

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.730 van 27 oktober 2015
in de zaak A. 217.166/XII-7942**

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

tegen:

de STAD BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean-François De Bock en Joy Moens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Waterloosesteenweg 612
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 oktober 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 2 juli 2015 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Brussel waarbij de overheidsopdracht, gekend onder het besteksnummer 14/2650, houdende de verwijdering van asbest uit verschillende gebouwen, gegund wordt aan de nv Aclagro en er een totale overheidsuitgave van 750.000 euro, btw inbegrepen, wordt vastgelegd over drie jaar voor de financiering van de werken; de nv Mourik verzoekt tevens om de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete beslissing de opdracht niet aan haar te gunnen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 oktober 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jean-François De Bock, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De stad Brussel schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de “Aanneming tegen prijsborderel, voor een periode van drie jaar, betreffende de werken nodig voor het verwijderen van asbest in de gebouwen behorende tot het openbaar domein, tot het departement Handel en Grondregie van de Stadseigendommen van de Stad Brussel en tot de politiezone Brussel-Hoofdstad/Elsene (gezamenlijke opdracht volgens artikel 38 van de wet van 15.06.2006)”.

De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek met nummer 14/2650.

De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 april 2015.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 5 juni 2015.

Er worden elf offertes ingediend die als volgt worden gerangschikt nadat één inschrijver niet werd geselecteerd:

1) de nv Aclagro	94 (a)
2) de nv Mourik	95,45 (b)
3) de nv Renotec	96 (c)
4) de sa SBMI	98,20 (d)
5) de nv MRT	101,46 (e)
6) de sa Arenò	103,78 (f)
7) de sa Laurenty	104,364 (g)
8) de nv Viabuild Special Services	108,426 (h)
9) de bvba Asbest Partners Belgium	111,82 (i)
10) de sa Spie Belgium	123,468 (j)

3.4. Onder de hoofding “Regelmatigheid en rangschikking van de offertes van de geselecteerde firma’s” wordt in het “analyseverslag” van de offertes na deze rangschikking het volgende vermeld:

“Berekening van het gemiddelde (art. 99 KB 15/07/2011)

$(b) + (c) + (d) + (e) + (f) + (g) = 599,254$
 $\text{Gemiddelde} = 599,254 : 6 = 99,87567$
 $-15\% = 84,89432$

Geen enkel geselecteerde firma heeft een offerte neergelegd die minstens vijftien percent ligt onder het gemiddelde.

Geen enkel[e] onregelmatigheid is vastgesteld bij de offertes van de geselecteerde firma’s.

Tot besluit voor de regelmatigheid van de offertes: de 10 offertes van de geselecteerde firma’s zijn regelmatig.”

3.5. In zitting van 2 juli 2015 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Aclagro en de totale uitgave van de opdracht van 750.000 euro, btw inbegrepen, vast te leggen, voor drie jaar.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 18 september 2015 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat de opdracht niet aan haar is gegund. Als bijlage zijn het analyseverslag en het uittreksel van het gunningsbesluit gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. De verwerende partij werpt in de eerste plaats de niet-ontvankelijkheid van de vordering op in zoverre deze is gericht tegen de beslissing tot vastlegging van de totale uitgave van 750.000 euro, btw inbegrepen, voor drie jaar. Voorts merkt de verwerende partij op dat in zoverre de vordering is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, deze zonder belang is.

4.2. Er dient slechts uitspraak te worden gedaan over deze ontvankelijkheidsexcepties zo en in de mate dat het enige middel ernstig is.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 21, § 1, *juncto* artikel 99, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘betreffende de plaatsing van de overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, van artikel 78, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, van artikel 95, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt:

“Doordat Verwerende Partij in haar bestek heeft voorzien dat, met het oog op het bepalen van de rangschikking, een factor door de inschrijvers moet

worden opgegeven, waarmee het voor de uit te voeren taken toepasselijk gemiddelde uurloon, zoals voorgesteld door het Nationaal Paritair Comité van het Bouwbedrijf, gedefinieerd als ‘het referentie-uurloon’, moet worden vermenigvuldigd;

Doordat Belanghebbende Partij in haar offerte de factor Z heeft ingevuld met ‘0,94’;

Zodat het uurloon dat Belanghebbende Partij zal hanteren voor het vergoeden van haar werknemers, gelijk is aan EUR 14,6615 (d.i. het referentie-uurloon) x 0,94 = EUR 13,78181;

Terwijl, overeenkomstig de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst afgesloten op 12 juni 2014, het minimumuurloon voor de betreffende categorie werknemers gelijk is aan EUR 14,261;

Zodat het door Belanghebbende Partij in haar offerte opgenomen uurloon lager is dan het overeenkomstig de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst verschuldigde uurloon en de offerte van Belanghebbende Partij door een substantiële onregelmatigheid is aangetast;

Zodat bijgevolg de Bestreden Beslissing artikel 78, §§ 1 en 2 van het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 schendt, alsmede artikel 21, § 1 juncto artikel 99, § 1 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, alsmede artikel 95, § 3 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel;

Zodat derhalve ook artikel 24 van de Wet van 15 juni 2006 is geschonden, nu de Opdracht aan Verzoekende Partij moet worden gegund, m.n. de laagste regelmatige inschrijver in het kader van een gunningsprocedure, georganiseerd onder de vorm van een open aanbesteding.”

In een toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat de gekozen inschrijver de enige is die een factor Z lager dan 1 heeft opgegeven. “M.a.w., [de gekozen inschrijver] zal bij de uitvoering van de Opdracht een uurloon betalen dat lager is dan het gemiddelde uurloon, vastgesteld door het Nationaal Paritair Comité van het Bouwbedrijf (Categorie D’), verhoogd met het totale percentage der sociale lasten en verzekeringen, aangenomen door de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie.” “De offerte van [de gekozen inschrijver] schendt bijgevolg artikel 78, §§ 1 en 2 van het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013, nu [de gekozen inschrijver] of haar onderaannemers tijdens de uitvoering van de aannemingswerken aan haar werknemers niet het minimum

uurloon zal betalen, zoals voorzien door de collectieve arbeidsovereenkomst, afgesloten binnen het paritair comité waaronder de werknemers van [de gekozen inschrijver] ressorteren [...].” Aanvullend wijst de verzoekende partij ook op bepaalde omstandigheden, die hier van toepassing zouden zijn, waarin er een hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever is voor de betaling van het loon van de werknemers van de aannemer. Ten slotte merkt de verzoekende partij “[b]ovendien [op] dat, in het kader van het regelmatigheidsonderzoek, Verwerende Partij klaarblijkelijk geen aandacht heeft besteed aan de gevolgen van het opnemen in de offerte van een Z-factor lager dan 1 wat betreft de post [8.9] ‘Heures’ en dit in het kader van het verplicht uit te voeren prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21, § 1 juncto artikel 99, § 1 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011”.

7. De verwerende partij wijst er in haar nota in essentie op dat uit de manier waarop de offerte van de nv Aclagro werd opgesteld, namelijk alle posten hebben een factor 0,94 gekregen, duidelijk de bedoeling van deze inschrijver blijkt, namelijk het toekennen van een globale korting van 6%. Voorts merkt zij op dat het “uiteraard” niet is omdat de nv Aclagro een coëfficiënt opgeeft die lager is dan 1, dit tot gevolg heeft dat deze inschrijver een loon gaat uitbetalen dat lager ligt dan het minimumloon. De nv Aclagro kan immers besluiten aan een bepaalde prijs aan de verwerende partij te factureren doch zelf een hogere prijs uit te betalen aan haar arbeiders. Ter terechtzitting wijst zij er ter adstructie van haar stelling dat er geen noodzakelijk verband is tussen wat voor de regie-uren aan de verwerende partij wordt gefactureerd en het loon dat werkelijk wordt uitbetaald aan de werknemers, voorts onder meer op dat het gemiddelde uurloon vastgesteld door het paritair comité, en zoals verhoogd, slechts een momentopname is en dit uurloon zal wijzigen in functie van nieuwe vaststellingen van dit comité, van de indexatie van de lonen of van marktomstandigheden zoals schaarste aan degelijke werknemers zodat dit uurloon waarmee rekening moet worden gehouden voor de invulling van de Z-coëfficiënt, in elk geval niet het werkelijke uurloon zal zijn gedurende de drie jaar van de opdracht; het is dan ook duidelijk, aldus de verwerende partij, dat geen enkele inschrijver zich kan beroepen op dit uurloon van het paritair comité als het uurloon dat zal worden uitbetaald aan de werknemers.

Beoordeling

8. Artikel 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006 bepaalt dat, indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend. Overeenkomstig artikel 21, § 1, en 99, § 1, van het voormeld koninklijk besluit van 15 juli 2011 onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijsonderzoek.

De aanbestedende overheid beschikt in de gevallen waarin, zoals te dezen, artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 niet van toepassing is, bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid; de Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 21, § 3, van het voormeld koninklijk besluit van 15 juli 2011 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 één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

9. In het analyseverslag wordt er omtrent het onderzoek van de onregelmatigheid van de offertes enkel het volgende vermeld:

“Berekening van het gemiddelde (art. 99 KB 15/07/2011)

(b) + (c) + (d) + (e) + (f) + (g) = 599,254
Gemiddelde = 599,254 : 6 = 99,87567
-15% = 84,89432

Geen enkel geselecteerde firma heeft een offerte neergelegd die minstens vijftien percent ligt onder het gemiddelde.

Geen enkel[e] onregelmatigheid is vastgesteld bij de offertes van de geselecteerde firma's.

Tot besluit voor de regelmatigheid van de offertes: de 10 offertes van de geselecteerde firma's zijn regelmatig."

De verwerende partij lijkt niet te betwisten dat de prijs per uurloon die zij zal moeten betalen aan de gekozen aannemer, strikt bekeken in het kader van post 8.9., onder het door het bevoegde paritaire comité vastgestelde loon ligt.

Dit gegeven had de verwerende partij ertoe moeten aanzetten de bieding van de gekozen inschrijver voor deze post aan een nader onderzoek te onderwerpen, wat nergens uit blijkt. Integendeel, de verwerende partij meent, hier bijgebracht als een *a posteriori*-argumentatie, dat er geen probleem is omdat er hier sprake zou zijn van een globale korting. Dit gegeven blijkt niet onmiddellijk uit de offerte van de gekozen inschrijver aangezien voor elke post afzonderlijk een coëfficiënt, weze het eenzelfde, is gegeven. Voorts moet worden gewezen op het feit dat de grootte van de posten ten aanzien van het globaal te bestellen bedrag, niet vast ligt; de percentages in het bestek zijn enkel gegeven in functie van de rangschikking zodat een globale kortingsbenadering voor de volledige opdracht niet voor de hand lijkt te liggen. De benadering van de gekozen inschrijver, die als enige van de inschrijvers dergelijke globale werkwijze hanteerde – de andere inschrijvers hebben per post een verschillende coëfficiënt geboden – lijkt eventueel problematisch naar prijsonderzoek en prijsvergelijking toe.

In die omstandigheden lijkt de verwerende partij tekort te zijn gekomen aan haar zorgvuldigheidsplicht en is het middel in die mate ernstig. De draagwijdte van het ernstig bevinden leidt echter enkel tot de schorsing van de gunningsbeslissing.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 2 juli 2015 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Brussel waarbij de

overheidsopdracht gekend onder het besteksnummer 14/2650 houdende de verwijdering van asbest uit verschillende gebouwen, wordt gegund aan de nv Aclagro.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 oktober 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra