

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 225.850 van 17 december 2013

in de zaak A. 210.826/XII-7511

In zake: de NV GOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Eliaerts
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Vlaamsekaai 54-57
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ
DER BELGISCHE SPOORWEGEN,
naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Jochen Vranckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 november 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van verwerende partij in haar dossier C72/0000169753: onderwerp: schoonmaak van treinen en verwijderen van graffiti van de centrale werkplaatsen en tractiewerkplaatsen van B-Technics, ter kennis gebracht van verzoekster met aangetekende brief van 8 november 2003 waarbij de werken werden gegund aan Groep EU-BOCS/BMS”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 december 2013, om 11.00 uur.

Staatsraad Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bert Gregoire, die loco advocaat Luc Eliaerts verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Frederik Vandendriessche en Jochen Vranckx, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. Op 3 mei 2013 keurt de raad van bestuur van de verwerende partij het voorstel goed om middels een onderhandelingsprocedure met bekendmaking een raamovereenkomst te sluiten betreffende de schoonmaak van binnencompartimenten van reizigersmaterieel; de schoonmaak van de voorruit, voorkant en besturingsposten van locomotieven, motorrijtuigen, motorwagens en stuurrijtuigen; de verwijdering van graffiti op het rollend materieel.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 mei 2013 en het Europees Publicatieblad van 10 mei 2013.

De opdracht wordt geraamd op een waarde van 19,718 miljoen euro over een periode van 4 jaar (contract voor een periode van 2 jaar, twee maal verlengbaar met een jaar).

Wat de voorwaarden voor deelneming betreft, wordt in de aankondiging vermeld:

“III.2) Voorwaarden voor deelneming

III.2.1) Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister

[...]

Als de kandidaat inschrijver deel uitmaakt van een groep, moet hij de groepsgegevens evenals een organigram bezorgen.

[...]

Indien van toepassing, een intentieverklaring van het moederbedrijf die zich er toe verbindt om op elk moment de verplichting na te komen om de werken volgens het bestek te realiseren.

III.2.2) Economische en financiële draagkracht

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan (indien van toepassing):

- De door een accountant goedgekeurde jaarverslagen van de laatste 3 boekjaren.
- De omzetcijfers van de laatste 3 jaar.
- De winst en verliescijfers van de laatste 3 jaar
- Om geselecteerd te worden, moet de kandidaat inschrijver een jaarlijks omzetcijfer aantonen van minimum 10.000.000 € tijdens de laatste 2 jaar”.

3.3. Zeven ondernemingen dienen hun kandidatuur in, onder wie de verzoekende partij en Group EU-BOCS via Business Maintenance & Services (BMS).

3.4. Vijf ondernemingen worden geselecteerd, onder wie de verzoekende partij en Group EU-BOCS via BMS. In de vergelijkende tabel betreffende het onderzoek van de kandidatuurstellingen, gevoegd bij de goedkeuring van de geselecteerde ondernemingen, is betreffende de “Group EU-BOCS via Business Maintenance & Services” inzake het selectie criterium “omzetcijfers van 3 laatste jaren” vermeld:

2009: 15.626.000

2010: 17.980.000

2011: 20.200.000.

Een uitnodiging tot het indienen van een offerte, vergezeld van het bestek, wordt bij brief van 12 juni 2013 verstuurd aan de geselecteerde

ondernemingen.

3.5. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. C72/0000169753 ‘voor het afsluiten van een dienstopdracht voor schoonmaak van binneninrichting van het reizigersmaterieel; reiniging van kopruiten, kopwanden en stuurposten van locomotieven, motorstellen en stuurpostrijtuigen; verwijdering van graffiti op rollend materieel’.

Het bestek bepaalt onder meer:

“15. Gunningcriteria van de opdracht

Enkel de inschrijvers die een basisofferte hebben ingediend die volledig aan de contractuele, commerciële, financiële en technische eisen van het huidige bestek voldoet, kunnen aanspraak maken om mee te dingen aan de competitie. Ingeval van twijfel over de opgegeven prijzen in de offertes, zullen de uurlonen vergeleken worden met de uurlonen gepubliceerd door de Algemene Belgische Schoonmaak Unie.

Conform met artikel 98 van het Koninklijk Besluit van 10.01.1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdienst, behoudt de NMBS zich het recht te oordelen over de redelijkheid van de aangeboden eenheidsprijzen voor de verschillende werken.

De NMBS zal de redelijkheid van de ingediende eenheidsprijzen beoordelen op basis van de door de dienstverlener vooropgestelde uurtarieven en de binnen de NMBS gangbare werktijd per operatie; dit gebaseerd op zijn ondervinding. De realistische werkduur voor iedere operatie zal vastgelegd worden vóór de indieningsdatum van de offertes [...]”.

3.6. Alle geselecteerde inschrijvers dienen een offerte in. De verzoekende partij heeft met 7.964.797,68 euro de laagste offerte ingediend, BMS heeft met 8.941.630,80 euro de tweede laagste offerte.

