

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.875 van 20 december 2012

in de zaak A. 207.141/XII-7155

In zake: de NV GOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 137/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de
minister van Financiën
die woonplaats kiest te 1030 Brussel
North Galaxy – Toren B – 26^{ste} verdieping
Koning Albert II-laan 33 (bus 15)

Tussenkommende partij:

de NV JETTE CLEAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Eric Gillet en Valentine de Francquen
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 november 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit dd. 12 november 2012 van de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën waarbij de overheidsopdracht bij wege van algemene offerteaanvraag voor de schoonmaak van de lokalen van het Finance Tower-complex wordt gegund aan de nv Jette Clean en niet aan [de nv GOM]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 december 2012 heeft de nv Jette Clean gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 december 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Caroline De Mulder, die loco advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verzoekende partij, attaché Selim Dedeli, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Valentine de Francquen, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van diensten, in de aankondiging genaamd “Algemene aanvraag voor de schoonmaak van de lokalen van het Finance Tower complex, Kruidtuinlaan 50 te 1000 Brussel”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 26 juli 2012 en nogmaals op 13 september 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 31 juli 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie. Kennisgevingen van aanvullende informatie, informatie over een onvolledige

procedure of rectificatie worden op 31 juli 2012 en 13 september 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 3 augustus 2012 en 19 september 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie. Onder meer de datum voor het indienen en openen van de offertes wordt gewijzigd.

3.3. Het bijzonder bestek nr. S&L/AO/295/2011 is van toepassing.

Het gaat om een opdracht met een looptijd van 4 jaar en jaarlijks opzegbaar (deel A, art. 2).

Inzake prijzen bepaalt het bestek dat de dienstverlener wordt geacht in zijn globale prijs alle mogelijke kosten te hebben meegerekend die met de diensten gepaard gaan, met uitzondering van de btw, zoals onder andere de levering en de aanwending van de meest adequate uitrusting en schoonmaakproducten die nodig zijn voor de uitvoering van de prestaties, de levering van producten zoals toiletpapier, zeep voor de handen, handdoeken, enz., het markeren en afbakenen van de werkzones (indien nodig), het wegvoeren van lege recipiënten van schoonmaakproducten alsook van versleten en/of vervallen materialen en producten, en alle algemene kosten, bijkomende kosten en onderhoudskosten tijdens de uitvoering van de opdracht.

Het bestek bepaalt voorts (Deel A, art. 10.1):

“De door de inschrijver ingediende prijzen worden bepaald op basis van de lonen van het personeel vastgesteld door het Paritair Comité voor de Schoonmaak- en Ontsmettingsondernemingen, kmo's en andere. Ze gelden tien (10) dagen vóór de opening van de offertes. Behoudens rechtvaardiging mogen de prijzen niet lager zijn dan deze basis”.

Inzake de geldigheid van de offertes, bepaalt het bestek dat enkel de geldige offertes in aanmerking genomen zullen worden om te worden getoetst aan de gunningscriteria, dat de inschrijver “op een gedetailleerde, volledige en adequate manier” de jaarlijkse forfaitaire globale prijs, het jaarlijkse aantal te presteren uren, de gemiddelde uurprijs (verkregen door de globale prijs te delen door het aantal schoonmaakprestatieuren) die hij voorstelt in zijn offerte en de vervangstermijnen rechtvaardigt, dat hij in zijn offerte de objectieve elementen

duidelijk maakt die deze laatste verantwoorden, dat “rekening houdend met de kenmerken van huidige opdracht, [...] de voorgestelde prijzen normaal [moeten] zijn” alsook:

“Op straffe van nietigheid, is het aantal te presteren uren hoger of gelijk aan 31.000 uren en lager of gelijk aan 34.000 uren: $31.000 \text{ uren} \leq \text{aantal prestatie-uren} \leq 34.000 \text{ uren}$ ” (deel A, art. 12.2).

Het bestek stelt de volgende drie gunningscriteria vast (deel A, art. 12.3.):

- “a. de totaalprijs exclusief btw van de schoonmaakprestaties in het gebouw berekend op jaarbasisprijs (70%);
- b. de kwaliteit van de voorgestelde methodologie en het gebruik van ecologisch verantwoorde producten (20%);
- c. het totale aantal schoonmaakuren in het gebouw berekend op jaarbasis waarbij per jaar 245 werkdagen voor schoonmaak in aanmerking worden genomen (10%)”.

Deze criteria en de beoordelingsmethoden worden nader omschreven, het criterium “aantal uren” als volgt:

“3. Het aantal uren (/10)

BELANGRIJK

Het voorgestelde aantal jaarlijkse prestatie-uren ligt verplicht tussen 31.000 en 34.000 uren. ($31.000 \leq H_o \leq 34.000$).

Dit aantal uren moet toereikend zijn om een goede gemiddelde kwaliteit van de schoonmaakdiensten te garanderen maar het moet ook evenredig zijn met het voorwerp van de opdracht rekening houdend met de schoon te maken oppervlakte, met de aard van de lokalen en met de gevraagde prestaties.

Met schoonmaakprestatie-uren wordt bedoeld de uren die werkelijk gepresteerd worden door de schoonmakers, dus met uitsluiting van de uren die de ploegbaas/bazen en de inspecteur(s) besteden aan andere taken dan het schoonmaken.

De punten voor het criterium “aantal uren” worden toegekend op basis van de volgende formule:

$$H = \frac{(H_o - 31.000) \times 10}{34.000 - 31.000}$$

Waarbij

H het aantal punten is dat aan de inschrijver is toegekend voor het criterium “Aantal uren”;

H_o het aantal jaarlijkse prestatie-uren is dat is voorgesteld door de inschrijver wiens offerte wordt geëvalueerd.

Het aantal behaalde punten wordt afgerond op twee decimalen”.

3.4. De offertes worden geopend op 27 september 2012. Er worden volgens het evaluatieverslag en de bestreden beslissing acht offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van de nv Jette Clean.

3.5. In het kader van de beoordeling van de selectiecriteria worden aan een aantal inschrijvers waaronder de nv Jette Clean bepaalde verduidelijkingen en toelichtingen gevraagd.

Uit het dossier blijkt dat verwerende partij, in het kader van het onderzoek van de offertes, bij de bvba IPSO ook advies inwon over voorgestelde uurtarieven (zonder vermelding van de identiteit van de inschrijvers).

3.6. Op 31 oktober 2012 wordt een evaluatieverslag opgesteld.

Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes regelmatig bevonden.

Onder “Onderzoek van schijnbaar abnormale prijzen” wordt onder meer vastgesteld dat de gemiddelde globale prijs 763.666,15 euro bedraagt, het gemiddelde aantal uren 31.752,78 en de gemiddelde uurprijs 24,08 euro, btw niet inbegrepen, dat geen enkele inschrijver moest worden ondervraagd omwille van een schijnbare abnormaliteit van zijn globale prijs of van zijn gemiddelde uurprijs, en dat het jaarlijks aantal prestatie-uren voorgesteld door alle inschrijvers binnen de opgelegde marge van 31.000 tot 34.000 u ligt:

“2.3.1. Onderzoek van schijnbaar abnormale prijzen

A. Vergelijking van de voorgestelde prijzen.

1. Eerste vaststellingen

BELANGRIJK

B. Overzichtstabel van de prijzen en het aantal uren

[...]

C. Analyse van de tabel

I. Betreffende de globale prijs

De globale prijzen werden vergeleken met de gemiddelde globale prijs van de inschrijvers.

De gemiddelde prijs van de inschrijvers wordt verkregen door het gemiddelde te berekenen van de prijzen van alle inschrijvers.

Geen enkele firma moest ondervraagd worden omwille van een schijnbare abnormaliteit van haar globale prijs

[...]

II. Betreffende enkel de gemiddelde uurprijs

De uurprijzen werden vergeleken met de gemiddelde uurprijs van de inschrijvers.

De gemiddelde door de inschrijvers voorgestelde uurprijs wordt verkregen door het gemiddelde te berekenen van de door de inschrijvers voorgestelde uurprijzen. Geen enkele firma moest ondervraagd worden omwille van een schijnbare abnormaliteit van haar gemiddelde uurprijs”.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de gunningscriteria.

Dit leidt tot de volgende eindrangschikking:

Eindscore (/100)					
	Inschrijvers	Prijs (/70)	Kwaliteit van de Méthodologie (/20)	Aantal uren (/10)	Punten (/100)
1	JETTE CLEAN nv	68,63	16,00	9,99	94,62
2	MISANET nv	67,19	18,00	1,67	86,86
3	ACTIVA nv	70,00	15,00	1,67	86,67
4	ARIEL FACILITAIRE DIENSTEN nv	67,39	15,00	0,05	82,44
5	ISS nv	61,43	14,00	4,93	80,36
6	ARONIA nv	67,5	11,00	1,05	79,55
7	GOM nv	61,9	17,00	0,00	78,90
8	TFN CLEANING SERVICES nv	62,65	15,00	0,73	78,38

Er wordt voorgesteld de opdracht aan nv Jette Clean te gunnen

voor een jaarlijks bedrag van 730.919,21 euro, btw niet inbegrepen, of 884.412,24 euro, btw inbegrepen.

3.7. Met verwijzing naar dit evaluatieverslag beslist verwerende partij op 12 november 2012 de in het geding zijnde opdracht te gunnen aan de nv Jette Clean.

Dit is de bestreden beslissing die de eveneens bestreden - impliciete - beslissing omvat om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij.

3.8. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 12 november 2012 – en volgens het verzoekschrift ook met een telefax van die datum - deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat beslist werd haar offerte niet te kiezen voor de gunning maar dat de opdracht werd gegund aan de nv Jette Clean. De gemotiveerde beslissing wordt bijgevoegd evenals het evaluatieverslag maar, “om de vertrouwelijkheid van bepaalde meegedeelde inlichtingen in het kader van onderhavige opdracht zo goed mogelijk te bewaren”, met weglating van bepaalde berekeningen.

3.9. Op 23 november 2013 zenden de raadslieden van verzoekende een brief aan verwerende partij betreffende de door de inschrijvers ingediende prijzen die moeten worden bepaald op basis van de lonen van het personeel vastgesteld door het Paritair Comité voor de Schoonmaak- en Ontsmettings-ondernemingen. Verwerende partij antwoordt hierop met een brief van 26 november 2012.

3.10. Op 26 november 2012 worden met een enig verzoekschrift een annulatieberoep en de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

IV. Tussenkoms

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

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. Tussenkomsde partij betwist in een exceptie de ontvankelijkheid van de vordering.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

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

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

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 110, §§ 2 en 3, en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’, van “het Europeesrechtelijk niet-discriminatie- en transparantie-beginsel, van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids-, het vertrouwens- en het *patere legem*-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, alsook het ontbreken van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat, eerste onderdeel, een aantal offertes essentiële afwijkingen van het bestek bevatten die een aanzienlijk voordeel opleverden voor de inschrijvers, dat verzoekende partij niet had bij het indienen van haar offerte, en de bestreden beslissing hieromtrent niet gemotiveerd is.

Terwijl het gelijkheidsbeginsel en de beginselen van behoorlijk bestuur vereisen dat alle inschrijvers gelijk behandeld worden bij het toewijzen van een overheidsopdracht en eveneens vereisen dat de gunningsbeslissing steunt op duidelijke, afdoende en juiste motieven;

En terwijl in casu het bestek uitdrukkelijk voorschrijft dat de ingediende prijzen moeten worden bepaald op basis van de lonen van het personeel vastgesteld door het Paritair Comité voor de Schoonmaak- en Ontsmettingsondernemingen, kmo's en andere en, behoudens rechtvaardiging, de prijzen niet lager mogen zijn dan deze basis.

En terwijl uit het gunningsverslag blijkt dat de gemiddelde ingediende uurprijs 24,08 EUR bedraagt.

En terwijl dit bedrag lager ligt dan het loon vastgesteld door voormeld Paritair Comité en zodoende vast staat dat minstens enkele inschrijvers een uurprijs hebben gehanteerd die lager ligt dan hetgeen werd vereist door het bestek.

En terwijl uit het gunningsverslag niet blijkt of deze inschrijvers hiervoor een rechtvaardiging hebben aangevoerd en of deze rechtvaardiging aanvaardbaar was.

En doordat, tweede onderdeel, verwerende partij de opdracht heeft toegewezen aan een inschrijver die een offerte heeft ingediend die kennelijk een abnormale totaalprijs bevat en kennelijk abnormale eenheidsprijzen bevat.

Terwijl het de taak is van de gunnende overheid om krachtens de in het middel aangehaalde bepalingen een zorgvuldig prijsonderzoek te voeren.

En terwijl, meer nog, in casu verwerende partij klaarblijkelijk volledig heeft nagelaten een dergelijk prijsonderzoek te voeren.

En terwijl verwerende partij zodoende heeft nagelaten de regelmatigheid van de offertes te onderzoeken”.

Beoordeling

8. Krachtens het in dit middel geschonden geachte artikel 16 van de wet van 24 december 1993 en artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 dient bij een algemene offerteaanvraag de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige inschrijving indient op grond van de gunningscriteria.

Het eveneens geschonden geachte artikel 110, §§ 2 en 3, van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.

§ 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.

Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gesteund op:

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

Wanneer het geraamde bedrag van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking bereikt en de aanbestedende overheid vaststelt dat een offerte abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft ontvangen, kan de offerte alleen op uitsluitend die grond worden afgewezen indien de inschrijver desgevraagd niet binnen en door de aanbestedende overheid bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend. Wanneer de aanbestedende overheid in een dergelijke situatie een offerte weert, stelt zij daarvan de Europese Commissie in kennis”.

De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek gegaan wordt naar de aanwezigheid van abnormale prijzen. De Raad van State mag

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

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

Eerste onderdeel

10. Het voormelde artikel A.10.1. van het bestek bepaalt :“De door de inschrijver ingediende prijzen worden bepaald op basis van de lonen van het personeel vastgesteld door het Paritair Comité voor de Schoonmaak- en Ontsmettingsondernemingen, kmo's en andere. Ze gelden tien (10) dagen vóór de opening van de offertes. Behoudens rechtvaardiging mogen de prijzen niet lager zijn dan deze basis”.

Uitgangspunt van het eerste onderdeel is dat de in dit artikel A.10.1 bedoelde minimumbasis, op grond van de tabel van de lonen met sociale lasten geldig vanaf 1 juli 2012, zoals vrijgegeven door de Algemene Belgische Schoonmaakunie (ABSU) op basis van hetgeen in het Paritair Comité voor de Schoonmaak- en Ontsmettingsondernemingen, kmo's en andere werd beslist, een uurloon, sociale lasten inbegrepen, van 24,3268 euro geeft, dat dit, nu een globale prijs wordt gevraagd, verhoogd moet worden voor allerlei kosten die

verzoekende partij berekent op 1,9128 euro zodat het uurloon minstens 26,24 euro bedraagt, dat de gemiddelde uurprijs in de offertes echter 24,08 euro bedraagt en dat dus een aantal inschrijvers een uurloon als basis hebben genomen dat lager is dan de verplichte basis, namelijk de lonen vastgesteld door het Paritair Comité.

11. In de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat volgens de in het evaluatieverslag opgenomen tabel met de uurprijzen verzoekende partij zelf een gemiddelde uurprijs voorstelt van 26,14 euro, hetgeen ook onder die minimale uurprijs van 26,24 euro zou liggen, en dat bezwaarlijk uit de ook niet nader gestaafde voormelde “ berekening” door verzoekende partij van 1,9128 euro, zijnde andere kosten dan loonkosten, kan worden afgeleid dat andere inschrijvers niet zouden kunnen werken met lagere andere kosten.

12. Het onderdeel lijkt echter niet te steunen op die uurprijs van 26,24 euro als minimum maar op het niet hanteren van het volgens verzoekende partij door het Paritair Comité bepaalde uurloon van 24,3268 euro, dit is de kostprijs – met 100,60% sociale lasten - van een uurloon van 12,1270 euro voor voor categorie 1A.

In dat kader kan in de huidige stand van het geding worden vastgesteld, dat, blijkens de tabel met uurprijzen in het evaluatieverslag, naast verzoekende partij, ook de nv ISS en de nv TFN Cleaning Services, een uurprijs voorstellen die hoger is dan die volgens verzoekende partij verplichte basis van 24,3268 en dus, volgens verzoekende partij zelf in dit onderdeel, geen rechtvaardiging dienden te geven voor een lagere prijs dan dit volgens verzoekende partij geldende minimum.

Tegelijk kan vastgesteld worden dat de nv ISS in de eindrangschikking 80,36 scoort en dus vóór verzoekende partij werd gerangschikt.

Zelfs indien aangenomen zou worden dat andere inschrijvers ten onrechte inschreven met een uurloon dat lager ligt dan de voormelde basis, lijkt verzoekende partij dan geen belang te hebben bij dit middel aangezien de gegrondbevinding ervan er niet lijkt te kunnen toe leiden dat zij vóór nv ISS zou moeten worden gerangschikt.

Tweede onderdeel

13. Uitgangspunt van het tweede onderdeel lijkt dat de totaalprijs en de eenheidsprijzen van de nv Jette Clean - alsook deze van andere inschrijvers - abnormaal zijn en dat verwerende partij deze abnormaliteit ten onrechte niet onderzocht.

Uit het voormelde gunningsverslag blijkt echter dat verwerende partij dit onderzoek wel verrichte en daarbij oordeelde dat de prijzen niet abnormaal waren.

Verzoekende partij toont voorts niet concreet aan waarom verwerende partij niet tot dit oordeel mocht komen.

In de mate dat zij dit afleidt uit het gebruik van een lager uurloon dan vermeld in de tabel ABSU en de voormelde bestekbepaling A.10.1, kan worden verwezen naar het eerste onderdeel.

In de mate dat zij daartoe verwijst naar het feit dat de uurprijs van de gekozen inschrijver zeer ver - “ongeveer 15%” - onder het gemiddelde bedrag van de andere ingediende offertes ligt, toont zij niet concreet aan waarom die prijs enkel om die reden als abnormaal beschouwd moest worden. Het verschil tussen deze uurprijs en de gemiddelde uurprijs zoals vermeld in het evaluatieverslag, is volgens dit verslag overigens ook niet ongeveer 15% maar 10,70%.

Verwerende partij was van oordeel dat de geboden prijzen niet abnormaal laag waren. Verzoekende partij toont het tegendeel niet aan, zodat het feitelijk uitgangspunt van het middelonderdeel niet wordt bijgevalen. Het zorgvuldigheidsbeginsel lijkt in zoverre dan ook niet geschonden.

Aangezien verwerende partij aldus ook niet voornemens was inschrijvers, waaronder tussenkomende partij, af te wijzen wegens abnormale prijzen, bestond er ook geen noodzaak om een prijsverantwoording te vragen zodat ook het ingeroepen hiervoor aangehaalde artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet geschonden lijkt.

14. Wat de pleiade aan beginselen betreft die verzoekende partij geschonden acht, volstaat de vaststelling dat voornoemde feitelijke grief die door verzoekende partij ook op deze beginselen lijkt te zijn betrokken, niet correct leek. Aldus lijkt het ook niet aangetoond dat deze beginselen zouden zijn geschonden.

15. Aldus lijkt evenmin aangetoond dat de opdracht niet werd gegund aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige inschrijving zoals vereist door de in het middel vermelde artikelen 16 van de wet van 24 december 1993 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, beide in het middel geschonden geacht.

16. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

17. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, van de artikelen 65/4, 5° en 65/5, 7° van de voormelde wet van 24 december 1993 en van “de materiële motiveringsverplichting en het gelijkheids-, het zorgvuldigheids- en het transparantiebeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat verwerende partij in de bestreden beslissing, alsook in het gunningsverslag op geen enkele wijze afdoende motiveert hoe tot de puntenverdeling wordt gekomen voor het derde gunningscriterium aantal uren, nu zij zich beperkt tot het opsommen van een aantal punten dewelke worden opgenomen in een tabel.

Terwijl verwerende partij gehouden is haar beslissing tot toewijzing van de opdracht en in het bijzonder de keuze van de meest voordelige offerte afdoend te motiveren, zodat de inschrijvers kennis kunnen krijgen van de motieven waarom hun offerte beter of slechter werden beoordeeld dan de offertes van de overige inschrijvers zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd”.

Beoordeling

18. In de huidige stand van het geding kan worden vastgesteld dat het betrokken criterium een hoofdzakelijk kwantitatief gunningscriterium lijkt, vermeld in het bestek, dat ook de beoordelingsformule voor dit criterium vermeldt. Het evaluatieverslag, waarbij de bestreden beslissing zich aansluit, herneemt deze beoordelingsformule en vermeldt vervolgens voor elke inschrijver het voorgestelde aantal prestatie-uren en de toegekende score.

19. Verzoekende partij toont niet aan waarom dit geen afdoende formele motivering is voor het derde gunningscriterium “aantal uren” nu zij zelf de toegekende scores op grond van de bestreden beslissing kan berekenen. Door dit alles weet zij immers wat de beoordelingsmethode was en welke scores werden behaald op dit criterium, hoe deze score werd verkregen en waarom de ene offerte voor dit criterium meer punten verdient dan de andere offerte. Zij lijkt aldus in de mogelijkheid om de gedane beoordeling op haar waarde te schatten.

20. In de mate dat verzoekende partij voorts aanvoert dat de voor het aantal prestatie-uren gehanteerde formule louter arbitrair is, lijkt zij deze formule en dus de beoordelingsmethode te betwisten.

Krachtens het in dit middel geschonden geachte artikel 16 van de wet van 24 december 1993 dient, bij een algemene offerteaanvraag, de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige inschrijving indient op grond van de gunningscriteria. Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zij zelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beoordelingsmethode bepalen maar mag desgevraagd de gebruikte methode op haar rechtmatigheid toetsen, hetgeen inhoudt de mate waarin zij de gelijke beoordeling van de offertes zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken.

De in het bestek vastgestelde en te dezen toegepaste formule voor beoordeling van het aantal prestatie-uren lijkt niet “arbitrair” in de mate dat daarmee een objectief criterium, uren, wordt beoordeeld aan de hand van een formule die het verschil weergeeft tot het opgelegde minimum in verhouding tot het verschil tussen het opgelegde minimum en maximum.

In de mate dat verzoekende partij met de grief dat dit alles “arbitrair” is, de pertinentie van dit criterium en deze beoordelingsmethode zou bedoelen, en in zoverre dit al voldoende uit het verzoekschrift zou blijken, toont zij, in het licht van de reeds geciteerde toelichting in het bestek, niet *prima facie* aan dat het bestuur niet van oordeel mocht zijn dat het aantal effectief voorgestelde prestatie-uren, dus de effectieve aanwezigheid van schoonmakers, binnen de marges in het bestek, mee kan bepalen welke offerte de meest voordelige is en dat daarbij een voordeel wordt toegekend aan de inschrijver die, binnen de marge in het bestek bepaald, het hoogste aantal prestatie-uren aanbiedt.

Verzoekende partij heeft volgens haar toelichting bij dit middel ervoor gekozen om het aantal uren laag te houden – namelijk op het minimum van 31000 uren - om zo de prijs te drukken mede vanuit de redenering dat via artikel A.10.1, aan de orde in het eerste middel, de mogelijkheden voor de inschrijvers qua prijsbepaling beperkt zijn. Zij toont aldus echter niet aan waarom dit gunningscriterium, aantal uren, zoals beoordeeld, niet pertinent zou zijn of arbitrair. Weliswaar is ook het criterium prijs mee afgeleid uit het aantal uren, maar daar lijkt de combinatie uurloon en uren bepalend en lijkt bijgevolg ook iemand met een hoge uurloonprijs en weinig uren een hoge score voor “prijs” te kunnen behalen. Verwerende partij beoordeelt daarentegen met het hier aan de orde zijnde derde gunningscriterium en lijkt, zoals reeds blijkt uit de formule in het bestek zelf, niet noodzakelijk de inschrijver met het laagste aantal uren binnen de marge in het bestek als meest voordelige op dit punt te beschouwen. Aldus is het evenmin zo, dat, zoals verzoekende partij aanvoert, “blijkt dat het gunningscriterium aantal prestatie-uren net het omgekeerde beoogt”, waarmee zij verwijst naar haar verwachting dat de inschrijver met het laagste aantal uren hier de hoogste score zou halen.

21. In de mate dat verzoekende partij betoogt dat “daarvoor” elke motivering ontbreekt in het bestek zowel als in het gunningsverslag en in de bestreden beslissing, en zij daarmee de motivering voor deze formule bedoelt, toont zij niet aan dat bij het vaststellen van een bestek een formele-motiveringsplicht geldt. Minstens lijkt verzoekende partij geen belang te hebben bij deze grief nu niet blijkt waarom zij dit criterium niet inhoudelijk kon betwisten, hetgeen zij in zekere mate trouwens ook doet in dit middel. In de mate dat zij met “daarvoor” zou willen verwijzen naar de concrete motivering van de toegekende scores, werd deze grief reeds besproken en afgewezen.

22. In het middel wordt ook de schending ingeroepen van de materiële motiveringsplicht en van het gelijkheids-, het zorgvuldigheids- en het transparantiebeginsel. Deze grieven worden niet afzonderlijk toegelicht naar hun betrokkenheid op de voormelde beginselen. In de mate dat de materiële motiveringsplicht en deze beginselen geschonden worden geacht omdat de formule arbitrair zou zijn en de scores niet worden gemotiveerd, zijn deze grieven om de voormelde redenen niet ernstig.

23. Aldus is evenmin aangetoond dat de opdracht niet werd gegund aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige inschrijver zoals vereist door artikel 16 van de wet van 24 december 1993.

24. Bijgevolg is het tweede middel niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Jette Clean tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 december 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest