag en datum opgesteld door deze personen of, bij ontstentenis, door een verklaring van de dienstverlener;

* Een geldig ISO 9001 (versie 2008) of ISO 9002 of ISO 14001 certificaat, of een verklaring of bewijzen inzake gelijkaardige maatregelen op het gebied van kwaliteitsbewaking”.

Dezelfde bewijsstukken worden ook vereist in punt III.2.3) van de aankondiging.

Het bestek noch de aankondiging stellen eisen inzake economische en financiële draagkracht.

3.4 Op 26 juni 2013 vindt de opening van de offertes plaats. De volgende zes inschrijvers blijken een offerte te hebben ingediend: 1° de nv ISS, die met 524.678,07 euro, btw inbegrepen maar exclusief opties, de derde goedkoopste offerte indient; 2° de nv Cleaning Masters; 3° de nv Ariël Facilitaire Diensten; 4° de bvba M&G Cleaning, die met 416.240,27 euro, btw inbegrepen maar exclusief opties, de goedkoopste offerte indient, 5° de nv Jette Clean, die met 449.357,12 euro, btw inbegrepen maar exclusief opties, de tweede goedkoopste offerte indient, en 6° de nv Köse Cleaning:

“

Nr.	Naam	[...]	[...]	Prijs incl. btw*	[...]
1	ISS nv			524.678,07 euro	
2	Cleaning Masters nv			891.986,25 euro	
3	Ariël Facilitaire Diensten nv			540.834,34 euro	
4	M&G Cleaning bvba			416.240,27 euro	
5	Jette Clean nv			449.357,12 euro	
6	Köse Cleaning nv			526.233,42 euro	

*Exclusief opties”.

3.5 In het kader van het onderzoek van de offertes deelt verwerende partij bij brieven gedateerd 25 juli 2013 aan alle inschrijvers behalve de nv Cleaning Masters mee dat bepaalde door hen ingediende documenten afwijken van de bestekvereisten. Zo worden telkens onder meer opmerkingen gemaakt inzake de vereiste referenties. Al deze inschrijvers worden uitgenodigd ten spoedigste en uiterlijk binnen 15 kalenderdagen na postdatum nieuwe documenten

te bezorgen die aan alle vereisten van het bestek voldoen. Alle inschrijvers antwoorden op deze vraag en dienen bijkomende stukken mee.

Bij brief gedateerd 25 juli 2013 deelt verwerende partij aldus aan verzoekende partij mee:

“Op 25 juni 2013 heeft u bij ons bestuur een offerte ingediend voor voornoemde overheidsopdracht.

De volgende door u ingediende documenten wijken af van de bestekvereisten:

Uit de ingediende lijst van referenties kan niet ondubbelzinnig worden afgeleid dat het over opdrachten gaat van minstens 150.000,00 euro, btw niet inbegrepen op jaarbasis, het zakencijfer wordt opgegeven zonder specificering of dit het zakencijfer op jaarbasis is dan wel voor de volledige duur van de opdracht. Glaswas maakt geen voorwerp uit van huidige opdracht, de vermelde referenties inzake glaswas kunnen dan ook niet aanvaard worden. De ingediende tevredenheidsattesten kunnen niet aanvaard worden omdat het uitgevoerde bedrag en de uitvoeringsperiode niet vermeld zijn op deze attesten.

Hierbij verzoeken wij u ons ten spoedigste en uiterlijk binnen de 15 kalenderdagen na postdatum van onderhavige brief nieuwe documenten, die aan alle vereisten van het bestek voldoen, per e-mail (overheidsopdrachten@oostende.be) te bezorgen en deze binnen de 4 kalenderdagen per aangetekend schrijven te bevestigen.

Voor de beoordeling van de tijdigheid houden wij rekening met de maildatum en de postdatum van de antwoordbrief”.

Bij brief gedateerd 6 augustus 2013 antwoordt verzoekende partij:

“In antwoord op uw vraagstelling kunnen wij u bevestigen dat de vernoemde bedragen wel degelijk jaarbedragen zijn excl. btw en kan eveneens gecontroleerd worden bij de contactpersonen vermeld op attesten.

Gezien dit niet op de bijgevoegde attesten is vermeld, sturen wij u in bijlage 3 referenties van andere schoonmaakopdrachten waar wel degelijk de jaarprijs is vermeld”.

Bij brief gedateerd 25 juli 2013 wordt ook aan de nv M&G Cleaning onder meer meegedeeld dat uit de ingediende lijst van referenties niet ondubbelzinnig kan worden afgeleid dat het over opdrachten gaat van minstens 150.000,00 euro, btw niet inbegrepen op jaarbasis - er wordt volgens die brief een bedrag opgegeven zonder specificering of dit het uitvoeringsbedrag op jaarbasis is dan wel voor de volledige duur van de opdracht, dat glaswas en ramen niet het voorwerp uitmaken van de opdracht zodat de referenties inzake glaswas en ramen dan ook niet kunnen worden aanvaard, en dat twee attesten niet worden aanvaard wegens een te korte uitvoeringstermijn. Ook zij wordt verzocht ten spoedigste en uiterlijk binnen de 15 kalenderdagen na postdatum van onderhavige brief nieuwe documenten, die aan alle vereisten van het bestek voldoen, per e-mail te bezorgen en deze binnen de 4 kalenderdagen per aangetekend schrijven te bevestigen.

Er wordt geantwoord met brieven gedateerd 31 juli 2013 en 7 augustus 2013.

3.6. Op 12 augustus 2013 wordt een verslag van nazicht opgesteld. Daarin worden alle inschrijvers behalve de nv Jette Clean geselecteerd. Al deze offertes worden regelmatig bevonden en de volgende finale rangschikking volgens prijs inclusief btw wordt opgesteld:

“

Nr.	Naam	Prijs incl. btw*
4	M&G Cleaning bvba	416.240,27 euro
1	ISS nv	524.678,07 euro
6	Köse Cleaning nv	526.233,42 euro
3	Ariël Facilitaire Diensten nv	540.834,34 euro
2	Cleaning Masters nv	891.986,25 euro

*Nagerekende bedragen”

3.7. Bij beslissing van 19 augustus 2013 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Oostende dit verslag van nazicht goed en gunt het college de opdracht aan bvba M&G Cleaning tegen de voorwaarden van die offerte maar met beperking van het bestelbedrag tot 478.676, 30 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Bij blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 22 augustus 2013 en volgens die brief ook bij e-mail deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan een andere inschrijver. Kopie van de gemotiveerde gunningsbeslissing en van het verslag van nazicht worden bijgevoegd en er wordt verwezen naar de wachtperiode van 15 dagen.

3.9. In een brief van 30 augustus 2013 formuleert de raadsman van verzoekende partij een aantal wettigheidskritieken en vraagt hij hierover uiterlijk op 3 september 2013 om 12 u formeel standpunt in te nemen. Hierop wordt niet geantwoord volgens de nota omdat inmiddels de vordering tot schorsing was ingediend.

3.10. De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 6 september 2013.

IV. Tussenkoms

4. Verzoekende partij tot tussenkoms blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. Verzoekende partij verwoordt een eerste middel als volgt:

“Schending van artikel 15 van de Wet van 24 december 1993, van de artikelen 72, §4 en 110, §1 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, schending van het gelijkheidsbeginsel, schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van het zorgvuldigheidsbeginsel

Doordat uit het Verslag van Nazicht blijkt dat de offerte die werd ingediend door [de bvba M&G Cleaning], niet de referenties bevatte die door het Bestek waren vereist;

Doordat, na de opening van de offertes, Verwerende Partij heeft toegelaten dat [de bvba M&G Cleaning] nieuwe referenties heeft voorgelegd die door Verwerende Partij als aanvaardbare documenten werden gekwalificeerd;

Terwijl: eerste onderdeel, artikel 72, §4 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 enkel voorziet dat inschrijvers enkel de reeds bij hun offerte gevoegde getuigschriften en documenten kunnen aanvullen of toelichten, doch geen nieuwe getuigschriften of referenties kunnen indienen;

Terwijl door aldus te handelen, Verwerende Partij voormeld artikel 72, §4 en het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden;

Terwijl: tweede onderdeel, Verwerende Partij de door [de bvba M&G Cleaning] voorgelegde referenties kennelijk niet op een ernstige en zorgvuldige wijze heeft onderzocht, nu Verzoekende Partij [lees de bvba M&G Cleaning] immers, enerzijds, in de boekjaren 2010 en 2011 een omzet van EUR 500.614,00, respectievelijk EUR 600.794,00 heeft gerealiseerd, waarbij het zeer onwaarschijnlijk is dat twee overeenkomsten bijgevolg meer dan 50% van de omzet van [de bvba M&G Cleaning] zouden vertegenwoordigen;

Terwijl bovendien, voor het boekjaar 2010, [de bvba M&G Cleaning], op basis van haar sociale balans, slechts over vier fulltime equivalenten in haar werknemersbestand beschikte en in het boekjaar 2011 zelfs over geen enkele werknemer beschikte, zodat de vraag rijst met welke personele middelen de omzet werd verwezenlijkt;

Terwijl Verwerende Partij bij de analyse van de offerte van [de bvba M&G Cleaning] aan deze *prima facie* onverklaarbare elementen volledig is voorbijgegaan;

Zodat bijgevolg de Bestreden Beslissing artikel 72, §4 en artikel 110, §1 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 schendt, alsmede het gelijkheidsbeginsel en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti* en het zorgvuldigheidsbeginsel; dat bovendien artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 is geschonden, nu de opdracht niet is toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend”.

Ter terechtzitting doet verzoekende partij afstand van het eerste onderdeel van het middel.

Beoordeling

7. In het verslag van nazicht dat door de bestreden beslissing werd goedgekeurd, wordt geoordeeld:

“3. Kwalitatieve selectie van de inschrijvers

[...]

Samenvatting van het nazicht van de inschrijvers

Naam	Tijdig	RSZ	Btw + bel.*	Jur. ¹	Fin. ²	Techn. ³
Cleaning Masters nv	Ja	OK	OK	OK	nvt	OK
Ariël Facilitaire Diensten nv	Ja	OK	OK	OK	nvt	OK
ISS nv	Ja	OK	OK	OK	nvt	OK
M&G Cleaning bvba	Ja	OK	OK	OK	nvt	OK
Jette clean nv	Ja	OK	OK	OK	nvt	Niet OK
Köse Cleaning nv	Ja	OK	OK	OK	nvt	OK

* Btw + belastingen

¹ Juridische situatie

² Economische en financiële draagkracht

³ Technische bekwaamheid

Besluit van de kwalitatieve selectie

[...]

Volgende inschrijvers worden geselecteerd omdat eventuele tekortkomingen niet essentieel zijn:

Naam	Motivering
Cleaning Masters nv	[...]
Ariël Facilitaire Diensten nv	[...]
ISS nv	[...] Op 29 juli 2013 werd de kandidaat uitgenodigd om zijn dossier aan te vullen met aanvaardbare documenten. Op 07 augustus 2013 diende de kandidaat volgende documenten in: - 3 attesten van goede uitvoering waaruit blijkt dat het telkens gaat over schoonmaak van lokalen met vermelding van de uitvoeringsperiode (allen binnen de laatste 3 jaar) en van het jaarlijks uitgevoerde bedrag (telkens minimum 150.000 euro, btw niet inbegrepen). Bijgevolg toont de firma ISS nv aan te voldoen aan alle selectiecriteria.

M&G Cleaning bvba	<p>[...]</p> <p>Op 29 juli 2013 werd de kandidaat uitgenodigd om zijn dossier aan te vullen met aanvaardbare documenten.</p> <p>Op 02 augustus 2013 diende de kandidaat het volgende document in</p> <ul style="list-style-type: none"> - 1 attest van goede uitvoering waaruit blijkt dat het gaat over schoonmaak van lokalen met vermelding van de uitvoeringsperiode (binnen de laatste 3 jaar) en van het jaarlijks uitgevoerde bedrag (minimum 150.000 euro, btw niet inbegrepen). <p>Op 08 augustus 2013 diende de kandidaat het volgende document in:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 1 bijkomend attest van goede uitvoering waaruit blijkt dat het gaat over schoonmaak van lokalen met vermelding van de uitvoeringsperiode (binnen de laatste 3 jaar) en van het jaarlijks uitgevoerde bedrag (minimum 150.000 euro, btw niet inbegrepen). <p>Bijgevolg toont de firma M&G Cleaning bvba aan te voldoen aan alle selectiecriteria.</p>
Köse Cleaning nv	[...]

[...]”.

8. In het tweede onderdeel betoogt verzoekende partij in wezen dat verwerende partij de door de bvba M&G Cleaning voorgelegde referenties niet “op een ernstige en zorgvuldige wijze heeft onderzocht”.

Verzoekende partij benadrukt in de toelichting bij het middel dat deze kritiek des te gewichtiger is nu de bvba M&G Cleaning volgens haar sociale balans in het boekjaar 2010 slechts over 4 full time equivalenten beschikte en in 2011 zelfs over geen enkele voltijdse werknemer, en stelt dat de “vraag rijst” met welke middelen de vereiste omzet werd gerealiseerd en hoe zij in staat is om, met naleving van de vigerende sociale wetgeving, de in het bestek gevraagde omzet op jaarbasis te realiseren in het kader van een overheidsopdracht van diensten waarin de inzet van het aantal werknemers een essentieel element is.

Door enkel maar die vraag te stellen toont zij echter niet aan dat dit onmogelijk zou zijn. Alleen al de wijze van formulering van deze grief, bij wijze van een vraagstelling, lijkt overigens al een reden om te besluiten dat deze grief niet ontvankelijk is, of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard. Het stellen van een vraag kan immers bezwaarlijk beschouwd worden

als het aanvoeren van een ernstig middel, temeer omdat de vraag een niet *prima facie* te beoordelen probleem betreft, namelijk de verhouding tussen omzetcijfers en personeelssterkte.

Het lijkt dan tegelijk niet aangetoond dat verwerende partij verplicht was de voorgelegde attesten in twijfel te trekken of, zoals verzoekende partij in de toelichting bij het middelonderdeel lijkt te vereisen, onderzoek te verrichten naar het werknemersbestand van en de omstandigheden waarin de bvba M&G Cleaning bij de uitvoering van de als referentie voorgelegde opdrachten haar arbeidskrachten heeft ingeschakeld en naar de arbeidsrelaties op grond waarvan zij de noodzakelijke arbeidskrachten zal inschakelen bij de uitvoering van de voorliggende opdracht.

Dit geldt des te meer nu het aantal personeelsleden geen selectie criterium is.

Betreffende de vraag naar de arbeidsrelaties op grond waarvan de bvba M&G Cleaning de noodzakelijke arbeidskrachten zal inschakelen voor de uitvoering van de voorliggende opdracht, kan bijkomend worden vastgesteld dat deze laatste, zoals verwerende partij en tussenkomende partij opmerken, bij haar offerte een RSZ lijst van 22 mei 2013 voegt die 34 actieve werknemers personeelsleden vermeldt, waarvan 14 met als begindatum 2013, 15 met als begindatum 2012, 2 met als begindatum 2010, 2 met als begindatum 2008 en 1 met als begindatum 2007. Deze toename van het aantal werknemers lijkt te beantwoorden aan de ook in de offerte vermelde verhoging van het omzetcijfer van de bvba M&G Cleaning.

Het argument dat in de schoonmaaksector “praktijken worden gehanteerd waarbij de sociale arbeidsvoorwaarden worden omzeild en meer bepaald door structuren van schijnzelfstandigheid” ten slotte is niet meer dan een algemene bedenking en leidt dan ook niet tot een andere conclusie. Ook de verwijzing in dit verband naar het tweede middel, waarmee de bepalingen in de Programmawet van 27 december 2006 bedoeld lijken betreffende de weerlegbare vermoedens waarbij arbeidsrelaties in rechte als arbeidsovereenkomst worden gekwalificeerd, leidt, zoals hierna uit de beoordeling van dat middel zal blijken,

niet tot een andere conclusie. Aldus toont verzoekende partij evenmin aan dat verwerende partij op grond van de zorgvuldigheidsplicht te dezen het statuut van de werknemers en / of dienstverleners van de gekozen inschrijver bvba M&G Cleaning moest controleren. Verzoekende partij toont trouwens ook niet aan dat de bvba M&G Cleaning uitsluitend werknemers – en dus geen zelfstandige dienstverleners – inzet of moet inzetten voor het uitvoeren van haar schoonmaakactiviteiten.

9. Bijgevolg is het tweede onderdeel niet ernstig.

10. Gelet op het voorgaande lijkt verzoekende partij in dit middel niet te hebben aangetoond dat de opdracht niet werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, zodat er ook geen schending van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 werd aangetoond.

11. Aldus is het eerste middel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

12. Verzoekende partij verwoordt een tweede middel als volgt:

“Schending van artikel 15 van de Wet van 24 december 1993; schending van artikel 110, §1 juncto artikel 88, §2, eerste lid van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991, schending van het gelijkheidsbeginsel, schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel

Doordat een aanbestedende overheid, in het kader van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes, een prijsonderzoek dient te verrichten en m.n. dient na te gaan of de ingediende offertes niet met abnormale eenheidsprijzen of totaalprijzen zijn behept;

Doordat, eerste onderdeel, de totaalprijzen van de opdracht van de verschillende offertes, zeer sterk uiteenlopen en dat de inschrijvingsprijs van [de bvba M&G Cleaning] meer dan 25% afwijkt van het gemiddelde;

Terwijl, niettegenstaande voormelde feitelijke vaststellingen, in het Verslag van Nazicht op geen enkele wijze wordt aangegeven dat, in het kader van het regelmatigheidsonderzoek, een prijsonderzoek werd uitgevoerd, zoals vereist door de rechtspraak van uw Raad en intussen in de nieuwe regelgeving geconcretiseerd in artikel 21 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011;

Terwijl, tweede onderdeel, op basis van de gegevens van haar sociale balans, [de bvba M&G Cleaning] voor het boekjaar 2010 en 2011 slechts over vier fulltime equivalenten, respectievelijk geen enkele voltijdse werknemer beschikte,

Zodat minstens een ernstig vermoeden voorligt dat [de bvba M&G Cleaning], bij het uitoefenen van [...] werkzaamheden die zijn omvat door de Opdracht, d.w.z. een zeer intensieve schoonmaakactiviteit, de bepalingen ter bestrijding van sociale fraude niet heeft nageleefd, naleeft dan wel bij de uitvoering van de Opdracht zal naleven;

Doordat immers, in artikel 337/1 van de Programmawet van 27 december 2006, zoals gewijzigd door de Wet van 25 augustus 2012, een aantal criteria onder de vorm van weerlegbare vermoedens werden ingevoerd, waarbij relaties in rechte als een arbeidsovereenkomst worden gekwalificeerd met de daarbij aansluitende sociale verplichtingen;

Terwijl, niettegenstaande voormelde feitelijke elementen, het Verslag van Nazicht geen enkele overweging bevat uit hoofde waarvan blijkt dat, gegeven de sociale balans van [de bvba M&G Cleaning], een onderzoek werd uitgevoerd naar de wijze waarop [de bvba Cleaning] haar inschrijvingsprijs heeft bepaald en m.n. of hierbij met voormelde wettelijke bepalingen rekening werd gehouden bij het vaststellen van de arbeidsovereenkomst als component van de inschrijvingsprijs;

Zodat de Bestreden Beslissing artikel 110, §1, juncto artikel 88, §2, eerste lid van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 schendt, nu, in het kader van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes, geen prijsonderzoek werd uitgevoerd;

Zodat de Bestreden Beslissing bovendien de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 schendt, alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel, nu, niettegenstaande de vaststelling betreffende het werknemersbestand van [de bvba M&G Cleaning] voor de boekjaren 2010 en 2011 en gegeven de regelgeving inzake arbeidsrelaties die binnen de schoonmaaksector van toepassing zijn ter bestrijding van zwartwerk en sociale fraude, geen enkel onderzoek werd uitgevoerd naar de conformiteit van de prijszetting van [de bvba M&G Cleaning] met voornoemde wettelijke bepalingen, in het bijzonder wat betreft de arbeidskost als component van de inschrijvingsprijs;

Doordat tevens het gelijkheidsbeginsel is geschonden nu [de bvba M&G Cleaning] mogelijks de Opdracht zal uitvoeren onder omstandigheden die een schending inhouden van de bepalingen van het Programmadecreet van 27 december 2006, zoals aangevuld door de Wet van 25 augustus 2012 en er aldus sprake zal zijn van een oneerlijke mededinging en een ongelijke behandeling;

Zodat ten slotte artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 is geschonden, nu de Opdracht niet is toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend”.

13. Zij merkt in een toelichting op dat een dergelijk prijsonderzoek noodzakelijkerwijze ook impliceert dat, zeker in een arbeidsintensieve activiteit, door de inschrijver wordt toegelicht dat de door hem gehanteerde prijzen zijn bepaald met het in aanmerking nemen van arbeidsvoorwaarden die de wettigheidstoets kunnen doorstaan. Vervolgens citeert zij hoofdstuk V/1 van titel XIII van de Programmawet van 27 december 2006 en betoogt zij dat op grond van artikel 337/1, 4°, dit hoofdstuk betreffende het vermoeden betreffende de aard van de arbeidsrelatie van toepassing is op activiteiten die vallen onder het toepassingsgebied van het paritair comité van de schoonmaak, namelijk de activiteit die is omvat door de opdracht, dat dit betekent dat de arbeidsrelaties onderworpen zijn aan de toets van de criteria, opgesomd in artikel 337/2 van de betrokken Programmawet, dat uit de sociale balans van de bvba M&G Cleaning blijkt dat zij voor het boekjaar 2010 slechts over 4 fulltime equivalenten als werknemers beschikte en in het boekjaar 2011 zelfs over geen enkele voltijdse werknemer en:

“Bijgevolg rijst de vraag in welke mate [de bvba M&G Cleaning] haar bedrijfsactiviteiten uitoefent en welke voorwaarden hieromtrent worden toegepast t.a.v. diegenen die de schoonmaakactiviteiten zullen uitoefenen.

Wanneer een inschrijver een inschrijvingsprijs indient die dermate afwijkt van de gemiddelde inschrijvingsprijs betreffende de uit te voeren opdracht, dient een aanbestedende overheid minstens, bij het regelmatigheids-onderzoek van de offertes in het algemeen en bij het prijsonderzoek in het bijzonder, na te gaan hoe de betreffende prijs wordt verantwoord en of, op basis van de door de inschrijvers verstrekte informatie, niet dient te worden aangenomen dat de prijs die wordt geboden *prima facie* abnormaal laag lijkt betreffende, enerzijds, de uit te voeren prestaties en, anderzijds, de wettelijke voorwaarden die door de inschrijver, gegeven de schoonmaakactiviteit, dienen te worden nageleefd.

Zeker in een sector waar het naleven van de sociale regelgeving een pijnpunt vormt, mag van een aanbestedende overheid worden verwacht dat minstens een kritische houding wordt aangenomen en in toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel een bevraging van de betrokken inschrijver wordt verricht.

Welnu, noch de Bestreden Beslissing, noch het Verslag van Nazicht, bevatten informatie betreffende dit nochtans wezenlijk element. In die zin schendt de Bestreden Beslissing dan ook de formele motiveringsplicht, nu er kennelijk geen enkel prijsonderzoek werd uitgevoerd en ook op geen enkele wijze werd nagegaan in welke mate, niettegenstaande de vastgestelde toch substantiële afwijking, de prijs van [de bvba M&G Cleaning] niet als abnormaal laag diende te worden beschouwd, minstens niet werd nagegaan of deze inschrijvingsprijs door [de bvba M&G Cleaning] niet werd vastgesteld met schending van de bepalingen inzake de arbeidsrelaties die binnen de schoonmaaksector van toepassing zijn”.

Zij besluit de toelichting:

“Niettegenstaande de zeer aanzienlijke afwijkingen van de totaalprijzen en meer bepaald de afwijking van de inschrijvingsprijs van [de bvba M&G Cleaning t.a.v. de gemiddelde inschrijvingsprijs, heeft Verwerende Partij op het eerste gezicht geen enkel prijsonderzoek verricht in het kader van het onderzoek van de regelmatigheid van de offerte van [de bvba M&G Cleaning].

Meer nog, Verwerende Partij lijkt aan dit prijsonderzoek, dat volgens rechtspraak van uw Raad een essentieel onderdeel uitmaakt van het regelmatigheidsonderzoek, integraal te zijn voorbijgegaan.

Bovendien werd ook niet nagegaan of [de bvba M&G Cleaning] haar *prima facie* zeer lage prijs op wettige wijze heeft vastgesteld, d.w.z. met naleving van de sociale en sociaal zekerheidsrechtelijke verplichtingen die voor de schoonmaaksector voortvloeien uit de artikelen 337/1 en 337/2 van de Programmawet van 27 december 2006, zoals ingevoegd met de wet van 25 augustus 2012.

De eerbiediging van deze bepalingen dringt zich ten slotte op vanuit het gelijkheidsbeginsel, dat in het gedrang is wanneer een inschrijver zich schuldig maakt aan oneerlijke mededingingspraktijken, m.n. het hanteren van arbeidsrelaties met de medewerkers die de wettigheidstoets niet kunnen doorstaan”.

Beoordeling

14. De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek gegaan wordt naar de aanwezigheid van abnormale prijzen. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bedoelde beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet vereist. Er is wel een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en een van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

15. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsplicht die verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Eerste onderdeel

16. In de huidige stand van het geding wordt niet *prima facie* aangetoond dat verwerende partij te dezen de grenzen van haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan door geen prijsonderzoek te verrichten. De beweerde 25% afwijking van het gemiddelde volstaat daartoe, zo lijkt, in de omstandigheden van deze zaak, niet alleen al omdat deze mee bepaald lijkt door een zeer hoge inschrijvingsprijs, en de afwijking gecorrigeerd met weglating van de hoogste en laagste prijs, volgens de berekening van verzoekende partij zelf, nog slechts 18,43% lijkt te bedragen. Volgens de nota bedraagt deze afwijking met weglating van de hoogste inschrijver doch met de niet geselecteerde inschrijver Jette Clean

17,08% en zonder deze laatste nog slechts iets meer dan 15%. Het uiteenlopend karakter van de voorgestelde prijzen bevestigt trouwens veeleer dat er grote prijsverschillen in deze sector zijn en dat dergelijk prijsverschil dus niet noodzakelijk verdacht moest worden bevonden.

17. De verwijzing naar artikel 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ leidt niet tot een andere conclusie nu dit besluit, gelet op de aankondiging van de opdracht vóór 1 juli 2013, niet van toepassing is.

Tweede onderdeel

18. Herhaald kan worden dat geenszins concreet wordt aangetoond dat de bedrijfsactiviteiten van bvba M & G Cleaning in 2010 en 2011 niet conform de wettelijke voorwaarden konden worden uitgeoefend nog daargelaten of dit relevant is voor de beoordeling van de prijs voor voorliggende opdracht, voorgesteld in 2013. In feite wordt in de toelichting bij het middelonderdeel ook hier, zoals in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel, na de vermelding dat uit de sociale balans van de bvba M&G Cleaning blijkt dat zij voor het boekjaar 2010 slechts over 4 fulltime equivalenten als werknemers beschikte en in het boekjaar 2011 zelfs over geen enkele voltijdse werknemer, enkel de vraag gesteld “in welke mate [de bvba M&G Cleaning] haar bedrijfsactiviteiten uitoefent en welke voorwaarden hieromtrent worden toegepast t.a.v. diegenen die de schoonmaakactiviteiten zullen uitoefenen”. Vraagstellingen staan echter niet gelijk met rechtsmiddelen.

In de mate dat wordt aangevoerd dat zeker in een sector waar het naleven van de sociale regelgeving een pijnpunt vormt, van een aanbestedende overheid mag worden verwacht dat zij een kritische houding aanneemt en met toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel de inschrijver bevraagt, leidt dit niet *prima facie* tot een andere conclusie alleen al omdat geenszins wordt verduidelijkt dat deze prijs niet mogelijk is met naleving van de sociale regelgeving. Het enkel uiten van een “ernstig vermoeden” dat de gekozen inschrijver bij de uitoefening van de werkzaamheden die de opdracht omvat, te weten een zeer intense schoonmaakactiviteit, de bepalingen ter bestrijding van de sociale fraude niet heeft

nageleefd, dan wel bij de uitvoering van de opdracht zal naleven, kan daartoe bezwaarlijk voldoende worden geacht.

Ook de verwijzing naar hoofdstuk V/1 van titel XIII van de Programmawet van 27 december 2006, de daarin bepaalde criteria en de regel dat een arbeidsrelatie wordt vermoed een arbeidsovereenkomst te zijn wanneer uit analyse van die arbeidsrelatie blijkt dat meer dan de helft van die criteria vervuld zijn, volstaat niet om te concluderen dat een prijsonderzoek had dienen te gebeuren. Dit lijkt opnieuw alleen al het geval omdat de grief daaromtrent op geen enkele manier wordt geconcretiseerd en niet verder gaat dan niet onderbouwde speculaties over de tussen de gekozen inschrijver en zijn personeelsleden bestaande arbeidsrelatie.

Die regelgeving lijkt ook niet in te houden dat uitsluitend een beroep op werknemers en niet op zelfstandige dienstverleners mag worden gedaan nu het blijkens artikel 337/2, § 1, van de meer vermelde programmawet gaat om een weerlegbaar vermoeden.

De naleving van die wetgeving lijkt trouwens in de eerste plaats de inschrijver zelf toe te komen en de gespecialiseerde controlediensten van de federale overheid oefenen daarop toezicht uit.

Voorts kan worden opgemerkt dat uit het dossier blijkt dat de gekozen inschrijver bij zijn offerte een RSZ lijst van 22 mei 2013 voegt die 34 actieve werknemers vermeldt, waarvan het grootste deel aangeworven in 2012 en 2013. Verzoekende partij toont niet aan dat het onmogelijk is de opdracht met dit aantal werknemers uit te voeren.

In het licht van dit alles wordt dan ook niet *prima facie* aangetoond dat de onderzoeksplicht van verwerende partij dermate ver zou reiken dat zij te dezen de prijssamenstelling in functie van de band van de inschrijver met zijn werknemers en / of dienstverleners diende te controleren.

Het lijkt dan ook niet dat de formele - motiveringsplicht werd geschonden doordat de bestreden beslissing of het verslag van nazicht daarover geen informatie bevat.

19. Gelet op al het voorgaande lijkt verzoekende partij ook in dit middel niet te hebben aangetoond dat de opdracht niet werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, zodat er ook geen schending van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993 werd aangetoond.

20. Bijgevolg is ook het tweede onderdeel niet ernstig.

21. Aldus is het tweede middel in zijn geheel niet ernstig.

VII. Besluit

22. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van bvba M&G Cleaning tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

**3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, 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 24 september 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest