

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.693 van 16 maart 2017
in de zaak A. 221.489/XII-8314**

In zake: de NV MISANET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean Laurent
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 250
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Financiën
woonplaats kiezend bij
de Centrale Rechtskundige Dienst van de FOD Financiën
North Galaxy – Toren B – 26^{ste} verdieping
Albert II-laan 33 (bus 15)
1030 Brussel

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 februari 2017, strekt tot de
schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“De beslissing van [de federale overheidsdienst Financiën] van 1 februari
2017 waarbij de overheidsopdracht ‘Open Offerte aanvraag voor de
dagelijkse en periodieke schoonmaak van de lokalen van de FOD Financiën
in het gebouw WTC III’ werd toegekend aan de firma Cemre bvba”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 maart 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barthélémy Gorza, die *loco* advocaat Jean Laurent verschijnt voor de verzoekende partij, en attaché Selim Dedeli, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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. De verwerende partij schrijft, via de FOD Financiën, afdeling Aankopen, een overheidsopdracht voor diensten uit, met als voorwerp “de dagelijkse en periodieke schoonmaak van de lokalen van de FOD Financiën in het gebouw WTC III”.

De opdracht wordt op 19 oktober 2016 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 21 oktober 2016 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De gekozen gunningswijze is de open offerteaanvraag en het bestek nr. S&L/DA/2016/141 is van toepassing.

3.2. De opdracht is tegen globale prijs (bestek, bladzijden 4/50 en 13/50).

Het contract wordt gesloten voor een duur van 4 jaar met een opzeggingsmogelijkheid op het einde van het eerste, het tweede of het derde jaar (bestek, bladzijde 5/50).

Artikel 4.2 “Regelmatigheid van de offertes” van deel C van het bestek luidt:

“4.2. Regelmatigheid van de offertes

De offertes van de geselecteerde inschrijvers zullen worden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid. Onregelmatige offertes zullen worden geweerd.

Enkel regelmatige offertes komen in aanmerking om te worden getoetst aan de gunningscriteria:

Opgelet

I. De inschrijver verantwoordt op een gedetailleerde, complete en adequate manier:

- de globale jaarprijs per gebouw;
- het in zijn offerte voorgestelde uurtarief¹ :

Hij maakt in zijn offerte de objectieve elementen duidelijk die deze laatste verantwoorden.

Rekening houdend met de kenmerken van de huidige opdracht moeten de voorgestelde prijzen normaal zijn.

Overeenkomstig artikel 21 § 1 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 :

1. moeten de inschrijvers, vóór de gunning van de opdracht, alle inlichtingen verstrekken om de aanbestedende overheid in staat te stellen de aangeboden prijzen te onderzoeken;

2. behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse uit te voeren, teneinde de juistheid van de verstrekte gegevens na te gaan.

II. Op straffe van nietigheid is het aantal gepresteerde uren :

- groter dan of gelijk aan 3300 uren en kleiner dan of gelijk aan 3500 uren: $3300 \text{ uren} \leq \text{aantal gepresteerde uren} \leq 3500 \text{ uren}$

1[voetnoot bestek] Het gemiddelde uurtarief wordt verkregen door de globale forfaitaire jaarprijs te delen door het aantal uren dat jaarlijks wordt gepresteerd.”

De gunningscriteria zijn “[d]e prijs (/90)” berekend op jaarbasis en “[h]et aantal uren (/10)”, zijnde “het aantal gepresteerde schoonmaak-uren berekend op jaarbasis, waarbij per jaar 245 werkdagen voor schoonmaak in aanmerking worden genomen (met uitzondering van prestaties op order)”.

3.3. De offertes worden geopend op 8 december 2016 om 14u30.

Ze zijn ingediend door:

- de nv Activa
- de nv Ariel facilitaire diensten
- de bvba Cemre
- de bvba TMBE
- de nv Kose Cleaning
- de nv Misanet
- de bvba Belfass Business
- de nv Jette Clean.

3.4. Met blijkbaar aangetekend verzonden brieven van 22 december 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij en de nv Jette Clean mee dat zij bij het prijsonderzoek schijnbaar abnormaal lage prijzen met betrekking tot de gemiddelde prijs per uur heeft vastgesteld. Met verwijzing naar artikel 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), worden zij gevraagd om zo spoedig mogelijk en ten laatste op 6 januari 2017 schriftelijk “de nodige rechtvaardigingen over de samenstelling van de betrokken prijzen te geven en deze prijzen te verduidelijken zonder evenwel de offerte te veranderen”.

Met een brief van 26 december 2016 deelt de verzoekende partij een prijsverantwoording mee. De nv Jette Clean doet hetzelfde met een brief van 27 december 2016.

Blijkens het hiernavermelde evaluatieverslag werd ook de prijs voorgesteld door de bvba Cemre als schijnbaar abnormaal beschouwd maar werd haar geen nadere verduidelijking gevraagd aangezien deze reeds in de offerte was opgenomen.

3.5. In een evaluatieverslag van 3 januari 2017 worden alle inschrijvers, behalve de bvba TMBE, toegelaten tot de selectiefase en geselecteerd.

De prijzen van onder anderen de verzoekende partij, van de nv Jette Clean en van de bvba Cemre worden vervolgens regelmatig bevonden.

De toetsing van de offertes aan de gunningscriteria leidt tot een eindrangschikking waarbij de bvba Cemre met 100 punten als eerste wordt gerangschikt gevolgd door de nv Jette Clean met 94,32 op 100. De verzoekende partij wordt met een score van 89,15 als derde gerangschikt.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Cemre.

3.6. Op 1 februari 2017 beslist de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën om de bvba TMBE uit te sluiten, om de andere inschrijvers te selecteren en hun offertes regelmatig te bevinden en om de opdracht te gunnen aan de bvba Cemre die de hoogste score behaalde.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 1 februari 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij werd geselecteerd en dat haar offerte regelmatig werd bevonden, maar dat de opdracht werd gegund aan de bvba Cemre.

De verzoekende partij ontving daarbij blijkbaar de gemotiveerde gunningsbeslissing en het evaluatieverslag, zij het dat daarin de prijzen en het aantal uren van de andere inschrijvers werden weggelaten.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en

‡BGDROEFDA-BCIIET‡

bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (hierna : de wet van 17 juni 2013) van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van onder meer de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' (hierna: de wet van 29 juli 1991), en van "[h]et motiveringsprincipe".

De verzoekende partij betoogt hiertoe dat de volgende elementen "doen vermoeden dat de controle van de prijzen van de gekozen firma niet correct uitgeoefend werd": aan de verzoekende partij werd een prijsverantwoording gevraagd; na haar antwoord te hebben geciteerd, benadrukt zij dat zij daarin zelfs de structuur van haar kosten en haar winstmarges heeft meegedeeld en de sociale contracten in de verf heeft gezet, die zij heeft gesloten teneinde haar kostprijs maximaal te verminderen. Vervolgens wijst de verzoekende partij erop dat, aangezien haar een prijsverantwoording werd gevraagd, de verwerende partij "ook de opdrachtnemer heeft moeten ondervragen aangezien deze laatste een nog

lagere prijs meegedeeld heeft” en “indien dit niet het geval is, het gelijkheidsbeginsel geschonden is”.

Voorts herhaalt de verzoekende partij dat zij haar kostprijs heeft meegedeeld teneinde haar prijs te verantwoorden, met de loonkost, de winstmarge en de kost van het materiaal en van de producten en dat zij daarbij de nadruk heeft gelegd op het feit “dat de lonen van haar personeel op het laagst waren dankzij de sociaal gesteunde en gesubsidieerde contracten”. Bijgevolg diende de aanbestedende overheid volgens haar “ook de toelichtingen van de gekozen inschrijver aandachtig [...] te onderzoeken en het normaal karakter van de voorgestelde prijs [...] na te kijken”, waaromtrent – en ook over de prijs aangeboden door de tweede gerangschikte – zij nog het volgende betoogt:

“Dat deze prijs noodgedwongen abnormaal is aangezien deze aanzienlijk lager is dan de voorgestelde prijs van verzoekende partij die reeds gebaseerd is op ‘sociale’ arbeidsovereenkomsten met een zeer kleine winstmarge;

Dat de offerte van de gekozen inschrijver en van de tweede gerangschikte zodoende geweerd hadden moeten worden daar zij de concurrentie beperken door prijzen onder de kostprijs;

Dat de ontvangen toelichtingen van de aanbestedende overheid niet van die aard zijn om te antwoorden op de vragen met betrekking tot het abnormaal karakter van de prijs;

Dat het onderzoek van de gegeven toelichtingen onvoldoende werd uitgevoerd;

Dat de prijs opgegeven door de bvba Cemre een prijs is onder de drempel van de rentabiliteit van de firma; Dat deze noodgedwongen abnormaal is; dat op grond van artikel 4.2 de voorgestelde prijs door de eerste en tweede gerangschikte abnormaal diende verklaard te worden bij gebreke aan gedetailleerde, volledige en gepaste verantwoording.”

De verzoekende partij is van mening dat aldus de “formele motivatie” van de bestreden beslissing “niet gepast” is en ook de “materiële motivatie” acht zij ontoereikend waarbij zij nog betoogt:

“Dat noch verzoekende partij noch de Raad van State bij machte zijn om de overheidsopdrachten te kennen waarnaar zij verwijst; dat de opgegeven prijs door Cemre 12% lager is dan de prijs opgegeven door verzoekende partij;

Dat deze prijs de kosten en de winstmarge niet kan bevatten zonder gevaar voor de re[n]tabiliteit;

Dat hetzelfde geldt voor de tweede gerangschikte.”

6. De verwerende partij antwoordt dat uit het evaluatieverslag en de aangevochten beslissing blijkt dat zij een prijsonderzoek heeft gevoerd in overeenstemming met artikel 21 van het koninklijk besluit Plaatsing en de regelmatigheid van de offertes heeft gecontroleerd in overeenstemming met het bestek. Op grond van dit onderzoek oordeelde zij dat de door de verzoekende partij, de nv Jette Clean en de bvba Cemre aangeboden prijzen schijnbaar abnormaal lage prijzen betroffen en daarom werd aan de verzoekende partij en de nv Jette Clean gevraagd om hun prijzen nader toe te lichten. Volgens haar bestond er geen noodzaak om de bvba Cemre verduidelijking te vragen, aangezien deze haar prijs reeds toelichtte in de offerte. De verzoekende partij en de bvba Cemre bevinden zich bijgevolg niet in een vergelijkbare situatie zodat er volgens haar geen sprake kan zijn van een ongelijke behandeling of discriminatie van de verzoekende partij.

De verwerende partij meent voorts dat de verzoekende partij louter subjectief stelt dat “haar prijs reeds gebaseerd is op sociale contracten en een zeer kleine winstmarge waardoor het niet mogelijk is om een lagere prijs te bieden zonder de rentabiliteit van de onderneming in gevaar te brengen” maar niet aantoont “dat een lagere prijs dan de door haar aangeboden prijs in elk geval een prijs onder de kostprijs inhoudt”.

Aangezien het bestuur bij het opstellen van het evaluatieverslag rekening dient te houden met de vertrouwelijkheid van de gegevens die haar door de inschrijvers werden verstrekt, werd volgens de verwerende partij in het evaluatieverslag de prijs van de “geselecteerde” [lees: gekozen] inschrijver gemotiveerd op grond van de tewerkstelling van personeelsleden die voldoen aan alle voorwaarden van Activa Plan en door een beroep te doen op medewerkers die uitsluitend werden aangeworven onder de voorwaarden van Activa. De gekozen inschrijver heeft in zijn offerte bovendien op een overtuigende wijze aangegeven en becijferd hoe hij tot de aangeboden prijs komt. Uit de overzichtstabel blijkt volgens de verwerende partij ook dat de globale prijs die werd vermeld door de eerste drie gerangschikte inschrijvers onderling “slechts in geringe mate afwijkt”.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 en het motiveringsbeginsel werden dan ook niet geschonden.

Ten slotte repliceert de verwerende partij dat de verzoekende partij minstens geen belang heeft bij het middel dat er enkel toe kan leiden dat zij als de tweede laagste inschrijver zou worden gerangschikt. De verzoekende partij “toont immers niet aan dat nv Jette Clean, die als de tweede laagste inschrijver werd gerangschikt, een onregelmatige offerte indiende”.

Beoordeling

7. Het evaluatieverslag vermeldt onder randnummer 3.3 de volgende beoordeling van de regelmatigheid van de offertes van de geselecteerde inschrijvers:

“3.3. Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes

De offertes van de geselecteerde inschrijvers werden onderzocht met betrekking tot de regelmatigheid conform artikel 95 en volgende van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 en de bepalingen van het bestek.

A) Motivering

Gelet op het feit dat de offertes van de inschrijvers onderzocht werden in het kader van artikel 21 § 1 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren;

Overwegende dat de appreciatiebevoegdheid van de aanbestedende overheid met betrekking tot het al dan niet normaal karakter van de prijzen van een inschrijver hoofdzakelijk als doel heeft na te gaan of de aangeboden prijzen het toelaten om de verplichtingen zowel met het oog op de technische kwaliteit als met betrekking tot de termijnen opgenomen in het bestek, na te komen alsook om alle speculaties ten koste van de fundamentele belangen van de aanbestedende dienst en de overheidsbegrotingen uit te sluiten;

Overwegende dat de aanbestedende overheid de prijs, voorgesteld door de ondernemingen Cemre SPRL, Jette Clean SA en Misanet NV als abnormaal laag beschouwt;

Overwegende dat de aanbestedende overheid aan de firma Cemre SPRL geen verdere verduidelijking gevraagd heeft daar deze verduidelijking reeds in de offerte was opgenomen;

Overwegende dat de door de firma Cemre SPRL aangedragen verduidelijkingen gunstig door de aanbestedende overheid verwelkomd werden omdat zij de abnormale lage uurprijs rechtvaardigt aan de ene kant door het gebruik van werknemers die voldoen aan alle voorwaarden van

Activa plan en in de tweede plaats, door het gebruik van medewerkers die uitsluitend werden aangeworven onder de voorwaarden van Activa; Bijgevolg werd de prijs voorgesteld door de onderneming Cemre SPRL als normaal beschouwd door de aanbestedende overheid.

Overwegende dat de aanbestedende overheid op datum van 22 december 2016 aan de firma Jette Clean SA gevraagd heeft om uitleg te geven over de prijzen opgenomen in de offerte van de firma;

Overwegende dat op datum van 27 december 2016 de onderneming Jette Clean SA geantwoord heeft. In zijn antwoord brengt de firma naar voren dat zij werknemers inzet die onderdeel uitmaken van Activa plan en/of werknemers die betrekking hebben op ‘artikel 60’.

Bijgevolg en gezien de uitleg van de onderneming Jette Clean SA heeft de aanbestedende overheid beslist om de prijs van deze onderneming als normaal te beschouwen.

Overwegende dat de aanbestedende overheid op datum van 22 december 2016 aan de firma Misanet NV gevraagd heeft om uitleg te geven over de prijzen opgenomen in de offerte van de firma;

Overwegende dat op datum van 26 december 2016 de onderneming Misanet NV geantwoord heeft. In zijn antwoord brengt de firma naar voren dat zij werknemers inzet die onderdeel uitmaken van Actiris plan, VDAB en/of werknemers die betrekking hebben op ‘artikel 60’.

Bijgevolg en gezien de uitleg van de onderneming Misanet NV heeft de aanbestedende overheid beslist om de prijs van deze onderneming als normaal te beschouwen.

Overwegende dat de aanbestedende overheid van oordeel is dat de prijzen voorgesteld door de inschrijvers, de dagelijkse en periodieke schoonmaak van de lokalen van de FOD Financiën in het gebouw WTC III zoals deze in het bestek met referentienummer S&L/DA/2016/141 werd opgenomen, kunnen garanderen;

Overwegende dat de prijzen zoals voorgesteld in offerteformulier vergelijkbaar zijn met de prijzen opgenomen in andere schoonmaakopdrachten. Alle prijzen die door de inschrijvers werden aangeboden werden derhalve door de aanbestedende overheid als normaal beschouwd.

B) Conclusie met betrekking tot de regelmatigheid

Gelet op het feit dat de offertes van de inschrijvers onderzocht werden in het kader van hun formele en materiële regelmatigheid;

Overeenkomstig artikel 95 en volgende van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 worden de [...] offertes formeel en materieel als regelmatig aangemerkt.”

In de bestreden beslissing is te lezen:

“IV. Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes (zie evaluatierapport, punt 3.3)

Gelet op het feit dat de offertes van de inschrijvers onderzocht werden in het kader van artikel 21 § 1 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren;

Overwegende dat de appreciatiebevoegdheid van de aanbestedende overheid met betrekking tot het al dan niet normaal karakter van de prijzen van een inschrijver hoofdzakelijk als doel heeft na te gaan of de aangeboden prijzen het toelaten om de verplichtingen zowel met het oog op de technische kwaliteit als met betrekking tot de termijnen opgenomen in het bestek, na te komen alsook om alle speculaties ten koste van de fundamentele belangen van de aanbestedende dienst en de overheidsbegrotingen uit te sluiten;

Overwegende dat de aanbestedende overheid van oordeel is dat de prijzen voorgesteld door de inschrijvers, de dagelijkse en periodieke schoonmaak van de lokalen van de FOD Financiën in het gebouw WTC III zoals deze in het bestek met referentienummer S&L/DA/2016/141 werd opgenomen, kunnen garanderen;

Overwegende dat de prijzen zoals voorgesteld in het offerteformulier vergelijkbaar zijn met de prijzen opgenomen in andere schoonmaakopdrachten.

Alle prijzen die door de inschrijvers werden aangeboden werden derhalve door de aanbestedende overheid als normaal beschouwd.

Gelet op het feit dat de offertes van de inschrijvers onderzocht werden in het kader van hun formele en materiële regelmatigheid;

Gelet op het feit dat de offertes van de inschrijvers Misanet n.v., Belfass Business sprl, Köse Cleaning s.a., Jette Clean s.a., Activa s.a., Ariel Facilitaire diensten nv en Cemre sprl regelmatig zijn op formeel en materieel vlak.

Heb ik beslist om de offertes van [deze] inschrijvers als formeel en materieel regelmatig aan te merken

[...]

Deze offertes worden toegelaten tot het volgend stadium van de procedure, met name het onderzoek van de offerte in het kader van de gunningscriteria vermeld in het bestek.”

Alhoewel aldus in de bestreden beslissing bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes de motivering van het evaluatieverslag inzake het personeel dat wordt tewerkgesteld, niet uitdrukkelijk wordt hernomen, wordt, gelet op de verwijzing naar punt 3.3 van dat verslag, in de huidige stand van het geding aangenomen dat de bestreden beslissing ook dat motief van het evaluatieverslag herneemt. Ook de verzoekende partij lijkt dit zelf aan te nemen.

8. Vastgesteld wordt dat het verschil tussen de door de verzoekende partij voorgestelde totaalprijs en de totaalprijs van de gekozen inschrijver bvba Cemre ongeveer 12 % bedraagt en die tussen de verzoekende partij en de tweede gerangschikte inschrijver nv Jette Clean ongeveer 6 %, terwijl

het verschil tussen de als tweede gerangschikte inschrijver en de gekozen inschrijver ook ongeveer 6 % bedraagt.

Dit verschil van 12 % met de gekozen inschrijver bvba Cemre kan bezwaarlijk, zoals de verwerende partij in de nota meent, als “onderling slechts in geringe mate” afwijkend worden beschouwd. Het verschil tussen de gekozen inschrijver bvba Cemre en de tweede gerangschikte inschrijver nv Jette Clean en tussen deze laatste en de verzoekende partij bedraagt nog steeds telkens ongeveer 6 %.

De hoegrootheid van al deze verschillen lijkt echter geen motief te zijn geweest, minstens geen in de formele motivering uitgedrukt motief om de prijzen van de drie betrokken inschrijvers normaal te bevinden. Bovendien lijkt de verwerende partij initieel zelf van oordeel te zijn geweest dat het gemiddelde uurtarief van elk van deze inschrijvers schijnbaar abnormaal laag was.

9. De kernvraag is thans dan ook of de verzoekende partij *prima facie* aannemelijk maakt dat de verwerende partij voor de gekozen inschrijver op grond van de offerte en voor de tweede gerangschikte inschrijver nv Jette Clean op grond van de prijsverantwoording, geen deugdelijke materiële motieven heeft om te besluiten dat deze prijzen toch normaal zijn en dat dit besluit niet afdoende formeel gemotiveerd is.

In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat de verzoekende partij aanvoert dat “de lonen van haar personeel op het laagst waren dankzij de sociaal gesteunde en gesubsidieerde contracten”, dat in de totaalprijs van de gekozen inschrijver, de tweede gerangschikte inschrijver en de verzoekende partij de totale loonkost een aanzienlijk deel vertegenwoordigt en dat hun totale loonkost per uur verschilt terwijl zij alle drie lijken te verwijzen naar sociaal gesteunde en gesubsidieerde contracten. Uit het dossier blijkt echter niet dat de verwerende partij onderzocht hoe deze inschrijvers desondanks tot andere uurtarieven voor personeel kwamen.

Weliswaar verwees de gekozen inschrijver enkel naar “Activa”, de tweede gerangschikte inschrijver ook naar “artikel 60” en de verzoekende partij onder meer naar “Actiris plan” en “artikel 60”, maar niet naar “Activa”. Mocht dit

‡BGDROEFDA-BCIIET‡

gegeven het prijsverschil verklaren, blijkt een dergelijke verklaring in ieder geval niet afdoende uit de formele motivering van het evaluatieverslag en van de bestreden beslissing, noch uit het dossier.

10. De verzoekende partij betoogt ook dat de prijs van de gekozen inschrijver de kosten en de winstmarge niet kan bevatten zonder gevaar voor de rentabiliteit van de onderneming.

In de huidige stand van het geding kan enkel worden vastgesteld dat de gekozen inschrijver in zijn offerte de prijs toelicht en daar komt tot een zeer lage netto-winstmarge. De verzoekende partij kan bezwaarlijk worden verweten deze niet concreter te betwisten nu zij die winstmarge in ieder geval bij het indienen van het verzoekschrift niet lijkt te kennen. Tegelijk wordt vastgesteld dat de gekozen inschrijver die winstmarge in zijn offerte verantwoordt maar de verzoekende partij is evenmin in de mogelijkheid deze verantwoording te betwisten nu hiernaar niet wordt verwezen in de motivering noch in het evaluatieverslag, die wijzen op het tewerkgestelde personeel en de vergelijkbaarheid met prijzen opgenomen in andere schoonmaakopdrachten.

11. Tevens valt op dat de drie prijzen die resulteren uit de berekeningen van de materiaal- en administratiekost, aanzienlijk lijken te verschillen. Het blijkt niet dat dit gegeven door de verwerende partij werd onderzocht.

12. In de mate dat de bestreden beslissing stelt dat de aanbestedende overheid van oordeel is dat “de prijzen voorgesteld door de inschrijvers, de dagelijkse en periodieke schoonmaak van de lokalen van de FOD Financiën in het gebouw WTC III zoals deze in het bestek met referentienummer S&L/DA/2016/141 werd opgenomen, kunnen garanderen”, lijkt dit geen afdoende motief om prijzen die initieel schijnbaar abnormaal werden bevonden als normaal te aanvaarden.

13. Blijft dan het motief dat “de prijzen zoals voorgesteld in het offerteformulier vergelijkbaar zijn met de prijzen opgenomen in andere schoonmaakopdrachten”. Deze prijzen en opdrachten worden noch in het evaluatieverslag noch in de bestreden beslissing echter nader verduidelijkt en de

‡BGDROEFDA-BCIIET‡

verwerende partij doet dit ook niet in de nota. Evenmin worden daaromtrent stukken voorgelegd.

In de huidige stand van het geding kan dan ook niet worden beoordeeld of dit laatste motief de bestreden beslissing afdoende ondersteunt betreffende het normaal bevinden van de prijzen van de gekozen inschrijver. Onduidelijk is overigens ook hoe dit motief de prijsverschillen tussen deze inschrijvers kan verklaren.

14. Aldus staat in de huidige stand van het geding niet *prima facie* vast dat de verwerende partij terecht op grond van deugdelijke inhoudelijke motieven de prijs van de gekozen inschrijver normaal heeft bevonden. Evenmin is de bestreden beslissing dan afdoende formeel gemotiveerd in de mate dat de prijs van de gekozen inschrijver uiteindelijk normaal wordt bevonden, zodat niet lijkt voldaan aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

15. Het verweer in de nota dat, rekening houdend met het feit dat de administratie bij het opstellen van het evaluatieverslag rekening dient te houden met de vertrouwelijkheid van de gegevens die haar door de inschrijvers werden verstrekt en in het evaluatieverslag de prijs van de “geselecteerde” inschrijver wordt gemotiveerd op grond van de tewerkstelling van personeelsleden die voldoen aan alle voorwaarden van Activa Plan en door een beroep te doen op medewerkers die uitsluitend werden aangeworven onder de voorwaarden van Activa en dat de bvba Cemre in haar offerte bovendien op een overtuigende wijze aangegeven en becijferd heeft hoe zij tot de aangeboden prijs komt, toont het tegendeel niet aan.

Vastgesteld dient te worden dat op grond van artikel 10 van de wet van 17 juni 2013 bepaalde gegevens niet mogen worden meegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere bedrijven of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

Het lijkt evenwel dat deze verplichting niet steeds als een evidentie moet leiden tot het volledig onttrekken van de abnormale prijzenproblematiek aan het zicht van een verzoekende partij, door een niet-concrete motivering.

In de huidige stand van het geding wordt in ieder geval *prima facie* niet aangetoond dat alle gegevens opgenomen in de door de gekozen inschrijver verstrekte prijstoelichting in de offerte van die aard zijn dat de openbaarmaking ervan zou strijden met voornoemd artikel 10 van de wet van 17 juni 2013.

Zelfs indien te dezen bepaalde of alle concrete gegevens gebruikt in die toelichting, om de in het voornoemde artikel 10 vermelde redenen, niet zouden mogen worden bekendgemaakt, lijkt dit voorts nog steeds niet uit te sluiten dat toch een meer concrete inhoudelijke beoordeling wordt opgesteld en medegedeeld die, enerzijds, rekening houdt met het vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens maar, anderzijds, ook met de verplichting uitdrukkelijk en afdoende te motiveren.

Uit de door de verwerende partij aan de Raad van State voorgelegde offerte van de gekozen inschrijver blijkt alleszins dat deze offerte niet beperkt is tot een weergave van prijzen en prijsopbouw, doch dat hierin ook in woorden uitleg wordt gegeven bij de prijzen.

Hoewel in vele gevallen een samenvatting als inhoudelijke motivering lijkt te kunnen volstaan en aldus wordt vermeden dat vertrouwelijke bedrijfsinformatie op zichzelf moet worden onthuld in het kader van de motivering van bestuurshandelingen, ontbreekt te dezen echter ook een dergelijke samenvatting, minstens wat de verklaring van de winstmarge en de materiaalkosten betreft.

Aldus lijkt de verzoekende partij niet in de mogelijkheid om de gedane beoordeling op haar waarde te schatten.

In ieder geval blijkt niet hoe dit artikel 10 de verwerende partij belette meer gegevens voor te leggen inzake de prijzen van vergelijkbare opdrachten.

16. Blijft dan nog de vraag of de verzoekende partij belang heeft bij het ernstig bevinden van het middel. De verwerende partij meent van niet omdat dit volgens haar enkel ertoe kan leiden dat de verzoekende partij als de tweede laagste inschrijver zou worden gerangschikt. De verzoekende partij zou immers niet aantonen “dat nv Jette Clean, die als de tweede laagste inschrijver werd gerangschikt, een onregelmatige offerte indiende”.

Mocht zij hiermee bedoelen dat de regelmatigverklaring van die offerte niet wordt betwist, dan gaat de verwerende partij voorbij aan het middel, waarin ook duidelijk de prijs van de offerte van de nv Jette Clean in vraag wordt gesteld.

Uit een vergelijking van de totaalprijzen blijkt trouwens dat het verschil tussen de totaalprijzen van de gekozen inschrijver en de als tweede gerangschikte inschrijver en tussen deze laatste en de verzoekende partij nog steeds telkens iets meer dan 6 % bedraagt.

Opgemerkt kan worden dat de uurtarieven van laatstgenoemde twee inschrijvers verschillen maar dat deze beide normaal worden bevonden, onder verwijzing naar sociaal gesteunde en gesubsidieerde contracten. Zoals hiervoor reeds vermeld, verwijst de nv Jette Clean naar “Activa en “artikel 60”. De verzoekende partij verwijst onder meer naar “Actiris plan” en “artikel 60” maar niet naar “Activa”. Mocht dit gegeven het prijsverschil verklaren, blijkt een dergelijke verklaring in ieder geval niet afdoende uit de formele motivering van het evaluatieverslag en van de bestreden beslissing, noch uit het dossier. Blijft dan enkel de, zoals gezegd, niet onderbouwde, verwijzing in het evaluatieverslag en de bestreden beslissing over, naar vergelijkbare prijzen in andere schoonmaakopdrachten. Ook de beoordeling van de prijzen van de als tweede gerangschikte inschrijver lijkt aldus *prima facie* niet voldoende draagkrachtig noch afdoende formeel gemotiveerd zodat de verzoekende partij belang lijkt te hebben bij het middel.

17. De bestreden beslissing lijkt aldus de formele- en materiële-motiveringsverplichting te hebben geschonden en het lijkt dus thans niet vast te staan dat de opdracht werd gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is zoals vereist door artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

VI. Besluit en kosten

18. Het enig middel is in de aangegeven mate ernstig en rechtvaardigt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 1 februari 2017 van de voorzitter van het directiecomité van de FOD Financiën waarbij de overheidsopdracht ‘Open offerteaanvraag voor de dagelijkse en periodieke schoonmaak van de lokalen van de FOD Financiën in het gebouw WTC III’ (bestek nr. S&L/DA/2016/141) wordt gegund aan de bvba Cemre.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 maart 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