3.7. Bij brief van 22 augustus 2013 worden de inschrijvers uitgenodigd voor een vergadering om hun offerte te bespreken. Vervolgens worden de inschrijvers bij brief van 29 augustus 2013 uitgenodigd hun beste offerte in te dienen. De verzoekende partij heeft met 8.226.536,12 euro nu de

tweede laagste offerte ingediend, BMS heeft met 7.129.834,40 euro nu de laagste offerte.

3.8. Bij brief van 16 september 2013 vraagt de verwerende partij aan de verschillende inschrijvers, op basis van hun geplande organisatie, een aantal bewerkingen te rechtvaardigen wat prijs en uitvoeringstijd betreft en te bevestigen dat alle werken zullen worden uitgevoerd volgens de in het bestek beschreven werkinhoud en kwaliteit.

BMS laat als antwoord hierop bij brief van 19 september 2013 aan de verwerende partij weten:

“[Wij] bevestigen [...] u graag dat ons prijsvoorstel en organisatiestructuur volledig in lijn ligt met de inhoud van het bestek.

We hebben namelijk rekening gehouden met uw belangrijkste opmerkingen, zijnde uw noden naar een geografische inzet van een schoonmaakorganisatie met voorziening van een sterke schoonmaakkploeg in Vlaanderen en vermindering van het team in Wallonië (zie organigram in bijlage).

Deze organisatiewijziging zorgde ervoor dat wij in Wallonië het voorziene personeelsbestand met +/- 15 personen hebben kunnen laten dalen waardoor de basiskosten in mindering werden gebracht met rechtstreekse impact op een dalende structuur op niveau van onze prijsmatrix.

Daarbijkomend ligt de voorgestelde prijs in lijn met uw noden en de door u gevraagde organisatie en Management structuur, tevens ook binnen het organigram opgenomen, zijnde de Senior Managers, aanwezigheid 7 dagen op 7 voor de dagelijkse uitvoering van de contract, dit zowel voor teamleiders als brigadiers, vaste- en mobiele ploegen. Eveneens werd er rekening gehouden met de inzet van een Quality Manager, de voorziening van een operationeel veiligheidsbeheer (veiligheid en preventie), het gebruik van de door u vooropgestelde controlefiches, opleiding van het personeel voor alle type opleidingen voor toevallige of extra schoonmaakwerken – toestandsafhankelijke toepassing aanvullend aan E-werken zoals bv. het verwijderen van graffiti, uitgeruste voertuigen met GPS en trackingsysteem, een degelijk beheer zoals beschreven in ons aanbod teneinde het imago van de NMBS en het comfort voor de reiziger te kunnen garanderen”.

3.9. Bij brief van 25 september 2013 vraagt de verwerende partij aan de twee inschrijvers met de laagste offertes – de verzoekende partij en BMS – bijkomende informatie:

“In het kader van de analyse van de offertes zien we problemen voor een aantal prijzen die wij als abnormaal laag beschouwen. In dit verband refereren wij naar onze brief [...] van 29 augustus 2013 en naar onze vergadering van 27 [28] augustus 2013.

Om een objectieve evaluatie van uw voorstel te kunnen uitvoeren, vragen wij u om de bijgevoegde tabel (cfr. bijlage 1 van het bestek) te willen invullen met de voorziene uitvoeringstijd voor alle operaties. Gelieve ons ook uw betaalde uurloon (zonder administratieve kosten) en andere kosten (b.v. materiaalverbruik per operatie) te willen meedelen.

Het doel van deze vraag naar informatie is de degelijkheid van de offerte te kunnen verifiëren en latere risico's te vermijden”.

Bij brief van 30 september 2013 verstrekt BMS nadere inlichtingen.

3.10. Bij brief van 7 oktober 2013 deelt de verwerende partij aan BMS mee dat zij van oordeel is dat voor enkele van de voornaamste operaties de meegedeelde uitvoeringstijden niet realistisch zijn. Het betreft de operaties E2 (voor dubbeldekkers), E03, M12, M13 alsook het verwijderen van alle graffiti. Om de haalbaarheid van de opgegeven tijden voor de betrokken operaties te verifiëren, wordt BMS uitgenodigd om de betrokken operaties uit te voeren, waarbij de verwerende partij de uitvoeringstijden zal opmeten.

Van deze evaluatie van de uitvoeringstijden wordt een proces-verbaal opgemaakt. Daarin worden de volgende opmerkingen genoteerd:

“2. Verslag
[...]

- E2 (dubbeldek): exploitatiereiniging interieur
[...]

Evaluatie: de werkelijke uitvoeringstijd voor het volledige stel bedroeg 105 min. Er werd tijd verloren omdat het personeel geconfronteerd werd met praktische organisatieproblemen op onbekend terrein. De afgeleverde kwaliteit was zeer goed, zelfs een te hoog niveau volgens de eisen E2 van het bestek. Dit verklaart de overschrijding van de vooropgestelde tijd.

- E03: reiniging interieur stuurpost
[...]

Evaluatie: correcte uitvoering

- M13: reiniging volledige kopwand stuurpost

[...]

Evaluatie: kwaliteit volgens de voorschriften bestek

- M12: reiniging kopruiten

Gezien de operatie M13 de M12 (enkel kopruiten) impliceert en deze operatie voldoening gaf, hebben we het niet nodig geacht om de M12 uit te voeren.

- X1: graffitireiniging

[...]

Evaluatie: werkmethode is te verbeteren. Er werd slordig omgesprongen met de beschermende milieu maatregelen door overvloedig morsen van graffitiaval naast de opvangmatten. Dit graffitiaval was relatief gemakkelijk te verwijderen, sommige verven zijn hardnekkiger te reinigen.

3. Besluiten:

Nr.	Beschrijving
1	De praktische uitvoeringsproeven kunnen, rekening houdend met het gebrek aan routine van de uitvoerders, als bevredigend beschouwd worden.
2	De afgeleverde kwaliteit is in overeenstemming met de kwaliteitseisen van het bestek, zelfs te hoog voor de operatie E2
3	De uitgevoerde proeven zijn slechts een zeer beperkte steekproef (momentopname), welke onvoldoende breed is om een betrouwbare evaluatie van de firma te doen. De beoordeling over een langere periode van 3 à 5 maand zoals beschreven in §2.4 Proefperiode van het bestek is een betere en meer betrouwbare methode.
4	Gezien de gunstige prijsofferte voor het totale contract C72/0000169753 stellen we voor dit contract toe te wijzen aan de firma BM&S EU-BOCS. De evaluatie van de proefperiode zal bepalend zijn voor het definitief verder zetten van de overeenkomst na de proefperiode.

”.

3.11. Bij e-mail van 6 november 2013 vraagt de verwerende partij aan BMS nog bijkomende informatie, onder meer betreffende de historiek van het bedrijf (groep) en de laatste financiële rapporten.

Bij brief van 6 november 2013 bezorgt BMS bijkomende informatie.

3.12. Er wordt een gunningsverslag opgesteld dat op 8 november 2013 wordt voorgelegd aan de raad van bestuur van de verwerende partij voor goedkeuring.

Omtrent het onderzoek van de offertes wordt gesteld:

“3. Onderzoek van de ingediende offerten [...]

Sommige punten trokken onze aandacht bij het onderzoek van de offerten, met name:

- op basis van onze ervaring is vastgesteld dat de bidders voor sommige verplichtingen sterk verschillende prijzen van de eenheidsprijzen, geraamd door de NMBS, hebben ingediend. Voor het onderzoek van de ‘normale’ aard van de prijzen, is rekening gehouden met de minimum uursalarissen, gepubliceerd door de Algemene Belgische Schoonmaak Unie (officieel erkende professionele vereniging voor de schoonmaaksector in België) en met de redelijk geraamde tijd door de NMBS voor het uitvoeren van deze verrichtingen;
- Er zijn zekere incoherenties vastgesteld in de prijzen van verschillende verrichtingen (erg verschillende prijsniveaus in verhouding tot de prijsramingen van de NMBS, slechte vertaling van het type materieel zoals bijvoorbeeld verwarring tussen een enkel rijtuig en een dubbeldekrijtuig,...);
- er zijn verschillen in de benadering van de beheermethode van de werf vastgesteld t.a.v. de minimale vereisten, vervat in het Speciale Lastenboek.

Ter voorkoming van enig misverstand over de inhoud van de verrichtingen en over de ingediende prijzen werden de vaststellingen meegedeeld aan elke bidder op de vergaderingen van 27 en 28 augustus 2013. Bovendien deelde de NMBS op deze vergaderingen aan elke bidder, eventuele onduidelijkheden in de voorgestelde beheermethode mee.

Bij het eind van deze vergadering werd een nieuwe offerte gevraagd aan de 5 bidders.

Voor deze vraag werd de bidders gevraagd:

- hun beste voorstel in te dienen voor de verschillende verrichtingen;
- de geformuleerde opmerkingen door de NMBS op de vergaderingen van 27 en 28 augustus jl. in aanmerking te nemen.

Het resultaat van de beoordeling van deze laatste offerte, berekend op basis van hetzelfde principe dan voor de basisofferte, bevindt zich hierna:

Firma's	Budget voor 2 jaar in €	Vershil (%)
Group EU-Bocs BMS	7.129.834,40	100
GOM	8.226.536,12	115
[X.]	12.958.624,22	182
[X.]	14.047.409,50	197
[X.]	14.622.387,48	205

4. Prijsniveau:

Er worden erg grote verschillen vastgesteld in de prijsniveaus (duidelijk lagere of duidelijk hogere prijzen, vergeleken met onze ramingen). Na deze vaststelling, zijn verschillende acties ondernomen.

Na onderzoek van de laatste offerte vroegen wij 5 van de bidders de prijzen

van de duidelijk minder hoge prijzen dan onze ramingen te rechtvaardigen en ons te bevestigen dat voor deze verrichtingen het vereiste kwaliteitsniveau, vervat in het Speciale Lastenboek, zal worden gerespecteerd.

Op 19 september 2013 hebben de 5 voormelde firma's ons geantwoord en bevestigd dat zij onze vereisten, vervat in het Speciale Lastenboek, met de ingediende prijzen, konden naleven.

De ingediende rechtvaardigingen door Groupe EU-Bocs BMS en de firma GOM werden als onvoldoende gedetailleerd beoordeeld. Rekening houdend met de klassering van deze 2 bidders (1ste en 2de geklasseerd), vroegen wij hen bijkomende informatie, met name de duur van elke verrichting, evenals de andere kosten voor elke verrichting.

Tot slot rechtvaardigt de firma GOM haar prijzen aangezien zij perfecte kennis heeft van de werven, gelet op de reinigingsactiviteiten die sedert 4 jaar door deze firma zijn uitgevoerd. Overigens is geen enkele investering in materiaal nodig, aangezien de investeringen gebeurden in het kader van het huidige contract.

Groupe EU-Bocs BMS rechtvaardigt het erg lage prijsniveau aan de hand van volgende argumenten:

- Aangezien de meeste werven zich in Vlaanderen bevinden (90%), worden de vaste kosten verminderd.

- Er kunnen erg competitieve prijzen worden gegeven omdat de groepering beroep doet op de maatregelen voor het 'stimuleren van de tewerkstelling', ingevoerd door de overheid.

De ingediende rechtvaardigingen door Groupe EU-Bocs BMS gaf ons geen totale tevredenheid over de haalbaarheid van sommige verrichtingen binnen de aangekondigde tijdsbestekken. Wij nodigden deze groepering uit op 9 oktober jl., teneinde de verrichtingen waarover wij nog vragen hadden, ter plaatse uit te voeren en wij chronometreerden deze uitvoeringstijden.

Vastgesteld werd dat de verrichtingen kunnen gebeuren binnen de aangekondigde tijdsbestekken, niettegenstaande enkele verschillen toe te schrijven aan gebrek aan kennis van het terrein, van de precieze inhoud van de betrokken verrichting,... (zie rapport in bijlage).

De ingediende offerte door Groupe EU-Bocs BMS kan dus worden beschouwd als conform en aanvaardbaar.

In het Speciale Lastenboek is in elk geval een testperiode voorzien, aan de hand waarvan gedurende een periode van 3 maanden (verlengbaar met 2 x 1 maand), de productie en de kwaliteit kan worden geëvalueerd, en die in voordoend geval kan leiden tot een verbreking van het raamakkoord. Dan zou de bidder in 2de rang (GOM) worden gevraagd het contract over te nemen en het prijsverschil zou worden gefactureerd aan Groupe EU Bocs BMS".

Dit voorstel van gunning wordt door de raad van bestuur van de verwerende partij op 8 november 2013 goedgekeurd. Dit is de bestreden beslissing.

3.14. Bij aangetekend schrijven van 8 november 2013 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van de bestreden beslissing.

IV. Rechtspleging

4. De verzoekende partij brengt ter terechtzitting een pleitnota met een bijgevoegd stuk bevattende 48 pagina's in het debat. Volgens de faxaanduiding op het bijgevoegde stuk blijkt dat de verzoekende partij al op 9 december 2013 's namiddags over dit bijgevoegde stuk beschikte.

5. De pleitnota met inbegrip van het bijgevoegde stuk wordt buiten het debat gehouden, alleen al omdat de laattijdige indiening ervan het auditoraat en de verwerende partij de kans ontnam om deze deugdelijk te onderzoeken. De verzoekende partij betoogt overigens niet dat in de pleitnota of in het erbij gevoegde stuk, nieuwe gegevens worden aangebracht die zij niet eerder kon aanvoeren en eventueel decisief konden zijn voor de beslechting van de zaak, opdat in zoverre de nota en zijn bijlage dan eventueel toch in aanmerking kon worden genomen.

V. Vertrouwelijkheid

6. Ter terechtzitting vraagt de verzoekende partij om de vertrouwelijkheid te lichten van twee stukken die door de verwerende partij als vertrouwelijk stuk bij het administratief dossier werden gevoegd: de kandidatuur van de gekozen inschrijver en een intern werkdocument "analyse offerte Gom + BMS".

De verwerende partij motiveert in haar nota de ingeroepen vertrouwelijkheid met de opmerking dat deze stukken vertrouwelijke commerciële gegevens bevatten inzake prijsgegevens, gedetailleerde eenheidsprijzen en werkprocessen.

7. Het lijkt niet aangewezen reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en dus zonder diepgaand onderzoek de vertrouwelijkheid te doen lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en

niet-omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de gekozen inschrijver te bewerkstelligen.

In de huidige stand van het geding en gelet op de aard van de opdracht lijkt het niet uit te sluiten dat de gegevens in de offerte van de gekozen inschrijver en het intern werkdocument vertrouwelijk kunnen zijn.

In het kader van de voorliggende procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid lijkt aldus niet aangetoond dat deze stukken manifest als niet-vertrouwelijk zijn aan te merken en vanuit het oogpunt van een recht op eerlijk proces in dit stadium noodzakelijk dienen te worden meegedeeld.

Overigens, zoals hierna zal blijken, kunnen in de huidige stand van het geding de opgeworpen middelen worden beantwoord zonder dat de Raad van State gegevens uit de betrokken stukken bij zijn beoordeling dient te betrekken.

Het verzoek wordt verworpen.

VI. De schorsingsvoorwaarden

8. 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.

9. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

10. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 16 en artikel 110, § 1 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het patere legem beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, redelijkheidsbeginsel en van de opdrachtdocumenten in de zin van artikel 65/14 Overheidsopdrachtenwet”.

De verzoekende partij stelt dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden doordat de aanbestedende overheid de opdracht zou hebben toegekend aan een inschrijver die niet voldoet aan de door haarzelf vastgestelde selectiecriteria, m.n. de vereiste dat de inschrijvers hun economische en financiële draagkracht moeten aantonen en meer bepaald dat om geselecteerd te worden de kandidaat-inschrijver een jaarlijks omzetcijfer moet aantonen van minimum 10.000.000 euro tijdens de laatste twee jaar.

De verzoekende partij stelt dat de onderneming European Business Office Cleaning Services voor het boekjaar 2012 en het boekjaar 2011 geen jaarrekening heeft neergelegd en voor het boekjaar 2010 een jaarrekening heeft neergelegd met een omzetcijfer van 427.906 euro en een resultaat van 10.160 euro. Zij stelt voorts dat ook de nv Business Maintenance & Services volgens de laatst neergelegde jaarrekening over het boekjaar 2012 slechts een omzet haalde van 1.377.364 euro en over het boekjaar 2011 een omzet van 1.028.771 euro.

Beoordeling

11. De in de aankondiging bepaalde voorwaarden voor deelneming zijn hiervoor reeds aangehaald (*supra*, punt 3.2). Daartoe behoort de vereiste dat, om geselecteerd te worden, de kandidaat inschrijver een jaarlijks omzetcijfer moet aantonen van minimum 10.000.000 euro tijdens de laatste twee jaar.

Op het eerste gezicht is op de voorliggende opdracht artikel 60*quater* van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten’ (hierna: koninklijk besluit van 10 januari 1996) van toepassing. Dit bepaalt:

“Een kandidaat of een inschrijver kan zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende overheid aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de dienstverlener dergelijke middelen ter beschikking te stellen.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van kandidaten of inschrijvers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of deze van andere entiteiten”.

12. De verwerende partij stelt in haar nota dat de gekozen inschrijver de nv BMS betreft, met de steun van Groep EU-BOCS waarvan hij zou deel uitmaken. Wat de financiële draagkracht betreft blijkt uit de stukken van het dossier waarop de Raad van State in deze stand van het geding vermag acht te

slaan, en in het bijzonder uit de vergelijkende tabel betreffende het onderzoek van de kandidaatstellingen gevoegd bij de beslissing tot selectie (*supra*, punt 3.4) – waarbij de Raad van State in deze stand van het geding aanneemt dat de cijfers uit die tabel door de verwerende partij zijn overgenomen uit de kandidaatstelling van de betrokken inschrijver - dat het totale omzetcijfer van de Groep EU-BOCS 20.200.000 euro bedroeg in 2011 en 17.980.000 euro in 2010. Bij de selectie van de gekozen inschrijver lijkt door de verwerende partij derhalve rekening te zijn gehouden met deze omzetcijfers.

Bij de kandidatuurstelling werd tevens de volgende intentieverklaring – die door de letterlijke aanhaling ervan in de nota haar vertrouwelijk karakter verliest – gevoegd van Anne Van Wayenbergh, gedelegeerd bestuurder:

“Bij deze bevestigen wij dat in dit geval de Belgische entiteit BM&S antwoordt. De groep EU BOCS staat garant voor de goede uitvoering van de dienstverlening alsook voor de financiële ondersteuning”.

Gelet op deze gegevens toont op het eerste gezicht de verzoekende partij niet aan waarom de verwerende partij, gelet op artikel 60*quater* van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, niet mocht aannemen dat de gekozen inschrijver zich zou kunnen beroepen op de financiële draagkracht van de Groep EU-BOCS, die op het eerste gezicht de in het kader van de selectie vereiste omzetcijfers haalt. De verzoekende partij brengt hiervoor in haar verzoekschrift geen enkel argument aan.

Voorts zet de verzoekende partij weliswaar uiteen dat uit de door haar ingewonnen inlichtingen betreffende SARL European-Business Office Cleaning Services (EU-BOCS) en de gekozen inschrijver nv BMS, zou blijken dat geen van beiden (noch tesamen) het vereiste omzetcijfer behalen, doch de verzoekende partij maakt niet in de met een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste precisie concreet hoe de door haar overgelegde stukken op aannemelijke wijze aantonen dat de (volledige) Groep EU-BOCS de omzetcijfers niet haalde waar de verwerende partij bij de selectie lijkt mee rekening te hebben gehouden.

In zoverre de verzoekende partij kritiek uit op het feit dat de gekozen inschrijver geen jaarrekening heeft neergelegd voor de boekjaren 2011 en 2012, maakt zij niet *prima facie* aannemelijk dat het stukken betreft die op straffe van nietigheid bij de kandidaatstelling moesten worden gevoegd.

13. Aangezien in deze stand van het geding de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de verwerende partij de opdracht zou hebben toegekend aan een inschrijver die niet voldoet aan de door haarzelf vastgestelde selectiecriteria, ligt hierdoor in deze stand van het geding geen schending voor van één van de door haar in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen en dit los van de vraag of alle door de verzoekende partij in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen wel toepasselijk zijn op de thans bestreden beslissing.

14. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

15. De verzoekende partij voert de schending aan van “[de] substantiële vormvereiste van artikel 65/8, § 1, tweede lid, 10 Overheidsopdrachtenwet”.

Zij betoogt in de toelichting bij het middel dat de kennisgeving van 8 november 2013 geen melding maakt van de exacte duur van de wachttermijn van 15 dagen van artikel 65/11, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’.

Ter terechtzitting beperkt de verzoekende partij zich tot een enkele verwijzing naar de wijsheid van de Raad.

Beoordeling

16. Een mogelijk gebrek in de kennisgeving tast niet de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing zelf aan. Minstens maakt de verzoekende partij niet aannemelijk hoe dit hier wel het geval zou zijn.

17. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

18. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 110 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

De verzoekende partij betoogt dat de gekozen inschrijver bij de tweede offerte een prijs heeft ingediend die 25 % lager ligt dan haar eerste prijs. De verwerende partij kon de uitleg van de gekozen inschrijver dat het merendeel van de werven in Vlaanderen liggen en dat genoten kan worden van stimulerende tewerkstellingsmaatregelen van de overheid, niet als een voldoende motivering in aanmerking nemen om deze prijs als normaal te aanvaarden. Dit geldt des te meer daar de opgegeven redenen gelden voor alle inschrijvers en de gekozen inschrijver bovendien niet voldoet aan de voorwaarden qua economische en financiële draagkracht. In de sector bestaat volgens de verzoekende partij een ernstig risico dat tegen dumpingprijzen wordt gewerkt waarbij een onderneming inschrijft met lage prijzen en zich nadien onttrekt aan haar fiscale en/of sociale zekerheidsverplichtingen.

De verzoekende partij meent dat de aanbestedende overheid ten minste de prijzen van de gekozen inschrijver had moeten afzetten tegen de door de Algemene Belgische Schoonmaak Unie gepubliceerde minimum uurlonen, waarvan ze zelf melding heeft gemaakt in de gunningsbeslissing.

Ten slotte werd ook niet nagegaan of de gekozen inschrijver met zijn abnormaal lage prijs zijn verplichting kan voldoen om de 50 schoonmakers van de verzoekende partij over te nemen tegen de bestaande loon- en arbeidsvoorwaarden van dit personeel ingevolge artikel 7 CAO 32*bis* van de Nationale Arbeidsraad en de sectorale CAO van 12 mei 2003 ‘betreffende de personeelsovername ten gevolge van hergunning van een onderhoudscontract’ van het paritair comité 121 van de schoonmaak, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 19 juli 2006.

Beoordeling

19. Uit het middel blijkt duidelijk dat de verzoekende partij de regelgeving inzake het prijzenonderzoek geschonden acht, meer bepaald inzake de onregelmatigheid van een offerte wegens abnormale prijzen. De verzoekende partij heeft zich hierbij weliswaar vergist bij de precieze aanduiding van de volgens haar geschonden geachte bepalingen, maar een loutere vergissing in de verwijzing en omschrijving van de rechtsregel leidt op zich niet tot de verwerping van het middel indien deze vergissing niet verhindert om de bepaling te identificeren, wanneer deze niet tot gevolg heeft dat het middel onjuist of onduidelijk is en wanneer deze vergissing geen nadeel toebrengt aan de rechten van verweer van de verwerende partij. Gelet op het gevoerde verweer, is dit laatste te dezen niet het geval en uit hetgeen hiervoor is opgemerkt blijkt duidelijk dat de verzoekende partij eigenlijk de schending wil aanvoeren van artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 in plaats van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’.

Uit het bestek, meer bepaald het hiervoor aangehaalde artikel 1.5 (zie *supra*, punt 3.5) blijkt dat de verwerende partij zich het recht heeft voorbehouden om “conform met” artikel 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 te oordelen over de redelijkheid van de aangeboden eenheidsprijzen voor de verschillende werken. De aanbestedende overheid heeft aangegeven de redelijkheid te beoordelen op basis van de door de dienstverlener vooropgestelde uurtarieven en de binnen de NMBS gangbare werktijd per operatie.

Artikel 98, § 3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 inzake het prijsonderzoek en de onregelmatigheid van een offerte wegens abnormale prijzen, is enkel van toepassing in geval van aanbesteding of offerteaanvraag. Anders dan het geval is in de regeling van de klassieke sectoren (artikel 122, vierde lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996), lijkt het koninklijk besluit van 10 januari 1996 geen uitdrukkelijke bepaling te bevatten die een aanbestedende overheid de mogelijkheid biedt om in geval van toepassing van de onderhandelingsprocedure, voormeld artikel 98, § 3, toch van toepassing te maken op de opdracht.

Deze in deze stand van het geding gemaakte vaststelling neemt niet weg dat het voeren van een prijsonderzoek waarbij duiding gevraagd wordt over de opgegeven prijs in het licht van de vaststellingen die de verwerende partij heeft gedaan bij dat onderzoek, ook kan volgen uit het – eveneens door de verzoekende partij geschonden geachte – zorgvuldigheidsbeginsel.

Het in het bestek vermelde “conform met” artikel 98 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 vermelde onderzoek, lijkt dan ook op het eerste gezicht veeleer zijn grondslag te vinden in het zorgvuldigheidsbeginsel.

Hieruit volgt dat in deze stand van het geding het middel in de mate dat het de schending aanvoert van het voornoemde artikel 98, § 3 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, weliswaar de rechtens vereiste juridische grondslag mist, maar dat het in deze stand van het geding kan worden aangenomen dat het voeren van zo een prijsonderzoek volgt uit de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel. Het middel wordt in deze stand van het geding vanuit dit oogpunt beoordeeld.

20. Te dezen is de geformaliseerde gunningsbeslissing het besluit van 8 november 2013 van de raad van bestuur van de NMBS waarbij het gemotiveerde voorstel tot toewijzing van de opdracht aan de gekozen inschrijver wordt goedgekeurd. De motivering van de bestreden beslissing valt dan ook samen met de motivering van het bij het feitenrelaas reeds geciteerde gunningsverslag.

Uit het gunningsverslag lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat de verwerende partij een onderzoek heeft uitgevoerd van de voorgestelde prijzen en dit zowel op grond van de redelijkheid van de voorgestelde uurtarieven, waarbij rekening werd gehouden met de minimum uursalarissen gepubliceerd door de Algemene Belgische Schoonmaak Unie (officieel erkende professionele vereniging voor de schoonmaaksector in België, hierna: ABSU), als op grond van de redelijkheid van de voorgestelde uitvoeringstijden, waarbij rekening werd gehouden met de redelijk geraamde tijd door de NMBS voor het uitvoeren van deze verrichtingen.

Dit onderzoek gebeurde zowel voor de basisofferte als voor de beste offerte. Zoals uit het feitenrelaas blijkt, oordeelde de aanbestedende overheid, op grond van het prijsonderzoek van de basisofferte, dat een aantal van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver, zoals ook een aantal van de prijzen van de verzoekende partij, laag werden ingeschat. Na onderhandelingen en het indienen van de beste offertes, heeft de aanbestedende overheid volgens het gunningsverslag de offertes opnieuw aan een prijsonderzoek onderworpen en heeft zij aan de gekozen inschrijver, zoals ook aan de andere inschrijvers, gevraagd voor een aantal bewerkingen de eenheidsprijzen en de uitvoeringstijd te bevestigen alsook het gegeven dat de werken zouden worden uitgevoerd volgens de in het bestek beschreven werkinhoud en kwaliteit. De gekozen inschrijver laat onder meer weten dat hij rekening heeft gehouden bij het opstellen van zijn beste offerte met de opmerking van de verwerende partij dat in een sterke schoonmaakkploeg in Vlaanderen voorzien dient te worden en het team in Wallonië verminderd kan worden, zodat hij daar het personeelsbestand met +/- 15 personen heeft laten dalen en dus ook de basiskosten heeft kunnen laten dalen. Met betrekking tot de materiaalkosten geeft de gekozen inschrijver aan dat zij samenwerken met de onderneming BOMA wat de gebruikte schoonmaakmaterialen en -producten betreft. Voorts geeft de gekozen inschrijver ook nog aan gebruik te maken van maatregelen voor het stimuleren van de tewerkstelling, ingevoerd door de overheid. Het gaat onder meer om Activa tewerkstellingsmaatregelen en startbaanovereenkomsten waardoor de werkgeversbijdragen voor de sociale zekerheid kunnen worden verminderd. Voorts stelt deze inschrijver ook premies te ontvangen voor de organisatie van opleidingen in samenwerking met de ABSU.

Daarnaast wordt ook een beroep gedaan op studenten wat ook een lagere kost met zich meebrengt.

Op grond van de informatie die de verwerende partij van de gekozen inschrijver verkrijgt, is zij nog van oordeel dat de uitvoeringstijden die de gekozen inschrijver heeft opgegeven eerder kort zijn ten opzichte van de andere inschrijvers en de door de verwerende partij verwachte uitvoeringstijden. De lagere prijzen van de gekozen inschrijver lijken hierdoor mede beïnvloed te worden, aangezien de eenheidsprijzen mede tot stand komen door de volgens de inschrijver vereiste uitvoeringstijd per bewerking te vermenigvuldigen met het uurtarief, naast de andere kosten zoals administratiekosten en materiaalkosten. De verwerende partij vraagt dan aan de gekozen inschrijver om een aantal verrichtingen ter plaatse bij de verwerende partij uit te voeren terwijl de verwerende partij de uitvoeringstijden chronometreert om de redelijkheid van de voorgestelde uitvoeringstijden beter te kunnen beoordelen. In het gunningsverslag komt de verwerende partij dienaangaande tot het besluit dat de verrichtingen kunnen gebeuren binnen de aangekondigde tijdsbestekken, niettegenstaande enkele verschillen toe te schrijven aan gebrek aan kennis van het terrein, van de precieze inhoud van de betrokken verrichting, zoals blijkt uit een bij het gunningsverslag gevoegd rapport.

De verzoekende partij formuleert in haar verzoekschrift geen enkele opmerking ten aanzien van deze overweging in het gunningsverslag omtrent de korte maar redelijke uitvoeringstijden van de gekozen inschrijver.

Op grond van deze test van de uitvoeringstijden en op grond van de door de gekozen inschrijver gegeven rechtvaardigingen ten aanzien van het gehanteerde uurtarief, namelijk het feit dat de vaste kosten worden verminderd omdat de meeste werven in Vlaanderen liggen en het feit dat beroep gedaan wordt op tewerkstellingsmaatregelen ingevoerd door de overheid, besluit de verwerende partij dat de offerte van de gekozen inschrijver conform en aanvaardbaar is.

Aldus toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan hoe de verwerende partij bij het voeren van voormeld prijsonderzoek en het

aanvaarden van de hiervoor vermelde elementen die de lagere eenheidsprijzen zouden verklaren, het zorgvuldigheidsbeginsel zou hebben geschonden.

21. Het argument dat in de schoonmaaksector “ernstig risico bestaat dat tegen dumpingprijzen gewerkt wordt, waarbij een onderneming met een abnormale lage prijs zich nadien onttrekt aan zijn fiscale en/of sociale zekerheidsverplichtingen” is niet meer dan een algemene bedenking en leidt dan ook niet tot een andere conclusie. In ieder geval blijkt ook uit de kandidaatstelling van de gekozen inschrijver dat deze inschrijver in regel is met de betaling van sociale zekerheidsbijdragen.

Wat de opmerking van de verzoekende partij betreft dat de verwerende partij de gegeven verantwoording niet had mogen aanvaarden te meer daar de gekozen inschrijver niet zou voldoen aan de voorwaarden inzake economische en financiële draagkracht, kan worden verwezen naar de bespreking van het eerste middel waar reeds werd vastgesteld dat deze kritiek niet de op het eerste gezicht vereiste ernst vertoont.

Wat de opmerking van de verzoekende partij betreft dat de elementen die de verwerende partij in overweging heeft genomen om de lagere prijzen te aanvaarden, eveneens gelden voor de andere inschrijvers, brengt de verzoekende partij geen enkel concreet element aan om bijvoorbeeld aan te tonen dat zij zelf ook gebruik maakt van tewerkstellingsmaatregelen. Zij maakt ook geenszins aannemelijk dat de werken onmogelijk uitgevoerd kunnen worden aan de door de gekozen inschrijver aangeboden prijzen wanneer gebruik gemaakt wordt van tewerkstellingsmaatregelen. Voorts blijkt op het eerste gezicht ook niet dat zij dezelfde korte uitvoeringstijden hanteert als de gekozen inschrijver.

De opmerking van de verzoekende partij dat de prijzen van de gekozen inschrijver niet werden getoetst aan de minimum uurlonen van de ABSU, lijkt feitelijke grondslag te missen aangezien uit het gunningsverslag op het eerste gezicht lijkt te kunnen worden afgeleid dat een dergelijke vergelijking wel werd uitgevoerd. De verwerende partij geeft bovendien aan dat de gekozen inschrijver heeft ingeschreven met een gemiddeld uurtarief van 12,132 euro en de

verzoekende partij toont niet aan dat dit tarief in strijd zou zijn met de minimum uurlonen van de ABSU.

Wat de opmerking van de verzoekende partij betreft dat niet werd nagegaan of de gekozen inschrijver de verplichting kan voldoen om van de verzoekende partij 50 schoonmakers over te nemen tegen de bestaande loons- en arbeidsvoorwaarden, brengt de verzoekende partij - voor zover een dergelijke verplichting te dezen al zou gelden - geen enkel element aan waaruit zou blijken dat dit onmogelijk zou zijn. De verzoekende partij legt in dit verband geen enkele individuele arbeidsovereenkomst neer waaruit in concreto zou blijken dat de betrokken CAO het overnemen van de werknemers zou bemoeilijken laat staan uitsluiten. Integendeel werd door de gekozen inschrijver in een schrijven aan de verwerende partij van 6 november 2013 uitdrukkelijk aangegeven: “BM&S bevestigt conform te zijn met de reglementering 132*bis*, wat wil zeggen dat BM&S voorziet om het bestaand personeel inclusief hun contractuele voorwaarden over te nemen en dit voor elk personeelslid”. De aangevoerde schending in dit onderdeel van het middel wordt evenmin met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid op het eerste gezicht vereiste ernst aangetoond.

22. Wat de eveneens in het middel aangevoerde schending van de materiële motiveringsplicht betreft, bouwt de verzoekende partij geen specifieke argumentatie op, zodat deze grief ofwel geacht moet worden samen te vallen met wat hiervoor al is besproken, ofwel onontvankelijk te zijn.

23. Het derde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 december 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Geert Debersaques