

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.040 van 28 maart 2019
in de zaak A. 223.633/XII-8454**

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

tegen:

de HOGESCHOOL PXL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Pieelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 oktober 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Hogeschool PXL van 22 augustus 2017 tot gunning van de overheidsopdracht van diensten “Schoonmaken van alle lokalen in de gebouwen van Hogeschool PXL” aan de nv Köse Cleaning.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 januari 2019.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Daan Lernout, die *loco* advocaat Steven Van Geeteruyen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een met dit arrest andersluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3. In 2017 schrijft de Hogeschool PXL een overheidsopdracht uit voor het “Schoonmaken van alle lokalen in de gebouwen van Hogeschool PXL”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 31 maart 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 april 2017.

Voor de gunning van de opdracht wordt een beroep gedaan op de plaatsingsprocedure van de open offerteaanvraag.

In het bestek worden de gunningscriteria als volgt omschreven:

“Gunningscriterium 1:

De totale prijs van de schoonmaakprestatie in alle gebouwen berekend op jaarbasis.

50 punten

De punten voor criterium ‘1’ worden toegekend op basis van de volgende formule:

Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) x gewicht criterium 1

Gunningscriterium 2:

Het totale aantal uren van de schoonmaakprestatie in alle gebouwen berekend op jaarbasis.

30 punten

De punten voor criterium ‘2’ worden toegekend op basis van de volgende formule:

Score offerte = (uren offerte / offerte met hoogste aantal uren) x gewicht criterium 2

Gunningscriterium 3:

De uurprijs voor extra gevraagde prestaties.

20 punten

De punten voor criterium ‘3’ worden toegekend op basis van de volgende formule:

Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) x gewicht criterium 3

De gunningscriteria worden vermeld in afnemende volgorde van belangrijkheid. De opdracht zal gegund worden aan de inschrijver welke volgens de evaluatie van al deze criteria de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.”

Vijf offertes, waaronder die van de verzoekende partij, worden tijdig ontvangen; vier inschrijvers worden geselecteerd.

In het verslag van nazicht van de offertes wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Köse Cleaning. De offerte van de verzoekende partij wordt tweede gerangschikt.

De verwerende partij beslist op 22 augustus 2017 de opdracht te gunnen aan de nv Köse Cleaning.

Bij schrijven van 4 september 2017 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat de prijs van de gekozen inschrijver meer dan

30 % onder de gemiddelde prijs van de andere inschrijvers zou liggen en dat er klaarblijkelijk geen prijsonderzoek zou zijn gebeurd. Tevens vraagt de verzoekende partij om alsnog een prijsonderzoek uit te voeren en stelt zij dat de prijs van de gekozen inschrijver abnormaal zou zijn.

Op 8 september 2017 antwoordt de verwerende partij het volgende:

“Ik kom terug op uw bericht van 4 september 2017 dat wij mochten ontvangen naar aanleiding van de kennisgeving van onze gunningsbeslissing van 28 augustus 2017.

U verzoekt ons over te gaan tot de uitvoering van een prijsonderzoek.

Wij kunnen niet op uw verzoek ingaan, daar de materiële regelmatigheid van de offertes tijdens de gunningsprocedure reeds werd onderzocht en bij nazicht van de totaalprijzen en de inventarissen, klaar en duidelijk bleek dat de opgegeven prijzen geen abnormaal karakter vertonen.

In het verslag van nazicht werden hieromtrent geen vermeldingen opgenomen, maar zoals u weet, is er geen wettelijke of reglementaire bepaling die deze verplichting oplegt.

U geeft aan dat de prijs van de gekozen offerte meer dan 30% onder het door u berekende gemiddelde prijs van de weerhouden inschrijvers ligt. Dit zou volgen uit het feit dat het totale aantal opgegeven uren en het gehanteerde uurtarief van de gekozen inschrijver +/- 15% onder het gemiddelde van de weerhouden inschrijvers ligt. Deze gegevens brengen evenwel nog niet met zich mee dat de offerte van de gekozen inschrijver als abnormaal had moeten worden geweerd of dat deze offerte niet zonder prijsverantwoording te vragen kon worden aanvaard. In dit verband gelden er ook geen specifieke drempels voor een overheidsopdracht voor diensten.

Wij wijzen erop dat er grote verschillen waren tussen de prijzen van alle weerhouden offertes. Ook tussen al de andere inschrijvers waren de verschillen groot, hetgeen er juist op wijst dat de prijsverschillen [in de] betrokken sector groot zijn. Dit verklaart waarom er bij alle inschrijvers dergelijke afwijkingen zijn van het gemiddelde van de weerhouden offertes.

Daarnaast zal u kunnen vaststellen dat de offerteprijs van de gekozen inschrijver het meest aansluit bij de eigen raming van Hogeschool PXL. Het geraamd opdrachtbedrag is evenzeer een referentie om het abnormaal karakter van een offerte te beoordelen. Hogeschool PXL schrijft immers niet voor het eerst een dergelijke opdracht uit.

De gekozen inschrijver heeft overigens al eerder ingestaan voor het schoonmaken van de gebouwen van Hogeschool PXL. De voorliggende prijs van de gekozen inschrijver ligt in de lijn met de prijs waarvoor zij de dienstverlening reeds eerder uitvoerde. Wij weten dus uit ervaring dat de

door de gekozen inschrijver opgegeven prijs niet abnormaal is en dat de diensten voor dit bedrag wel degelijk kunnen worden uitgevoerd.

Het loutere feit dat de prijs van de gekozen offerte lager is dan de prijs van de offerte van ISS brengt niet met zich mee dat de prijs van de gekozen offerte als abnormaal had moeten worden beschouwd. Voor het overige geeft u niet aan waarom de prijs van de gekozen offerte abnormaal laag zou zijn.

Een nader prijsonderzoek is om al deze redenen dan ook niet vereist, daar er van abnormale prijzen geen sprake is.”

IV. Vertrouwelijke behandeling van stukken

4. De verwerende partij vraagt de vertrouwelijke behandeling van een aantal door haar neergelegde stukken, waaronder de offertes. In deze stukken is volgens haar bedrijfsgevoelige informatie opgenomen, zoals eenheidsprijzen, die onder het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie vallen en die dus beschermd dienen te worden om het gelegitimeerd economisch belang van de inschrijvers te vrijwaren.

5. De verzoekende partij verzet zich in de memorie van wederantwoord en de laatste memorie tegen de ingeroepen vertrouwelijkheid van bepaalde van die stukken. De verzoekende partij meent dat de vertrouwelijkheid ervan niet kan worden gehandhaafd, aangezien het verweer integraal gesteund wordt op de inhoud van de betrokken stukken, onder meer de prijzen die de nv Köse Cleaning in het kader van de voorgaande overheidsopdracht zou hebben geboden.

Beoordeling

6. Zoals hierna zal blijken, wordt het eerste onderdeel van het eerste middel gegrond bevonden. Het is hiervoor niet vereist om de gevraagde vertrouwelijkheid op te heffen zodat die vertrouwelijkheid wordt toegestaan. De Raad van State mag overigens de betrokken stukken bij zijn beoordeling betrekken wat hij hierna uitdrukkelijk doet.

V. Onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel zoals vervat in artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2006), van artikel 25 van de wet overheidsopdrachten 2006, van de artikelen 21, § 1 en 3, *juncto* 95, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011), en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel.

In het eerste middelonderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat de offerte van de nv Köse Cleaning aan een meer zorgvuldig prijsonderzoek, en bij uitbreiding een verzoek tot prijsverantwoording, had moeten worden onderworpen; immers, de offerteprijs van de nv Köse Cleaning vertoont een afwijking van ongeveer 30 % ten opzichte van de gemiddelde inschrijvingsprijs en wijkt ook meer dan 10 % af van de raming van de verwerende partij zelf – 823.756,22 euro ten opzichte van 907.000,00 euro, btw inbegrepen. Zij benadrukt hierbij dat geen enkele andere inschrijver een prijs opgeeft die onder de raming uitkomt, laat staan een prijs opgeeft van minder dan 1 miljoen euro per jaar.

De verzoekende partij verwijst ter zake naar rechtspraak van de Raad van State, evenzeer in het kader van de beoordeling van de gunning van een overheidsopdracht in de schoonmaaksector, waarbij de Raad oordeelde dat afwijkingen van 12 % en 6 % “bezwaarlijk, zoals de verwerende partij in de nota meent, als ‘onderling slechts in geringe mate’ afwijkend worden beschouwd”.

De verzoekende partij stelt daarnaast in vraag of de door nv Köse Cleaning opgegeven prijs wel een uitvoering toelaat met respect voor de

sociaalrechtelijke verplichtingen, in het bijzonder de toepasselijke minimumlonen. Zij meent dat de verwerende partij dit tevens had moeten onderzoeken, te meer nu de schoonmaaksector een sector is die gevoelig is voor dergelijke wederrechtelijke praktijken.

Volgens de eigen berekeningen van de verzoekende partij, die zij toelicht met stukken, kan de door de nv Köse Cleaning aangeboden eenheidsprijs per uur – die zij berekent door 823.243,78 euro, de totaalprijs per jaar te delen door het totaal aantal uren schoonmaakprestaties per jaar, namelijk 33.204,82 uur, wat een bedrag geeft van 24,78 euro, btw inbegrepen of 20,49 euro, btw niet inbegrepen – onmogelijk de toepasselijke minimumlonen en de daarop verschuldigde sociale bijdragen respecteren. Op grond van het toepasselijk minimumloon in het Paritair Comité 1210000, dat de sector Schoonmaak omvat, dat op uiterste datum van indiening van de offerte 12,5255 euro per uur bedroeg en de minimale en zekere sociale lasten verschuldigd op het voormelde minimumloon, wat een toeslag van 70,99 % met zich meebrengt, komt de verzoekende partij reeds tot een bedrag van 21,42 euro per uur, btw niet inbegrepen. Komt daarbij een aantal variabele lasten zoals feestdagen, verzekeringen en arbeidskledij. Mocht de gekozen inschrijver beroep mogen doen op bepaalde gunststatuten, dan blijkt dit nergens uit.

Hierbij merkt de verzoekende partij nog op dat de op te geven prijs bovendien een totaalprijs betreft en dus niet enkel de zuivere loonkost per uur omvat, maar tevens rekening dient te houden met de prijs voor inzet van materieel, het verbruik van schoonmaakproducten, de overheadkosten en de winstmarge voor de inschrijver en het gegeven dat de verwerende partij in het bestek elke prijssherziening gedurende 3 jaar heeft uitgesloten.

De verzoekende partij verzoekt, voor zover de Raad van State dit nuttig en noodzakelijk acht voor de beoordeling van de zaak, de aanstelling van een deskundige.

De verzoekende partij benadrukt ten slotte nog dat, zoals onder meer blijkt uit de “Vlaamse gids tegen sociale dumping bij overheidsopdrachten” van 20 april 2017, op de aanbestedende overheden de verplichting rust om in fraudegevoelige sectoren, zoals de schoonmaaksector er één is, aan het prijs-onderzoek bijzondere aandacht te schenken als preventieve maatregel tegen sociale dumping. Zij verwijst hierbij ook naar de omzendbrief van de Eerste Minister van 22 juli 2014 ‘overheidsopdrachten – Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer – Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer die illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt – Uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de fiscale en sociale schulden naar bepaalde fraudegevoelige dienstensectoren’ zoals bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 4 augustus 2014, bl. 57.012, en waarin de schoonmaaksector gerekend wordt tot de fraudegevoelige sectoren en het prijs-onderzoek wordt aangewezen als het belangrijkste luik in de preventieve aanpak van de sociale fraude.

8. De verwerende partij wijst er, wat dit eerste middelonderdeel betreft, in de eerste plaats op dat zij niet verplicht was een prijsverantwoording te vragen aangezien zij de offerte van de gekozen inschrijver niet wilde weren. Voorts merkt zij op dat zij de prijzen van de inschrijvers uitvoerig met elkaar vergeleken heeft en dat zij hierbij “zelfs de prijzen van de verschillende inschrijvers voor elke afzonderlijke post met elkaar [heeft] vergeleken teneinde een duidelijk zicht te hebben op de redenen achter deze prijsverschillen”; hiervoor verwijst zij naar haar vertrouwelijk stuk 2. Hierbij kwam zij tot de conclusie dat er geen abnormale prijzen waren.

Bij het prijs-onderzoek heeft zij vastgesteld dat “de opgegeven prijzen van alle inschrijvers in zeer belangrijke mate van elkaar afwijken en dat er zeer grote prijsverschillen zijn”. Hierbij verwijst zij naar de totaalprijzen btw inbegrepen, namelijk 823.243,78 euro (gekozen inschrijver), 1.021.815,96 euro, 1.044.405,78 euro (de verzoekende partij), 1.358.127,42 euro en 1.525.775,04

euro. “Een zogenaamde afwijking van ca. 30% van de gemiddelde inschrijvingsprijs is in dergelijke omstandigheden immers niet abnormaal en het logische gevolg van een grote prijsdiversiteit”.

Voorts ligt de prijs van de nv Köse Cleaning het meest in de lijn van het geraamde opdrachtbedrag van 907.500 euro, btw inbegrepen, dat berekend werd op grond van de kostprijs van de schoonmaakopdracht in de voorgaande jaren die ook werd uitgevoerd door de nv Köse Cleaning; deze raming is volgens haar een objectief en relevant vergelijkingspunt.

Ook merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij geen rekening houdt met “de eigenlijke ratio legis van het prijsonderzoek”, namelijk dat dergelijk onderzoek in eerste instantie gericht is op de bescherming van de aanbestedende overheid. “Het prijsonderzoek is dus niet zozeer louter gericht op de bescherming van de particuliere sector”. “In casu was het algemeen prijsonderzoek dat door PXL werd gehouden afdoende en voldoende zorgvuldig uitgevoerd om aan deze doelstellingen tegemoet te komen”. Doordat de nv Köse Cleaning de vorige dienstverlener is, weet de verwerende partij dat de door deze onderneming opgegeven prijzen niet abnormaal zijn en zij de opdracht kan uitvoeren voor die prijs. Deze vorige dienstverlening “verliep trouwens zonder enige problemen”, op welk vlak dan ook. De verwerende partij beklemtoont dat zij rekening mocht houden “met haar ervaringen uit het verleden”.

Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft dat de geboden uurprijs van de gekozen inschrijver deze laatste niet in staat stelt de toepasselijke minimumprijzen te respecteren, merkt de verwerende partij het volgende op:

“Zonder uitspraak te doen over de correctheid van de door ISS bijgebrachte gegevens, dient te worden opgemerkt dat zelfs als de door ISS bijgebrachte gegevens correct zouden zijn en deze zouden aantonen dat Köse Cleaning de betaling van de minimumlonen niet zou kunnen garanderen, dat dit niets afdoet aan het gegeven dat PXL aan al haar verplichtingen in het kader van het algemeen prijsonderzoek tegemoet is

gekomen. Dat PXL met voldoende en doorslaggevende elementen rekening heeft gehouden in het kader van haar prijsonderzoek werd hierboven reeds uitvoerig uiteengezet. Ook werd reeds benadrukt dat dit prijsonderzoek voldoende zorgvuldig en correct werd uitgevoerd. PXL had dan ook geen uitgebreider prijsonderzoek moeten voeren in de gegeven omstandigheden. Zij heeft immers het nodige gedaan in het licht van de finaliteit van het prijsonderzoek [namelijk de bescherming van de aanbestedende overheid].”

en

“Aangezien de door ISS bijgebrachte gegevens inzake de minimumlonen en de overige prijselementen en de uiteenzetting van ISS hieromtrent niets afdoen aan de deugdelijkheid van het door PXL gevoerde prijsonderzoek zal hierop niet verder worden ingegaan.”

Ten slotte merkt de verwerende partij op dat haar uitgevoerd algemeen prijsonderzoek ook standhoudt in het licht van de door de verzoekende partij aangehaalde omzendbrief van 22 juli 2014. Immers, “[n]ergens in deze omzendbrief worden er [...] bijkomende voorwaarden opgelegd waaraan het prijsonderzoek dan wel zou moeten voldoen in de fraudegevoelige sectoren”. “In de inleidende tekst wordt louter gesteld dat hieraan bijzondere aandacht moet worden geschonken” wat de verwerende partij heeft gedaan. In de mate dat de verzoekende partij verwijst naar de “Vlaamse gids tegen sociale dumping bij overheidsopdrachten” van 20 april 2017, merkt de verwerende partij op dat deze niet bindend is.

9. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij, wat dit eerste middelonderdeel betreft, dat een door haar ingeroepen arrest geveld is in een zo goed als gelijkaardige context als die van het huidig dossier, te weten een opdracht van diensten in de schoonmaaksector, met in belangrijke mate uiteenlopende eenheidsprijzen van de zeven inschrijvers; ook daar werd enkel toegelicht dat de offerte als materieel regelmatig werd beschouwd en had de aanbestedende overheid er zich toe beperkt een mondeling overleg te hebben met de gekozen inschrijver waarbij het respect voor de sociaalrechtelijke verplichtingen aan bod kwam.

Bovendien meent zij dat zij wel degelijk *in concreto* argumenteert waarom de prijszetting van de gekozen inschrijver minstens schijnbaar abnormaal laag is. Zij toont immers aan dat de eenheidsprijs van de gekozen inschrijver geen uitvoering toelaat waarbij de toepasselijke minimumlonen en de erop rustende sociale lasten, vermeerderd met de verplichtingen uit de sociale wetgeving en de verplichtingen voortvloeiend uit het bestek worden gerespecteerd.

Wat de grote prijsverschillen tussen de offertes betreft, merkt zij nog op dat de verwerende partij uit het oog verliest dat de vergelijking van de andere inschrijvers met de offerte van de gekozen inschrijver uiteraard nog grotere verschillen aangeeft, dat laatstgenoemde de enige inschrijver is die een prijs opgeeft die onder de raming blijft én de enige inschrijver die een offerteprijs opgeeft onder 1 miljoen euro, dat de uiteenlopende totaalprijzen het resultaat zijn van de gehanteerde eenheidsprijs, vermeerderd met het ingeschatte aantal te presteren uren en dat in ieder geval de door de nv Köse Cleaning gehanteerde eenheidsprijs, zoals zij heeft aangetoond, geen uitvoering toelaat met respect voor de sociale verplichtingen en die uit het bestek, wat de verwerende partij op geen enkele wijze ontmoet of weerlegt in haar memorie van antwoord.

Wat de raming betreft, wijst de verzoekende partij er nog op dat, nu de verwerende partij verwijst naar de vorige opdracht als uitgangspunt voor de raming, deze werd gegund in 2013 over een periode van 4 jaar zonder prijsherziening, terwijl de minimumlonen – afgezien van de daarop rustende sociale lasten – tussen 2013 en heden wel degelijk zijn gestegen.

Ten slotte, wat de *ratio legis* van het prijsonderzoek betreft, meent zij dat deze niet beperkt is tot het beschermen van de belangen van de aanbestedende overheid, maar dat de doelstelling tweeledig is en dus ook de gelijkheid tussen de inschrijvers en de eerlijke mededinging omvat; zij wijst erop dat het huidig stelsel van het onderzoek van abnormale prijzen het gevolg is van de vraag van de beroepsorganisaties van de aannemers die een gezonde

concurrentie in het belang van beide partijen nastreefden. In dit kader herhaalt zij dat van de aanbestedende overheden een verhoogde waakzaamheid omtrent het respecteren van sociaalrechtelijke verplichtingen wordt geëist, in het bijzonder in de zogenaamde “fraudegevoelige sectoren” waartoe de schoonmaaksector wordt gerekend.

10. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nog, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat zij haar argumentatie met betrekking tot de aanwezigheid van abnormale prijzen niet uitsluitend steunt op de afwijking van de gemiddelde inschrijvingsprijs, maar ook op de vaststelling dat de eenheidsprijs die uit de offerte van de nv Köse Cleaning kan worden afgeleid, evenzeer tot, minstens een schijn van, abnormaliteit zou moeten doen besluiten. Uit een vergelijking van de eenheidsprijzen van de offertes, die kunnen worden afgeleid in functie van het “geschatte aantal werkuren”, blijkt duidelijk dat alle inschrijvers met uitzondering van de nv Köse Cleaning, een gelijkaardige eenheidsprijs hanteren. De afwijking van deze eenheidsprijs bedraagt “bijna het dubbele (ca. 5 euro) t.o.v. de verschillen tussen de overige inschrijvers (ca. 2,5 euro)”.

Voorts herhaalt zij dat de raming slechts een objectief beoordelingscriterium kan zijn voor zover deze als realistisch kan worden beschouwd. Nu de raming uitgaat van de kostprijs van de schoonmaak in het kader van de voorgaande schoonmaakopdracht en de nieuwe prijs in grote mate overeenstemt met de oude prijs, zou deze vaststelling precies een aansporing moeten geweest zijn om een nader prijsonderzoek te voeren, gelet op de evoluties die de prijselementen tussen 2013 en 2018 hebben ondergaan zoals een stijging van het minimumloon.

Zij wijst er ook op dat het vanuit het standpunt van een kwalitatieve schoonmaak belangrijk is om te controleren of een prijs niet te laag is. Zo kan een schoonmaakbedrijf, om de kosten te drukken, te weinig mensen inzetten om de taak goed uit te voeren, besparen op schoonmaakmiddelen of -materialen of het personeel te weinig betalen in vergelijking met de afspraken die binnen de

sector bestaan. Een prijsonderzoek naar abnormaal lage prijzen moet controleren of de door de gekozen inschrijver gehanteerde prijszetting deze aspecten kan garanderen. Bovendien geeft artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 aan dat de verantwoording van abnormale prijzen evenzeer verband houdt met “de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de prestaties worden uitgevoerd”.

Bovendien, zo vervolgt zij, is het onderzoek naar de vraag of de door de gekozen inschrijver gehanteerde prijszetting de uitbetaling van het toepasselijk minimumloon en de daarop verschuldigde sociale lasten kan garanderen, ook in het belang en ter bescherming van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid die een beroep doet op een dienstverlener voor schoonmaakdiensten loopt immers het risico hoofdelijk aansprakelijk te worden gesteld voor de loonschulden van dergelijke dienstverleners of zijn onderaannemers, in toepassing van de artikelen 35/1 tot 35/6 van de wet van 12 april 1965 ‘betreffende de bescherming van het loon der werknemers’. Om die reden wordt ook het belang van het prijsonderzoek benadrukt in de door haar reeds aangehaalde omzendbrief van 22 juli 2014.

De verzoekende partij concludeert dan ook dat de verwerende partij, door deze verificatie niet te hebben uitgevoerd bij het prijsonderzoek, de ingeroepen bepalingen heeft geschonden. Dat er potentieel andere rechtsmiddelen ter beschikking staan om dergelijke inbreuken aan de kaak te stellen, doet hieraan geen afbreuk.

11. De verwerende partij merkt in haar laatste memorie nogmaals op dat de afwijkende eenheidsprijs van de nv Köse Cleaning mede wordt verantwoord door het feit dat er in de schoonmaaksector nu eenmaal grote prijsverschillen bestaan. Voorts wijst zij erop dat haar raming die zij steunde op haar uitgaven voor 2016, realistisch is. Zij beklemtoont dat zij over de gekozen inschrijver nooit vernomen heeft dat hij een inbreuk beging op de sociale wetgeving.

De verwijzing door de verzoekende partij naar artikel 21, § 3, 4°, koninklijk besluit plaatsing 2011 is irrelevant; dit artikel gaat over de prijsverantwoording, *casus* die hier niet voorhanden is.

Beoordeling

12. Overeenkomstig artikel 21, § 1, en artikel 95, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2011 onderwerpt de aanbestedende overheid de offertes aan een prijsonderzoek en gaat zij de materiële regelmatigheid ervan na.

De aanbestedende overheid beschikt 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 rechtmatigheidscontrole 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 koninklijk besluit plaatsing 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 de regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

13. Uit het administratief dossier blijkt dat de kostprijs voor de opdracht werd geraamd op 3.000.000 euro voor vier jaar of 750.000 euro jaarlijks, btw niet inbegrepen of 907.500 euro, btw inbegrepen.

Vier offertes werden geselecteerd, met een prijs per jaar, btw inbegrepen: de nv Köse Cleaning biedt 823.243,78 euro, de nv ISS Facility Services biedt 1.044.405,78 euro, de derde inschrijver biedt 1.358.127,42 euro en de vierde biedt 1.525.775,04 euro; de gemiddelde prijs is 1.187.888 euro.

De prijs van de gekozen inschrijver ligt ongeveer 30 % onder het gemiddelde, de prijs van de verzoekende partij 12 % en die van de derde en vierde inschrijver respectievelijk 14 % en 28 % boven het gemiddelde. De inschrijvingsprijzen lopen dus sterk uiteen.

Wat de prijs betreft, wordt ook de afwijking tegenover de raming genoteerd. De offerte van de gekozen inschrijver bedraagt 90,72 % van de raming en die van de verzoekende partij 115,09 %; de twee andere 149,66 % en 168,13 %.

14. In het gunningsverslag, wat de regelmatigheid van de offertes betreft, is omtrent het prijsonderzoek geen enkele vermelding opgenomen. De verwerende partij verwijst in de memorie van antwoord naar haar vertrouwelijk stuk 2, een “vergelijkende tabel”, waaruit volgens haar wél dit prijsonderzoek blijkt en waarin zij “zelfs de prijzen van de verschillende inschrijvers voor elke afzonderlijke post met elkaar [heeft] vergeleken teneinde een duidelijk zicht te hebben op de redenen achter deze prijsverschillen”.

Uit dat document blijkt echter niet meer dan een oplijsting per afzonderlijke schoonmaakprestatie in de diverse gebouwen en lokalen van alle campussen met het aantal uren per prestatie en de eenheidsprijs per uur, die de inschrijvers dienden op te geven in hun inventaris. Daaruit blijkt ook dat de inschrijvers voor de diverse opgelijste schoonmaakprestaties steeds dezelfde eenheidsprijs per uur hanteren. Op het einde van die tabellen wordt dan het berekende totaalbedrag en het totaal aantal uren vermeld, die in het gunningsverslag worden overgenomen en die van belang zijn voor het eerste en het tweede gunningscriterium. De deling van de in het gunningsverslag vermelde totaalprijs, btw niet inbegrepen, met het vermelde totaal aantal uren geeft omzeggens dezelfde eenheidsprijs als die vermeld per prestatie, zoals de verzoekende partij reeds zelf in haar verzoekschrift berekende voor de gekozen inschrijver. Deze zijn zeer vergelijkbaar met de prijzen opgegeven voor het derde gunningscriterium, namelijk de kostprijs voor een extra prestatie.

Uit die tabellen blijken evenwel niet onmiddellijk “de redenen achter deze prijsverschillen”. Over welk “duidelijk zicht” de verwerende partij daarover uit dit document afleidt, is geen uitleg te vinden, noch verklaren de daarin genoteerde uren en prijzen per post en per inschrijver op zich de prijsverschillen tussen de inschrijvers.

15. De verwijzing van de verwerende partij naar het ramingsbedrag als toetssteen voor het prijsonderzoek overtuigt in de concrete omstandigheden van de zaak evenmin.

In de eerste plaats betreft de vorige opdracht waarop de raming zou zijn gesteund, geen gelijke opdracht maar zijn er wezenlijke verschillen met de huidige.

Voorts wijst de verzoekende partij er terecht op dat de vorige opdracht dagtekent van 2013 en op de sindsdien plaatsgegrepen kostenevolutie, zodat op dit punt het realistisch karakter van de raming in het gedrang komt. Ook al zou deze raming gesteund zijn op haar uitgaven van 2016 voor deze schoonmaakopdracht, zoals zij in de memorie van antwoord betoogt, betwist zij immers niet dat de vorige opdracht er één zonder prijsherziening was, zoals de verzoekende partij repliceert.

16. Essentieel voor de beoordeling van het prijsonderzoek en de normaliteit van de prijzen is hier de eenheidsprijs per uur die de inschrijvers bieden en die een beeld geeft van de ernst van de uurprijs dan wel van het aantal aangeboden uren.

Er blijkt niet dat de verwerende partij een nader onderzoek naar die uurprijs heeft verricht niettegenstaande de gekozen inschrijver een prijs opgeeft die opvallend afwijkt van de andere prijzen; te dezen is deze prijs meer dan 3,50 euro lager dan de prijs van de verzoekende partij, die een prijs biedt die veel meer aansluit bij de twee andere inschrijvers. Deze aperte vaststelling die

volledig wordt bevestigd in de inventaris – vertrouwelijk stuk 2 – is voor de verwerende partij geen aanleiding geweest dit gegeven nader te bekijken.

De verzoekende partij merkt, wat de uurprijs van de gekozen inschrijver betreft, op dat deze prijs onrealistisch is; het toepasselijk minimumloon, meer de sociale lasten, zou het door de gekozen inschrijver geboden uurloon reeds overschrijden; voorts wijst de verzoekende partij erop dat in het geboden uurloon ook nog een aantal variabele lasten, het poetsmateriaal en -materieel, de overheadkosten en een winstmarge steken.

De verwerende partij doet geen moeite om deze voorstelling van zaken van de verzoekende partij concreet te weerleggen.

17. Deze handelwijze mag de verwerende partij des te kwalijker worden genomen, gelet op de bedrijfssector waarin de opdracht zich afspeelt. Terecht verwijst de verzoekende partij hier naar de omzendbrief van de Eerste Minister van 22 juli 2014 ‘overheidsopdrachten – Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer – Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de loonschulden van een opdrachtnemer of onderaannemer die illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt – Uitbreiding van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de fiscale en sociale schulden naar bepaalde fraudegevoelige dienstensectoren’.

In deze omzendbrief wordt uitdrukkelijk aandacht gevraagd voor het abnormaal prijsonderzoek als het belangrijkste luik in de preventieve aanpak van de sociale fraude – “Hoofdstuk V. – Preventieve maatregelen tegen sociale inbreuken” en wordt de schoonmaaksector uitdrukkelijk vermeld onder de fraudegevoelige bedrijfssectoren.

18. In die omstandigheden mag de conclusie zijn dat de verwerende partij onzorgvuldig is geweest in de toepassing van het prijsonderzoek zoals voorgeschreven in artikel 21 van het koninklijk besluit plaatsing 2011.

De verwerende partij kan in die context dan ook niet staande houden dat zij geen onderzoek diende te doen naar de ernst, ook wat het arbeids- en sociaalrechtelijke aspect betreft, van de geboden uurprijs mede in acht genomen het feit dat dit onderzoek evenzeer de gelijkheid onder de inschrijvers betreft.

19. Er is aldus geen aanleiding voor de door de verzoekende partij gevraagde aanstelling van een deskundige.

20. Het eerste onderdeel van het eerste middel is gegrond en dit verantwoordt de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de Hogeschool PXL van 22 augustus 2017 waarbij de dienstenopdracht “Schoonmaken van alle lokalen in de gebouwen van Hogeschool PXL” wordt gegund aan de nv Köse Cleaning.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 maart 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest