RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 237.910 van 7 april 2017
in de zaak A. 221.706/XII-8341

In zake: de NV ISS FACILITY SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Teerlinck
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NMBS, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 maart 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e gunningsbeslissing van onbekende datum van de NMBS, meegedeeld bij brief van 27 februari 2017, waarbij de raamovereenkomst voor schoonmaakprestaties van het rollend materieel met hoge snelheid, de verwijdering van graffiti op het materieel en diverse aanverwante schoonmaakprestaties, beschreven in het bestek B-PI.013 C9D/0000308772, aan Cleaning Masters nv werd gegund, en de impliciete beslissing om dezelfde opdracht niet aan [de nv ISS Facility Services] te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 april 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Louise Galot, die *loco* advocaat Peter Teerlinck verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Tom Villé, die eveneens *loco* advocaat Barteld Schutyser, verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Regelmatigheid van de procedure

3. De verzoekende partij legt een pleitnota neer, waartegen de verwerende partij geen bezwaar uit. Niet gekend door de procedureregeling noch gevraagd door de Raad van State, kan deze wel als inlichting gelden, in zoverre deze de weergave is van de mondelinge repliek ter terechtzitting.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. 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.

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.

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.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij betoogt dat de “verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver Cleaning Masters nv heeft aanvaard als regelmatig, terwijl een verplicht essentieel stuk ontbrak bij diens offerte”, meer bepaald het verslag van plaatsbezoek.

Om die reden voert zij de schending aan van “het gelijkheidsbeginsel, van het beginsel patere legem quam ipse fecisti, van de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht, en van de formele

motiveringsplicht zoals neergelegd in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen".

Beoordeling

6. In het bijzonder bestek is bepaald dat een plaatsbezoek wordt georganiseerd op de werkplaats van Vorst waar de diverse schoonmaakoperaties moeten worden uitgevoerd en de diverse materieeltypes kunnen worden bezocht. Er is voorgeschreven dat het niet deelnemen aan dit bezoek leidt tot uitsluiting.

Voorts is in het bestek te lezen:

> "Een uitvoerig verslag van dit bezoek zal verplicht toegevoegd worden aan de offerte van iedere inschrijver. Dit verslag zal een beschrijving bevatten van hoe de inschrijver de beheersing van de verschillende prestaties voorziet, de bijzonderheden van de werkplaats evenals de verplichtingen inzake veiligheid. Dit verslag komt in aanmerking voor de evaluatie van de offerte in het kader van het gunningscriterium 'Plan van aanpak'.
> Volgende onderwerpen zijn uitvoerig te omschrijven in het verslag:
> - Beschrijving van de vooropgestelde structuur van het management van de dienstverlener voor de uitvoering van deze opdracht volgens ontwerp van dit bestek.
> - Beschrijving van de vooropgestelde organisatie van de dagelijkse leiding op het terrein, indeling en organisatie van de ploegen.
>   Dit bevat minimaal:
>   - de lokale verantwoordelijken op de sites;
>   - de lokale structuur en organisatie met de beschrijving hoe het overleg met eventuele onderaannemers gebeurt;
>   - de positie van de SPOC van de dienstverlener.
> - Beheersing van de exploitatieveiligheid.
>   Systeem kwaliteitsbeheer in overeenstemming met de technische voorwaarden van dit bestek.
> - Opleiding van het personeel en tracabiliteit.
> - Beheersing arbeidsveiligheid in overeenstemming met de geldende algemene en plaatselijke veiligheidsconsignes.
> - Gebruikte middelen, materieel, machines, en prestatiemethodes.
>
> Dit verslag krijgt een contractueel karakter bij de aanvang van de overeenkomst en gedurende de volledige duur van de overeenkomst.
> Bij het niet naleven van de contractuele afspraken in voormeld verslag, zal een straf van 5000 EUR per inbreuk toegepast worden."

Er wordt voorts in het bestek (deel "Offerte" – "Vak 8 – Bijlagen") verduidelijkt dat in "Bijl aan deze offerte zijn gevoegd" onder meer "Bijl A-6 : Het verslag van het plaatsbezoek (zie Par 7.g van onderhavig bestek)".

7. Twee gunningscriteria gelden, te weten de prijs (85 %) en het plan van aanpak (15 %).

Het gunningscriterium "Plan van aanpak" bestaat uit verscheidene "punten te ontwikkelen" in de offerte die worden beoordeeld en die samen op 100 punten worden gequoteerd (daarna te herleiden tot 15 %), waaronder het verslag van het plaatsbezoek, dat wordt beoordeeld en gequoteerd op 10 van de 100 punten.

8. In een verslag van een vergadering op 14 december 2016 nodigt de verwerende partij de gekozen inschrijver uit om het verslag te bezorgen.

De gekozen inschrijver ontkent niet dat geen afzonderlijk verslag werd opgenomen in de offerte. In zijn e-mailbericht van 15 december 2016 verduidelijkt hij wat volgt:

> "In ons dossier hebben wij het verslag van het plaatsbezoek geïntegreerd in het plan van aanpak. Wij hebben dit duidelijk gemaakt in de inhoudstafel van ons dossier (in bijgevoegde kopie op blz. 1): 'Plan van aanpak/Verslag plaatsbezoek'. Bovendien hebben wij er ook melding van gemaakt in de inleiding van ons plan van aanpak. In bijgevoegde kopie op blz. 3 kunt u lezen: 'Op basis van de informatie die de NMBS ons bezorgd heeft en van de gegevens die we verzamelden tijdens het plaatsbezoek op woensdag 16 november 2016, stellen we u het volgende plan van aanpak voor.'
> Ons hoofdstuk 2 ('Schoonmaak gebouwen', in bijgevoegde kopie vanaf blz. 22) is opgebouwd volgens de structuur die u voorstelt in uw lastenboek op blz. 12-13 (onder punt 7.g. plaatsbezoek). Ter verduidelijking hebben wij in bijgevoegde kopie alle fragmenten met betrekking tot het verslag van het plaatsbezoek in het geel gemarkeerd."

9. Als antwoord op een brief van 8 maart 2017 van de verzoekende partij, waarin zij het gebrek aan een formeel verslag in de offerte van de gekozen inschrijver bekritiseert, antwoordt de verwerende partij op 13 maart 2017:

> "De firma Cleaning Masters (CM) heeft geen verslag (onder de vorm van een apart document) van het plaatsbezoek aan haar offerte toegevoegd. De informatie die bekomen werd in het kader van het plaatsbezoek werd daarentegen geïntegreerd in het gedeelte 'Plan van aanpak' van de offerte van de firma CM. Het is dan ook dit gedeelte van de offerte dat in aanmerking is genomen als zijnde het verslag van plaatsbezoek en dat vervolgens werd aangewend voor de beoordeling van het gunningscriterium 'plan van aanpak'. De aspecten van exploitatieveiligheid en arbeidsveiligheid worden door de firma CM eveneens behandeld in haar offerte zelf, zonder onderdeel uit te maken van een apart opgesteld document.
> Het gedeelte van de offerte van de firma CM waarin de door het bestek vereiste aspecten werden behandeld, zal in aanmerking komen om een contractueel karakter te verwerven bij aanvang van de overeenkomst. De opgesomde maatregelen en afspraken zullen van ook een bindend karakter hebben, waarop bij niet-naleving de in het bestek voorziene sanctie van 5000 euro per inbreuk zal toegepast worden.
> […]."

10. Ook in een onderhandelingsprocedure moet een offerte conform het bestek en de erin opgenomen vereisten zijn.

11. In de inhoudstafel van de offerte van de gekozen inschrijver wordt bij "Bijlagen A-6: Verslag van plaatsbezoek" vermeld "zie hierna", waarmee wordt verwezen naar het offertedeel "Plan van aanpak/Verslag plaatsbezoek".

De handelwijze om, wat het verslag van plaatsbezoek betreft, te verwijzen naar de onderscheiden delen van de offerte waarin de gevraagde informatie is te vinden, is tevens gevolgd door de verzoekende partij. Bijvoorbeeld in haar verslag van plaatsbezoek neemt zij aldus op: "Gebruikte middelen, materieel, machines en prestatiemethodes – i. Zie offerte p. 24-30". Ook inzake de andere in punt 7g van het bestek vermelde onderwerpen die in het verslag van plaatsbezoek moeten worden opgenomen, neemt de verzoekende partij telkenmale verwijzingen op naar bepaalde delen in haar offerte. Bij de puntentoekenning voor

het verslag van het plaatsbezoek moet ook in haar geval dus bijkomend worden gekeken naar andere delen van de offerte.

12. Na onderzoek van de offerte van de gekozen inschrijver moet worden vastgesteld dat de voornoemde gegevens die minstens in het verslag van plaatsbezoek dienden te worden opgenomen, in het deel "Plan van aanpak/Verslag plaatsbezoek" te vinden zijn en dat dit deel alle in punt 7g van het bestek gevraagde gegevens lijkt te bevatten.

Het weren van de offerte van de gekozen inschrijver omdat de inhoud van het verslag van het plaatsbezoek met de gevraagde structuur is opgenomen in het plan van aanpak en niet in een afzonderlijk al dan niet verwijzend document, zou in de concrete omstandigheden van de zaak op het eerste gezicht als een overdreven formalistisch handelen kunnen worden beschouwd, dat alsdan de perken van de redelijkheid te buiten gaat.

13. Hoewel in het gunningsverslag slechts is opgemerkt dat een formeel verslag van plaatsbezoek niet is gevoegd bij de offerte, heeft, zoals hiervoor reeds vastgesteld, de verwerende partij op 13 maart 2017 – dus voorafgaand aan de indiening van het verzoekschrift – bijkomende uitleg aan de verzoekende partij gegeven. De verzoekende partij toont niet aan dat zij op grond van de motieven die werden meegedeeld vóór het indienen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, niet in staat was terdege te oordelen of het zin had zich tegen die motieven te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt en om dienaangaande in haar verzoekschrift eventueel een middel te formuleren, hetgeen zij overigens wel degelijk heeft gedaan.

14. Nu de verzoekende partij niet lijkt te kunnen worden bijgevallen in haar stelling dat de offerte van de gekozen inschrijver moest worden geweerd, is kritiek op de beoordeling en quotering zelf van het subgunningscriterium "Verslag van plaatsbezoek" niet dienstig. Zelfs indien de gekozen inschrijver hierop 0/10 in plaats van 3/10 behaalt – nog vóór de voormelde herleiding van 100 naar 15%, dan

nog lijkt deze mindere quotering de rangschikking tussen de verzoekende partij en de gekozen inschrijver niet te kunnen wijzigen. Hun totale puntenverschil bedraagt immers meer dan zeven punten. Op dat vlak lijkt de verzoekende partij bijgevolg het vereiste belang te ontberen.

15. Enige schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen lijkt dan ook niet aangetoond.

VI. Besluit

16. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

17. Er is te dezen grond om de kosten van de vordering met inbegrip van de gevorderde en niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding van 700 euro ten laste te leggen van de verzoekende partij.

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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 april 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**