RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 216.091 van 27 oktober 2011
in de zaak A. 201.812/XII-6706

In zake: de NV ALPHA CLASSICAL CLEANING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tom Van De Voorde en Filip Gijssels
kantoor houdend te 9900 Eeklo
Gentsesteenweg 56
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NMBS HOLDING, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 september 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing dd. 5.9.2011 van de NV NMBS Holding houdende de gunning van de opdracht 'versterken van de kuisploegen in verschillende stations Noord-West' volgens het bestek met nummer 60/93/10/00827 aan de NV Jette Clean, met zetel gevestigd te 1090 Brussel, Leon Theodorstraat 157".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend, de verzoekende partij een "pleitnota".

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 oktober 2011, om 10.00 uur, waarop de zaak is uitgesteld naar 20 oktober 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Gijssels, die verschijnt voor verzoekende partij advocaat Barteld Schutyser en advocaten Jackie Joossen en Tom Villé, loco advocaat Barteld Schutyser, die verschijnen voor de verwerende 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 onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor een aanneming van diensten, in de aankondiging genaamd "Versterken van de kuisploegen in het district NW".

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt volgens het gunningsverslag 1.625.000 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 25 januari 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 29 januari 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Volgens de nota worden tijdig 11 kandidaatstellingen ontvangen. Zoals vermeld in het gunningsverslag van 5 september 2011, worden de volgende kandidaten geselecteerd:

- GOM,

- Jette Clean; dit is de uiteindelijk gekozen inschrijver,
- ISS,
- Laurenty,
- Alpha Classical Cleaning; dit is verzoekende partij,
- Cleaning Masters,
- Activa,
- Euroclean.

3.4. Met aangetekende brieven van 19 april 2011 worden deze kandidaten uitgenodigd om uiterlijk op 16 mei 2011 om 14 u een offerte in te dienen.

3.5. Tegelijk wordt het toepasselijke bestek nr. 60/93/10/00827 meegedeeld.

Het bestek vermeldt dat het gaat om een opdracht deels tegen globale prijs, deels tegen prijslijst en omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

> "De aanneming bestaat hoofdzakelijk uit:
>
> 1. Totaal-schoonmaak van de stations Oostende, Gent-Dampoort en Sint-Niklaas en een aantal dienstgebouwen
> 2. De gedeeltelijke schoonmaak voor de stations Gent-St-Pieters, Brugge en Kortrijk
> 3. Het ter beschikking stellen van personeel voor de schoonmaak van de stations Kortrijk, Brugge, Zottegem, Aalst, Dendermonde, Denderleeuw en Gent-St-Pieters."

De te reinigen gebouwen worden vervolgens nader omschreven alsook de verwachte schoonmaakdiensten.

Het bestek bepaalt onder "BAFO-offertes":

> "De inschrijvers worden verzocht om in hun offerte reeds hun beste prijs aan te bieden omdat de NMBS-holding zich het recht voorbehoudt om gedurende de eventuele onderhandelingen deze, al dan niet over de prijs,

mogelijks uitsluitend te voeren met de inschrijver(s) die het best is (zijn) gerangschikt".

De gunningscriteria worden als volgt omschreven:

"De toewijzing van de opdracht zal bepaald worden door de combinatie van drie criteria:

- het aantal uren schoonmaakprestaties, dat voorzien wordt op jaarbasis
- de gemiddelde uurloonprijs
- de totale inschrijvingsprijs".

De evaluatie gebeurt als volgt:

"a. Van alle geldige inschrijvingen samen wordt het gemiddelde van het voorziene aantal uren schoonmaakprestaties berekend. Dit is het gemiddelde van de uren voorzien in deel 1. Aan elke inschrijver worden punten toegekend volgens van de procentuele afwijking ten opzichte van dit gemiddelde, dit zowel in min of meer. Vb. stel het gemiddelde is 1000 uur. Een inschrijver die exact inschrijft met 1000 uur krijgt 1 punt, iemand die inschrijft met 1050 uur krijgt 1,05 punten. Iemand die inschrijft met 950 uur krijgt eveneens 1,05 punten. De punten worden afgerond tot twee decimalen na de komma.

b. Per geldige inschrijving wordt de gemiddelde uurprijs berekend. Dit is het subtotaal van deel 1, verminderd met het bedrag aan sanitaire producten, gedeeld door het totaal aantal uren voorziene schoonmaakprestaties. (aantal uren dat voorzien wordt buiten de voorziene regie-uren). Deze berekende uurloonprijs zal hoger liggen dan de uurloonprijs op een weekdag in deel 2 omdat hierin de uren van de ruitenpoetsers, zaterdagwerk en zondagwerk zijn meeverrekend.
Aan de inschrijving met de laagste gemiddelde uurloonprijs wordt 1 punt toegekend. De andere inschrijvers krijgen punten in verhouding van hun uurloonprijs ten opzichte van de laagste uurloonprijs. Vb. als een inschrijver zijn uurloonprijs 20% hoger ligt dan de laagste uurloonprijs, krijgt hij in dit geval 1,20 punten voor dit criterium. De punten worden steeds afgerond tot 2 decimalen na de komma.

c. De inschrijving met de laagste totale inschrijvingsprijs (subtotaal 1 + subtotaal 2) krijgt 1 punt toegewezen. De andere inschrijvers krijgen punten in verhouding ten opzichte dat hun inschrijvingsprijs hoger ligt dan de totale inschrijvingsprijs. Vb. ligt een inschrijver zijn prijs 5% hoger dan de laagste, dan krijgt hij voor dit criterium 1,05 punten. De punten worden eveneens afgerond tot 2 decimalen na de komma.

> De punten van a en b worden vermenigvuldigd met 2 en samengeteld met de punten van c (criteria a en b wegen dus dubbel zo zwaar door als c). De opdracht wordt toegekend aan diegene met het minst totaal aantal punten. Indien twee firma's *ex aequo* eindigen met hetzelfde aantal punten, zal de opdracht worden toegewezen aan die firma, die in punt b de minste punten behaalde."

De "samenvattende inventaris" bij het offerteformulier bij het bestek somt in deel 1 de diensten tegen globale prijs op. Dit deel is onderverdeeld in 21 hoofdstukken, één per gebouw. Elk hoofdstuk is onderverdeeld in nummers. Daarbij dient voor elk nummer het aantal uren op jaarbasis te worden ingevuld en de globale prijs per jaar. Deel 2 betreft de - vijf - diensten tegen prijslijst waaronder regiewerk weekdag, zaterdag en zondag. Hier dient telkens de eenheidsprijs en het totaal vermeld.

3.6. Verwerende partij deelt vervolgens nog bijkomende informatie mee en antwoorden op een aantal gestelde vragen.

3.7. Er worden vervolgens offertes ingediend door de volgende inschrijvers aan de respectieve bedragen, zonder btw:

- de nv GOM, 1.594.145,35 euro,
- verzoekende partij, 1.639.885,61 euro,
- de nv ISS, 1.755.186,65 euro,
- de nv Jette Clean, 1.903.810,56 euro.

3.8. Volgens het gunningsverslag van 5 september 2011 werd na een eerste onderzoek vastgesteld dat "in alle offertes documenten ontbraken" en "bleek [eveneens] de prijs van bepaalde posten in meerdere meetstaten niet representatief te zijn", en werd "daarom […] met alle inschrijvers onderhandeld". Zij werden volgens dit gunningsverslag "aangeschreven om hun offerte te vervolledigen en om abnormale prijzen te verantwoorden of aan te passen".

3.9. Aldus worden met brieven van 23 mei 2011 aan alle inschrijvers vragen gesteld, met het verzoek hierop ten laatste tegen 30 mei 2011 te antwoorden.

3.10. Aan verzoekende partij worden in die brief de volgende vragen gesteld:

> "• voor alle hoofdstukken worden er een aantal uren voorzien voor de inspectie en rapportering. Er wordt echter geen prijs voor opgegeven. Gelieve dit te verklaren.
> • betreft hoofdstuk 6-7-8: is het aantal uren schoonmaak in de offerte toereikend om alle schoonmaakprestaties zoals gevraagd uit te kunnen voeren?"

Verzoekende partij beantwoordt deze vragen in een brief van 24 mei 2011. Voor de eerste vraag verwijst zij naar een bijlage 1 "Interne Controle-structuur Visie – Verantwoording – Planning". Deze bijlage bevat blijkbaar de "voorlopige inspectieplanning voor DEEL 1 van het dossier 60 / 93 / 10 / 00827 voor de regio NW" en vermeldt onder meer dat "het u ongetwijfeld opgevallen [zal] zijn dat de kosten voor de inspectie- en rapportagewerkzaamheden geen kosten voor u met zich meebrengen. Binnen de structuur en werking van Alpha Classical Cleaning, zijn onze regio-verantwoordelijken en inspecteurs opgenomen in onze OVERHEAD" en dat, naargelang de grootte en omvang van de uit te voeren werken, de uren van één voltijdse regioverantwoordelijke voor dit dossier werden verdeeld. Dit wordt gevolgd door een voorbeeldplanning.

Op de tweede vraag antwoordt zij:

> "In dit dossier hebben wij voor elk hoofdstuk dezelfde rendementen gehanteerd en ook onze ervaringen toegepast, zodat de uitvoeringen rendabel en kwalitatief kunnen uitgevoerd worden. Met het aantal uren kunnen wij de schoonmaakprestaties borgen."

3.11. Aan de nv Jette Clean worden de volgende vragen gesteld:

> "• RSZ-attest met droogstempel ontbreekt in dossier, dit moet een attest zijn van het 4e kwartaal van 2010.
> • hoofdstuk 19-20: voor het station Oostende en Sint-Niklaas wordt een permanentie gevraagd tijdens de week en het weekend (8 of 13u). Tijdens die permanentie mogen zoals beschreven in het bestek gewone schoonmaakprestaties uitgevoerd worden. Werd in die context prijs gegeven voor beide stations?

• hoofdstuk 19.9 en 19.10: er werd geen prijs gegeven alhoewel er toch uren werden voorzien?
• hoofdstuk 20: we stellen vast dat post 20.12 en 20.17 uit de initiële meetstaat verdwenen zijn in de offerte waardoor de nummering van de andere posten ook wijzigt. In bijlage vindt u de initiële meetstaat, gelieve deze opnieuw in te vullen rekening houdende met de 34 posten.
• we stellen vast dat in het algemeen totaal de prijs van hoofdstuk 21 niet werd meegerekend, waardoor de door ons berekende totale prijs op 1.922.613,90 euro komt.
• wij stellen vast dat in het algemeen totaal het aantal uren van hoofdstuk 21 niet werd meegerekend, waardoor het door ons berekende totale aantal uren op 49.633,08 komt."

Haar antwoord van 27 mei 2011 is in feite een aangepaste offerte voor een bedrag van 1.634.259,64 euro. De wijzigingen in de bijgevoegde inventaris betreffen volgens de nota hoofdzakelijk de hoofdstukken 19 en 20.

3.12. Aan de nv ISS worden de volgende vragen gesteld:

"• in de samenvattende inventaris werd het bedrag van subtotaal 2 ingevuld in het algemeen totaal waardoor het algemeen totaal niet werd ingevuld.
• volgens onze nacalculatie bedraagt onze totaalprijs 1.754.921,75 euro in plaats van 1.755.187,65 euro. Gelieve dit verschil te rechtvaardigen.
• er wordt gevraagd een lijst te geven met het personeel dat ter beschikking wordt gesteld voor de opdracht. Dit gegeven ontbreekt in het dossier."

Met een brief van 30 mei 2011 deelt zij een aangepaste inventaris mee en een antwoord op de gestelde vragen. Zij wijst op twee fouten in haar initiële inventaris (post 1.37 moet 892,36 euro zijn in plaats van 896,36 euro en post 20.31 moet 4.743,52 euro zijn in plaats van 4.473,52 euro), bevestigt dat de totaalprijs 1.755.187,75 euro is en wijst op een overzicht van "het aantal uren per jaar per looncategorie" in bijlage.

3.13. Aan de nv GOM ten slotte worden de volgende vragen gesteld:

"• voor alle hoofdstukken worden er een aantal uren voorzien voor de inspectie en rapportering. Er wordt echter geen prijs voor gegeven. Gelieve dit te verklaren.
• hoofdstuk 11-13-14-21: in de betreffende stations wordt gevraagd om op zeer grote oppervlakten zout te strooien en sneeuw te ruimen. Is het

opgegeven aantal uren voldoende om de gevraagde prestaties degelijk uit te voeren?
• RSZ-attest met droogstempel ontbreekt in het dossier.
• er wordt gevraagd een lijst te geven met het personeel dat ter beschikking wordt gesteld voor de opdracht. Dit gegeven ontbreekt in het dossier."

Zij beantwoordt deze vragen in een brief van 30 mei 2011 en wijst er daarbij onder meer op dat de kost inspectie vervat is in de overheadkost van het gehanteerde uurtarief, dat de prijzen voor de post sneeuwruimen zeer moeilijk in te schatten zijn en dat, gezien de vraag, intern werd besloten het risico van de inschrijver te beperken en de prijzen aan te passen, en ten slotte dat de inspectie-uren voor station Aalst en garage Gent-Sint-Pieters verkeerd werden berekend en aangepast. De bijgevoegde aangepaste inventaris vermeldt nu een totaalprijs van 1.643.013,91 euro.

3.14. Aldus blijkt dat twee van de vier inschrijvers, met name de nv Jette Clean en de nv GOM in dit antwoord hun oorspronkelijke offerte wijzigden en een verbeterd en aangepast voorstel indienden. De nv ISS dient eveneens een aangepaste inventaris in maar beperkt tot de verbetering van twee fouten. Verzoekende partij beantwoordt de gestelde vragen zonder de offerte zelf te wijzigen.

3.15. Het gunningsverslag van 5 september 2009 luidt, na vermelding van de acht geselecteerde ondernemingen:

"De opening van de offertes had plaats te Gent op 16/05/2011 om 14.00 uur.
Aantal ontvangen offertes: 4

Firma	Bedrag
GOM	€ 1.594.145,35
Alpha Classical Cleaning	€ 1.639.885,61
ISS	€ 1.755.186,65
Jette Clean	€ 1.903.810,56

Er werd vastgesteld dat in alle offertes documenten ontbraken en eveneens bleek de prijs van bepaalde posten in meerdere opmetingsstaten niet representatief te zijn. Daarom werd er met alle inschrijvers onderhandeld.

Zij werden aangeschreven om hun offerte te vervolledigen en om abnormale prijzen te verantwoorden of aan te passen. Hierbij had de firma Jette Clean de permanentie verkeerd begrepen voor de hoofdstukken 19 en 20 waardoor het aantal uren alsook de prijs fors daalde.

Dit gaf het volgende resultaat:

nr.	Firma	Bedrag
1	Jette Clean	€ 1.634.259,64
2	Alpha Classical Cleaning	€ 1.639.885,77
3	GOM	€ 1.643.013,79
4	ISS	€ 1.755.188,02

De toewijzing van de opdracht wordt volgens het KB van 26/09/1996, artikel 2 'gunningscriteria' toegewezen door de combinatie van 3 criteria. Ten gevolge de gestelde criteria kunnen volgende punten toegekend worden:

Rang	Naam	Aantal uren schoonmaak prestaties (1)	Uurloon prijs (2)	Totale prijs (3)	Totaal aantal punten 2x(1)+2x(2)+3
1	Jette Clean	1,03	1	1	5,06
2	Alpha Classical Cleaning	1,02	1,04	1	5,12
3	GOM	1,07	1,04	1,01	5,23
4	ISS	1,06	1,06	1,07	5,31

Er werd niet meer verder onderhandeld omdat Jette Clean zowel de laagste uurloonprijs als het goedkoopste inschrijvingsbedrag ingediend heeft.
Er wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de firma Jette Clean uit 1090 Brussel, die de voordeligste, regelmatige inschrijving heeft ingediend voor een bedrag (excl. BTW) van € 1.634.259,64."

3.16. Op 5 september 2011 betuigt het directiecomité van de NMBS-holding zijn akkoord met de gunning van de opdracht aan de nv Jette Clean voor een bedrag van 1.634.259,64 euro waarvan 1.548.259,64 euro ten laste van de NMBS-holding en 86.000 euro ten laste van Infrabel. Dit is de bestreden beslissing.

3.17. Met een aangetekende brief van 5 september 2011, die volgens zijn opschrift ook via e-mail of fax zou zijn verzonden, deelt verwerende partij aan

verzoekende partij de “gemotiveerde beslissing aangaande gunning van de opdracht” mee. Er wordt gewezen op de wachtperiode van 15 dagen.

Bijgevoegd werd blijkbaar enkel het voornoemde gunningsverslag van 5 september 2011.

3.18. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingediend op 20 september 2011.

IV. Het mondeling debat

4.1. De raadsman van verzoekende partij verwijst naar de ingediende pleitnota. Niet gekend in de procedureregeling, behoeft deze in principe geen formeel antwoord. Aangezien hetgeen in de pleitnota is verwoord mondeling niet is herhaald ter terechtzitting, zal deze pleitnota te dezen in de beoordeling worden betrokken, als ware deze een mondelinge uiteenzetting.

4.2. De raadsman van verzoekende partij trekt ter terechtzitting wel mondeling de bevoegdheid in twijfel van de steller van de bestreden beslissing. De grieven daaromtrent zijn echter laattijdig want in het inleidend verzoekschrift is daarvan geen sprake: de middelen zijn daar immers meteen aangebracht tegen de bestreden beslissing zelf zonder verwijzing naar mogelijke bevoegdheidsproblemen.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. Evenwel is te dezen 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 beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel werpt verzoekende partij de schending op van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder de "verplichting tot motivering van bestuurshandelingen", van de materiële en formele motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

In essentie stelt zij dat uit het haar betekende “gunningsverslag”, dat zij in haar verzoekschrift kennelijk als de gemotiveerde beslissing beschouwt, blijkt dat in de oorspronkelijke offerte van de uiteindelijk gekozen inschrijver, de nv Jette Clean, aanvankelijk een prijs werd voorgesteld van 1.903.810,56 euro, zijnde aanzienlijk duurder dan de overige inschrijvingen waaronder deze van verzoekende partij (1.639.885,61 euro) en dat bij de uiteindelijke rangschikking de prijs van de nv Jette Clean plots aanzienlijk is gedaald tot een bedrag van 1.634.259,64 euro. Verzoekende partij stelt dat “de verantwoording die wordt gegeven aan deze plotse prijsdaling de toets met de formele (en materiële) motiveringsplicht niet [doorstaat]”.

Inzake de formele motivering werpt zij concreet op dat zij niet over het volledige dossier beschikt en evenmin over de offerte die werd ingediend door de nv Jette Clean, noch over de zogenaamde “vervolledigingen” en “aanpassingen” die door de nv Jette Clean blijkbaar werden ingediend gedurende de onderhandelingen. Zij is bijgevolg naar eigen zeggen in de onmogelijkheid om, op grond van de beslissing die thans voorligt en van de algemene bewoordingen die daarin worden geformuleerd, na te gaan hoe de opmerkelijke en forse prijsdaling met betrekking tot de offerte van de nv Jette Clean precies te verklaren is en derhalve, bij uitbreiding, na te gaan of die offerte al dan niet de meest voordelige aanbieding was/is. “Zonder over het administratieve dossier van de verwerende partij te beschikken, kan men dit onmogelijk uitmaken”, reden alleen al waarom volgens verzoekende partij de bestreden beslissing niet voldoet aan de motiveringsplicht.

Daarnaast stelt verzoekende partij dat zij aan de hand van de bestreden beslissing onmogelijk kan beoordelen of de puntentoekenning voor de in het bestek vermelde gunningscriteria correct is gebeurd. In de bestreden beslissing worden weliswaar aan iedere inschrijver punten toegekend op de verschillende criteria, doch wordt niet vermeld op grond van welke gegevens uit de respectievelijke offertes deze punten werden toegekend.

Wat betreft criterium 1 (aantal uren schoonmaakprestaties) en criterium 2 (uurloonprijs) worden de gegevens uit de verschillende offertes niet vermeld, zodat deze puntentoekenning niet gefundeerd overkomt en er alleszins op

geen enkele wijze uit kan worden afgeleid of deze quotering al dan niet in overeenstemming is met de respectieve offertes. Het voorziene aantal uren schoonmaakprestaties en de voorziene uurloonprijs van de diverse inschrijvers worden alleszins nergens vermeld, zodat de quotering zich slechts als een oncontroleerbaar en onverklaarbaar feit aandient, hetgeen in het licht van de verplichte motivering onvoldoende is.

Daarnaast acht verzoekende partij ook de materiële motiveringsplicht geschonden in de mate dat in de bestreden beslissing wordt gesteld dat er "met alle inschrijvers werd onderhandeld" omdat er werd vastgesteld dat "in alle offertes documenten ontbraken".

Verzoekende partij stelt zich de vraag welke documenten precies ontbraken, meer in het bijzonder in haar offerte die wel degelijk volledig was en alle gevraagde documenten bevatte. Er werd door de aanbestedende instantie ook niet om bijkomende en/of aanvullende documenten gevraagd. Indien de oorspronkelijke offertes onvolledig zouden zijn geweest of eventueel zelfs niet aan de voorwaarden van het bestek voldeden, was er volgens verzoekende partij vermoedelijk veeleer aanleiding geweest om deze niet-conforme offertes uit de procedure te weren (en desnoods de procedure opnieuw op te starten), eerder dan om deze offertes via zogenaamde onderhandelingen te laten "regulariseren" en/of "aanpassen". De in de bestreden beslissing opgenomen motivering is bijgevolg volgens verzoekende partij feitelijk onjuist en niet draagkrachtig.

Zij acht de motieven van de bestreden beslissing ook intern tegenstrijdig nu enerzijds wordt vermeld "daarom werd er met alle inschrijvers onderhandeld" terwijl anderzijds verderop in de bestreden beslissing wordt vermeld: "er werd niet verder meer onderhandeld omdat Jette Clean zowel de laagste uurloonprijs als het goedkoopste inschrijvingsbedrag ingediend heeft". Aangezien er door verwerende partij op geen enkel ogenblik werd onderhandeld met verzoekende partij over haar offerte - er werden enkel een tweetal vragen gesteld zonder dat deze invloed hadden op de eigenlijke offerte- heeft het er volgens verzoekende partij "'alle schijn van dat de verwerende partij daadwerkelijk enkel met de firma Jette Clean heeft onderhandeld en niet (minstens

niet op gelijke basis) met de overige inschrijvers, waaronder alleszins de verzoekende partij".

Beoordeling

7. De geformaliseerde gunningsbeslissing is het besluit van 5 september 2011 van het directiecomité van de NMBS-holding om akkoord te gaan met de gunning van de opdracht aan de nv Jette Clean, dus eigenlijk met het voorstel en de motivering opgenomen in het gunningsverslag van die datum. De motivering van de bestreden beslissing valt dan ook samen met de motivering van het gunningsverslag.

De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die verzoekende partij ook afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, 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.

Voorts dient overeenkomstig artikel 65/4, 5°, van de wet van 24 december 1993 een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze een opdracht gunt. Artikel 65/5, 7°, van de wet van 24 december 1993 bepaalt voorts dat deze gemotiveerde beslissing dient te bevatten "de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte".

8. De draagwijdte van de motiveringsplicht is te beoordelen in verhouding tot de graad van beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende overheid beschikt.

9. Zowel de gunningscriteria, de weging, als de beoordelingsmethode voor elk van deze gunningscriteria werden te dezen

voorafgaand in het bestek aangekondigd. Per gunningscriterium wordt in het bestek ook een voorbeeld van de toepassing van de betreffende beoordelingsmethode geformuleerd. Deze tekst werd reeds eerder geciteerd.

10. Specifiek in deze zaak is aldus dat de gunningscriteria (het aantal uren schoonmaakprestaties waarin voorzien wordt op jaarbasis; de gemiddelde uurloonprijs en de totale inschrijvingsprijs) telkens slechts cijfermatige gegevens betreffen opgenomen in de offertes (het aantal uren schoonmaakprestaties en de totale inschrijvingsprijs) of uit de offertes afgeleid (de gemiddelde uurloonprijs). Tevens bevat het bestek de beoordelingsmethode, in feite telkens een vergelijking met een ander cijfermatig gegeven, respectievelijk de afwijking ten opzichte van het berekende gemiddelde van het voorziene aantal uren schoonmaakprestaties en de verhouding tot de laagste gemiddelde uurloonprijs respectievelijk de laagste inschrijvingsprijs. Ook wordt vermeld hoe in functie daarvan de scores worden toegekend.

Zoals verwerende partij in haar nota terecht stelt, lijkt de vergelijking van deze offertes door verwerende partij zich aldus te beperken tot het invoegen van de betrokken gegevens uit de inventaris, die werd ingevuld door de inschrijvers, in de wiskundige formules die werden aangekondigd in het bestek, zonder dat verwerende partij daarbij over enige beoordelingsvrijheid beschikt.

11. Het gunningsverslag waarop de bestreden beslissing steunt en dat werd medegedeeld aan verzoekende partij, geeft te dezen een overzicht van de totale inschrijvingsprijs van elke inschrijver voor en na wat verwerende partij in dat verslag omschrijft als onderhandelingen, alsmede de met elke prijs overeenstemmende score. Op het eerste gezicht lijkt aldus voor het derde gunningscriterium voldaan aan de formele motiveringsplicht.

Wat de andere twee gunningscriteria betreft geeft dit gunningsverslag enkel de door elke inschrijver verkregen score. Het administratief dossier bevat voorts als stuk 16 een overzicht van de berekening van deze scores, stuk dat niet gedateerd is en waarnaar in het gunningsverslag ook niet uitdrukkelijk wordt verwezen.

12. Verzoekende partij kon aldus, zo lijkt het, op grond van het meegedeelde gunningsverslag en de daar vermelde scores, weliswaar vaststellen dat zij het best scoort op het gunningscriterium “aantal uren schoonmaak prestaties”, en dus het aantal uren aanbiedt dat het dichtst bij het gemiddelde ligt, en dat de nv Jette Clean niet alleen de laagste totale prijs voorstelde maar ook het laagste gemiddelde uurloon moet hebben voorgesteld.

Deze gegevens – het aantal uren schoonmaakprestaties, het gemiddelde en de gemiddelde uurlonen – worden echter zelf niet opgenomen in dat verslag en evenmin wordt aangevoerd dat deze vertrouwelijk zouden zijn. De offertes worden trouwens als niet vertrouwelijk in het administratief dossier neergelegd en de gegevens in de voormelde berekeningsnota worden -zoals de nota stelt- ook weergegeven “in de inventarissen die door de inschrijvers bij hun, desgevallend gewijzigde, offertes, worden gevoegd”.

Deze inventarissen vermelden onderaan inderdaad totaalprijzen en deze lijken overeen te komen met de totaalprijzen gebruikt in de tweede berekening in de berekeningsnota voorgelegd als stuk 16 maar verschillen voor verzoekende partij, de nv GOM en de nv ISS, licht met deze vermeld in het gunningsverslag (voor verzoekende partij 1.639.885,61 euro in de berekeningsnota en 1.639.885,77 euro in het gunningsverslag; voor de nv GOM 1.643.013,91 euro in de berekeningsnota en 1.643.013,79 euro in het gunningsverslag; voor de nv ISS 1.755.187,75 euro in de berekeningsnota en 1.755.188,02 euro in het gunningsverslag). Deze verschillen lijken echter zo klein dat dit waarschijnlijk geen invloed had op de score.

Deze inventarissen vermelden onderaan deel I telkens het voor de prijs onder deel I voorzien uur schoonmaakprestaties. Voor verzoekende partij is dit 36.320,27 u. In de berekeningsnota wordt bij de eerste en tweede offerte vermeld 36.320,29 u. Bij GOM is dat 32.710,85 u in de eerste offerte en 35.135,15 u in de tweede offerte; de berekeningsnota vermeldt 32.710,86 u respectievelijk 34.466,81 u. Bij ISS is dit 39.453,10 u in de eerste offerte en tweede offerte. De berekeningsnota vermeldt telkens 39.453,17 u. Voor de nv Jette Clean is dit 48.832,18 u in de eerste offerte en 38.172,04 u in de tweede offerte. De berekeningsnota vermeldt 49.633,08 u respectievelijk 38.172,04 u. Het dossier

lijkt geen uitleg te bevatten voor het aanzienlijk verschil tussen de uren vermeld in de verbeterde offerte van GOM en het cijfer opgenomen in de berekeningsnota. Indien het hogere cijfer vermeld in de verbeterde offerte van GOM wordt gebruikt lijkt het gemiddelde waarmee voor het gunningscriterium "aantal uren schoonmaakprestaties" wordt vergeleken te zullen stijgen en kan de score wijzigen. Wat de verschillen betreft tussen de cijfers in de offerte van verzoekende partij en in de verbeterde offerte van de nv ISS met de in de tweede berekening gehanteerde cijfers, zal deze impact waarschijnlijk verwaarloosbaar zijn aangezien het gaat om cijfers na de komma. Het verschil tussen het cijfer in de eerste offerte van de nv Jette Clean met het cijfer gebruikt in de eerste berekening is groter, maar deze berekening werd niet gebruikt voor de uiteindelijke rangschikking.

De uurloonprijs is blijkbaar telkens een gemiddelde berekend aan de hand van de inventaris maar is niet als dusdanig vermeld in de inventarissen zelf.

Aan verzoekende partij werden deze berekeningen niet meegedeeld.

13. Tegelijk kan echter worden vastgesteld dat verzoekende partij, die blijkens haar pleitnota het administratief dossier heeft ingekeken, thans dus kennis heeft, minstens kon nemen van de meer vermelde berekeningsnota en dus van de gegevens die gebruikt werden om de scores en het gemiddelde te berekenen, en hieromtrent thans inhoudelijk geen argumenten ontwikkelt, ook niet in de pleitnota.

14. Voorts kan in de huidige stand van het geding, en dus weliswaar *prima facie*, worden vastgesteld dat, zoals reeds opgemerkt, de gegevens die volgens de berekeningsnota de scores ondersteunen van GOM, wat het aantal uren schoonmaakprestaties betreft, niet overeenkomen met dat aantal globaal vermeld onderaan deel I van de inventaris bij de verbeterde offerte van GOM, waaruit ze volgens de nota zelf zouden zijn overgenomen. Echter kan ook worden vastgesteld dat, indien op grond van de cijfers in de (verbeterde) offertes waaronder voor GOM 35.315,15 u in plaats van 34.466,81 u zou worden genomen zoals vermeld in de tweede berekening in stuk 16, dan het gemiddelde 37.270,14 u lijkt te moeten

zijn en niet 37.103,08 u zoals vermeld in de tweede berekening. De afwijking voor verzoekende partij, die een lager aantal uren aanbiedt, lijkt dan echter groter te worden en dus enkel te kunnen leiden tot een slechtere score terwijl de afwijking bij de nv Jette Clean, die een groter aantal uren aanbiedt, dan kleiner zou worden en dus enkel zou kunnen leiden tot een betere score.

In de huidige stand van het geding toont verzoekende partij om deze redenen haar belang om op grond van de besproken grief de gevraagde schorsing te verkrijgen niet met de vereiste *prima facie* ernst aan.

15. In de mate dat verzoekende partij voorts doet gelden dat de verantwoording die wordt gegeven aan de prijsdaling in de tweede offerte van de nv Jette Clean, de toets met de formele (en materiële) motiveringsplicht niet doorstaat, stelt het gunningsverslag dat de motivering van de bestreden beslissing vormt, vast dat deze in de eerste offerte de permanentie verkeerd had begrepen voor de hoofdstukken 19 en 20 en dit verbetert in de nieuwe offerte, waardoor het aantal uren alsook de prijs fors daalde. Daargelaten de vraag of de bestreden beslissing deze prijsdaling in de nieuwe offerte wel formeel moet motiveren – in feite moeten de aangepaste prijs en het aangepaste aantal uren via de beoordelingsmethode in het bestek worden gequoteerd en gaat het dus veeleer om een element dat verwerende partij in die mathematische methode moet inbrengen, blijkt op het eerste gezicht niet waarom dit geen afdoende formele motivering zou zijn. Verzoekende partij betwist dit trouwens in het tweede middel en blijkt aldus deze motieven te kennen.

In de mate dat bedoeld zou zijn dat moest worden gemotiveerd waarom de nv Jette Clean een aangepaste offerte kon indienen, vermeldt het gunningsverslag dat in alle offertes documenten ontbraken en dat de prijs van bepaalde posten in meerdere opmetingsstaten niet representatief zijn, reden waarom er met alle inschrijvers werd onderhandeld, dat zij werden aangeschreven om hun offerte te vervolledigen en om abnormale prijzen te verantwoorden of aan te passen. Daargelaten de vraag of in een onderhandelingsprocedure formeel gemotiveerd moet worden waarom na het indienen van de offertes ook effectief onderhandeld wordt, en of er te dezen sprake was van onderhandelingen, vraag aan

de orde in het tweede middel, blijkt verzoekende partij ook deze motieven te kennen aangezien zij deze betwist.

16. In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat zij niet over het volledige dossier beschikt en evenmin over de offerte die werd ingediend door de nv Jette Clean noch over de zogenaamde "vervolledigingen" en "aanpassingen" die door de nv Jette Clean blijkbaar werden ingediend gedurende de onderhandelingen en bijgevolg in de onmogelijkheid is om, aan de hand van de beslissing die thans voorligt en van de algemene bewoordingen die daarin worden geformuleerd, na te gaan hoe de opmerkelijke en forse prijsdaling met betrekking tot de offerte van de nv Jette Clean precies te verklaren is en derhalve, bij uitbreiding, na te gaan of die offerte al dan niet de meeste voordelige aanbieding was/is, en stelt "zonder over het administratieve dossier van de verwerende partij te beschikken, kan men dit onmogelijk uitmaken", reden alleen al waarom volgens verzoekende partij de bestreden beslissing niet voldoet aan de motiveringsplicht, kan worden herhaald dat de prijsdaling van de nv Jette Clean in het gunningsverslag wordt verklaard. Verzoekende partij toont voorts niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat te dezen pas aan de formele motiveringsplicht zou zijn voldaan indien men over het administratief dossier beschikt of over de offerte en de verbeterde offerte van de nv Jette Clean. De vraag of het gunningsverslag dat blijkbaar de gemotiveerde beslissing vormt, zelf voldoende gegevens bevat om aan de formele motiveringsplicht te voldoen, werd reeds onderzocht.

17. In dit middel acht verzoekende partij ook de materiële motiveringsplicht geschonden in de mate dat in de bestreden beslissing wordt gesteld dat er "met alle inschrijvers werd onderhandeld" omdat er werd vastgesteld dat "in alle offertes documenten ontbraken".

18. In de mate dat zij daartoe de vraag stelt welke documenten precies ontbraken, meer in het bijzonder in haar offerte die wel degelijk volledig was en alle gevraagde documenten bevatte, lijken aan haar inderdaad niet specifiek ontbrekende documenten te zijn opgevraagd, maar eerder een verklaring over bepaalde prijzen en opgegeven uren. De motivering van de bestreden beslissing is daarom niet feitelijk onjuist of niet-draagkrachtig zoals verzoekende partij stelt. De

bestreden beslissing verwijst immers niet alleen naar het ontbreken van documenten, die trouwens aan andere inschrijvers wel worden gevraagd, maar ook naar het feit dat bepaalde posten in meerdere opmetingsstaten niet representatief zijn. De aan verzoekende partij gestelde vragen lijken hiermee te kunnen worden in verband gebracht.

19. In de mate dat verzoekende partij stelt dat indien de oorspronkelijke offertes onvolledig zouden zijn geweest of eventueel zelfs niet aan de voorwaarden van het bestek voldeden, er volgens verzoekende partij vermoedelijk veeleer aanleiding was geweest om deze niet-conforme offertes uit de procedure te weren (en desnoods de procedure opnieuw op te starten), eerder dan om deze offertes via zogenaamde onderhandelingen te laten "regulariseren" en/of "aanpassen" en zij haar middelonderdeel aldus steunt op een veronderstelling en iets wat dan "vermoedelijk" veeleer had moeten gebeuren, lijkt alleen al deze wijze van formulering van deze grief een reden om te besluiten dat de grief niet ontvankelijk is, of ten minste niet de vereiste ernst heeft om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

Op grond van welke normering, eigen aan de voorliggende onderhandelingsprocedure, dergelijke verplichting te dezen zou moeten blijken, toont verzoekende partij in ieder geval onvoldoende aan. In een onderhandelingsprocedure lijkt er in het algemeen alvast meer ruimte voor aanpassing van offertes. Zij gaat er *prima facie* ook aan voorbij dat artikel 98, § 2, van het – hier volgens het bestek toepasselijke - koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, luidens welke bepaling offertes die afwijken van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd zijn in artikel 77 nietig zijn, en de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande kan beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van titel VII van dat koninklijk besluit, enig voorbehoud inhouden of bestanddelen die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, niet van toepassing is bij een onderhandelingsprocedure. Zij geeft ook niet aan waar het bestek terzake die bepaling van toepassing heeft verklaard of een nietigheid instelde. Zij vermeldt zelf geen bestekbepalingen

waarvan de niet-naleving uitdrukkelijk wordt gesanctioneerd met onregelmatigheid of nietigheid.

20. In de mate dat zij deze motieven en dus ook de bestreden beslissing ook intern tegenstrijdig acht nu enerzijds wordt vermeld “daarom werd er met alle inschrijvers onderhandeld” terwijl anderzijds verderop in de bestreden beslissing wordt vermeld: “er werd niet verder meer onderhandeld omdat Jette Clean zowel de laagste uurloonprijs als het goedkoopste inschrijvingsbedrag ingediend heeft”, volstaat de vaststelling dat de eerste geciteerde passage de fase betreft waarin de eerste offertes werden onderzocht en aan alle inschrijvers vragen werden gesteld, terwijl de tweede geciteerde passage de vervolgens gegeven antwoorden betreft, met in feite aangepaste offertes voor de nv GOM en de nv Jette Clean en in mindere mate ook voor de nv ISS. Het lijkt aldus over twee verschillende fasen in de gunningsprocedure te gaan waarbij in een eerste fase, volgens dit verslag, via die vragen, met alle inschrijvers werd onderhandeld, en waarbij na de verkregen antwoorden, werd beslist geen tweede onderhandelings-ronde te starten. Er lijkt aldus geen interne tegenstrijdigheid te zijn. De vraag of aldus effectief werd onderhandeld, hetgeen verzoekende partij, betwist, wordt hierna besproken.

21. In de mate dat verzoekende partij nog stelt dat er door de verwerende partij op geen enkel ogenblik met haar werd onderhandeld over haar offerte, dat enkel een tweetal vragen werden gesteld zonder dat deze invloed hadden op de eigenlijke offerte en dat het “alle schijn [heeft] dat de verwerende partij daadwerkelijk enkel met de firma Jette Clean heeft onderhandeld en niet (minstens niet op gelijke basis) met de overige inschrijvers, waaronder alleszins de verzoekende partij” toont zij niet *prima facie* aan hoe zij ongelijk werd behandeld. In dit middel wordt trouwens ook niet de schending opgeworpen van het gelijkheidsbeginsel. Alle inschrijvers werden vragen gesteld over bepaalde punten in hun offerte. De andere inschrijvers hebben hierop hun offerte verbeterd en verzoekende partij kon dit desgewenst ook doen. Verzoekende partij laat ook na op concrete wijze uiteen te zetten waarom, in het licht van de aan de andere inschrijvers gestelde vragen, ook aan haar nog andere vragen over haar offerte hadden moeten worden gesteld. De vraag of hierdoor werd onderhandeld is aan de orde in het tweede middel. Zoals hierna zal blijken is dat tweede middel niet

ernstig. De verwijzingen naar onderhandelingen lijken dan ook niet strijdig met de hier aan de orde zijnde formele of materiële motiveringsplicht.

22. In de mate dat in het middel ook de schending wordt ingeroepen van de zorgvuldigheidsplicht, wordt dit niet afzonderlijk toegelicht en lijkt deze grief samen te vallen met de reeds besproken grieven.

23. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

24. In het tweede middel roept verzoekende partij de schending in van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, "inzonderheid van het gelijkheidsbeginsel, meer bepaald de verplichting van de aanbestedende instantie om naar aanleiding van een onderhandelingsprocedure de inschrijvers op een gelijke wijze te behandelen".

Zij stelt vast dat de gekozen inschrijver, de nv Jette Clean, de prijs van haar offerte na het indienen ervan aanzienlijk verminderde: van oorspronkelijk 1.903.810,56 euro tot 1.634.259,64 euro, hetzij met 269.550,92 euro, en aldus 5.625,97 euro onder de prijs van verzoekende partij bleef (1.639.885,61 euro). Zij herhaalt dat de juiste toedracht van deze prijsdaling onvoldoende en slechts ten dele blijkt uit de bestreden beslissing. Er zouden in alle offertes documenten ontbroken hebben en eveneens bleek de prijs van bepaalde posten in meerdere opmetingsstaten "niet representatief" te zijn, reden waarom er met alle inschrijvers zou zijn onderhandeld.

Terwijl aldus bepaalde inschrijvers, waaronder klaarblijkelijk in ieder geval de nv Jette Clean, de kans gekregen hebben om hun offerte bij te sturen en/of aan te passen, op een ogenblik uiteraard dat de oorspronkelijk ingediende prijzen reeds gekend waren, werd met verzoekende partij niet onderhandeld over haar offerte. Er werden haar enkel twee vragen gesteld waarop zij kort en bondig kon antwoorden zonder dat deze antwoorden van invloed waren op haar offerte.

Verzoekende partij herhaalt dat “van ontbrekende documenten, zoals nochtans wordt beweerd, […] geen sprake [was] en deze werden, althans bij de verzoekende partij, evenmin opgevraagd” zodat “de beweringen ‘er ontbraken in alle offertes documenten’ en ‘er werd met alle inschrijvers onderhandeld’ door de verwerende partij onmogelijk hard gemaakt [kunnen] worden”.

In de mate dat met één van de inschrijvers, in ieder geval met de nv Jette Clean, over de prijzen werd onderhandeld, en niet met de overige inschrijvers, althans in ieder geval niet met verzoekende partij, werd de gelijke behandeling van de inschrijvers en de eerlijke mededinging verstoord.

Verzoekende partij stelt voorts dat men zich in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking kan inbeelden dat er bepaalde materiële vergissingen of leemten worden rechtgezet, doch niet dat men, al dan niet onder het voorwendsel van zogenaamde “abnormale prijzen”, één van de inschrijvers toelaat een compleet nieuwe bieding te doen, zonder deze zelfde mogelijkheid, en op grond van dezelfde informatie, aan de overige inschrijvers te verlenen.

In de mate dat de bestreden beslissing stelt dat de nv Jette Clean de permanentie verkeerd begrepen had voor de hoofdstukken 19 en 20 waardoor het aantal uren alsook de prijs fors daalde, ziet verzoekende partij niet in hoe de zogenaamde permanentie verkeerd kon worden begrepen, nu de omschrijving daarvan in duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen was opgenomen in het bestek (artikel 72) en merkt zij op dat de permanentie niet alleen geldt voor de hoofdstukken 19 (station Oostende) en 20 (station Sint-Niklaas), maar ook voor hoofdstuk 15 (station Gent-Dampoort) en dat niet in te zien is hoe een inschrijver de gevraagde permanentie verkeerd kon begrijpen voor de hoofdstukken 19 en 20 en blijkbaar niet voor hoofdstuk 15, ofschoon de verplichtingen dezelfde waren voor deze drie hoofdstukken.

Zij besluit: “Het dossier heeft er m.a.w. alle schijn van dat de aanbestedende instantie uitsluitend met één van de inschrijvers heeft onderhandeld, met name deze die bovendien oorspronkelijk een onvolledige of niet-conforme offerte had ingediend, aan wie het – in ongekende

omstandigheden – werd toegestaan om haar offerte naar eigen goeddunken aan te passen en/of aan te vullen op een ogenblik dat de overige prijzen reeds gekend waren, zonder dat deze zelfde mogelijkheid aan de andere inschrijvers, althans aan de verzoekende partij, werd geboden".

Beoordeling

25. Verwerende partij merkt terecht op dat in het verzoekschrift in dit kader de nadruk wordt gelegd op de door de nv Jette Clean in de aangepaste offerte verlaagde totaalprijs maar dat het gunningscriterium "totale inschrijvingsprijs" slechts voor 20% van de toe te kennen punten geldt. Verwerende partij geeft echter niet aan welke gevolgen dit heeft voor het middel, zodat dit onderdeel van het verweer geen nadere bespreking behoeft.

26. In de mate dat verzoekende partij opwerpt dat haar enkel twee vragen werd gesteld, waarop door verzoekende partij kort en bondig werd geantwoord, zonder dat deze antwoorden van invloed waren op haar offerte, dat er van ontbrekende documenten, zoals nochtans wordt beweerd, geen sprake was en dat deze, althans bij de verzoekende partij, evenmin opgevraagd werden en dat aldus de beweringen "er ontbraken in alle offertes documenten" en "er werd met alle inschrijvers onderhandeld" onmogelijk hard gemaakt kunnen worden, moet opnieuw worden opgemerkt dat aan de drie andere inschrijvers wel ontbrekende documenten werden gevraagd naast uitleg over de invulling van bepaalde posten in de meetstaat. Ook aan verzoekende partij werd uitleg bij de voorziene uren gevraagd. Verzoekende partij gaf deze toelichting zonder de offerte aan te passen. De drie andere inschrijvers deden dit laatste wel (zij het dat ISS enkel twee fouten in de inventaris verbeterde en als totaalprijs meedeelt 1.755.187,75 euro; in de meetstaat staat 1755187,75 in cijfers en 1755187,65 in letters; het is dit laatste getal dat in letters is hernomen op het nieuwe offerteformulier zoals in de eerste offerte en de meetstaat daarbij).

Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan dat zij aldus zonder grond ongelijk werd behandeld. Zij werd, zoals de andere inschrijvers om toelichting gevraagd over de prijzen voor bepaalde posten, waarover het bestuur vragen had. Meer bepaald de nv Jette Clean en de nv GOM hebben in dat licht hun

prijzen aangepast. Verzoekende partij kon dit, zo lijkt het, ook doen, maar verkoos haar offerte te behouden en deze posten te verantwoorden. In de mate dat die andere partijen van oordeel waren dat de vragen terecht waren en dat aan de vraagstelling kon tegemoet gekomen worden door een aanpassing van de inventaris, zou het te formalistisch lijken om te eisen dat zij dit niet onmiddellijk hadden mogen doen en dus eerst hadden moeten antwoorden dat een aantal vragen terecht waren, dat de inventaris diende te worden aangepast en vervolgens te wachten op een uitnodiging om dit alsnog te doen.

Het feit dat aan deze inschrijvers over meer posten vragen werden gesteld dan aan verzoekende partij toont niet *prima facie* een laakbare ongelijke behandeling aan. Verzoekende partij laat immers in ieder geval na op concrete wijze uiteen te zetten waarom, in het licht van de aan de andere inschrijvers gestelde vragen, ook aan haar nog andere vragen over haar offerte hadden moeten worden gesteld en toont dus niet *prima facie* aan dat haar ook voor andere posten toelichting had moeten worden gevraagd.

27. Verzoekende partij toont evenmin met de vereiste *prima facie* ernst aan dat de betrokken vragenstellingen niet kunnen worden ondergebracht in "onderhandelingen". De onderhandelingsprocedure met bekendmaking wordt immers onder meer gekenmerkt door het aan de aanbestedende overheid geboden flexibele kader, waarbij zij met de inschrijvers kan onderhandelen en een grote vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen. Deze flexibiliteit wordt weliswaar beperkt, naast het wettelijke en reglementair kader, door de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur -, maar verzoekende partij toont niet aan welke van die regels of beginselen geschonden zijn door de betrokken wijze van handelen anders dan de ingeroepen schending van het gelijkheidsbeginsel. Zoals gezegd had zij, zo lijkt het, op de haar gestelde vragen, ook kunnen antwoorden met een aangepaste offerte.

Alhoewel erkend kan worden dat verwerende partij, zeker in het licht van de voornoemde omschrijving over de BAFO offerte in het bestek dat gewag maakt van "eventuele onderhandelingen", misschien duidelijker had kunnen zijn in haar brieven door niet alleen ontbrekende documenten op te vragen en toelichting over, bevestiging van of aanvulling van de inventaris, en misschien

beter uitdrukkelijk had vermeld dat ook een aangepaste offerte mocht worden ingediend en dat dit bedoeld was als een eerste onderhandelingsronde, lijkt dit verzuim niet tot een ander besluit te moeten leiden. Verzoekende partij verwijst trouwens zelf niet naar die besteksbepaling en stelt ook niet dat door zo te handelen het bestek is geschonden.

Zelfs indien deze vragenronde niet als "onderhandeling" zou worden beschouwd, zoals verzoekende partij doet, lijkt dit evenmin *prima facie* tot de ernst van het middel te leiden aangezien het niet lijkt dat er een ongelijke behandeling in de vragenronde was en zoals hierna zal blijken niet met de vereiste *prima facie* ernst is uitgemaakt dat de aanpassingen de gestelde vragen te buiten gaan.

28. In de pleitnota benadrukt verzoekende partij in dit verband bij het eerste middel dat uit de brief van 23 mei 2011 die zij ontving in ieder geval niet kan worden afgeleid dat haar de mogelijkheid werd geboden om naar aanleiding van die vragen een nieuwe en gewijzigde offerte in te dienen en dat de vragenronde die op 23 mei 2011 door verwerende partij werd opgestart geenszins kan worden beschouwd als "haar intentie – indien dit reeds wettelijk mogelijk zou zijn – om met alle inschrijvers te 'onderhandelen' en hun toe te laten een nieuwe en/of aangepaste offerte in te dienen". Ook bij het tweede middel herhaalt zij in de pleitnota dat naar aanleiding van de vragen gesteld bij brief van 23 mei 2011 geenszins werd vermeld dat "de mogelijkheid bestond (of dat het de bedoeling was) om een nieuwe offerte in te dienen (of zelfs maar om de oorspronkelijke offerte in te dienen), voor het geval dit overigens wettelijk mogelijk zou zijn" en dat zij op de haar gestelde vragen heeft geantwoord, "zonder dat er voor haar aanleiding was om in dat opzicht de offerte te wijzigen" en dat "hiermee werd voldaan aan de gestelde vragen, zonder meer".

Zoals gezegd blijkt niet *prima facie* waarom verzoekende partij in antwoord op de haar in de brief van 23 mei 2011 gestelde vragen eventueel in plaats van een verantwoording niet ook een aangepaste offerte kon indienen. Zij lijkt in de pleitnota trouwens zelf te erkennen dat zij haar offerte wel gewijzigd zou hebben indien niet met een verantwoording kon worden voldaan aan de gestelde

vragen, hetgeen blijkbaar de nv GOM en de nv Jette Clean deden in functie van de hun gestelde vragen.

29. In de mate dat zij daarbij aanvoert dat men zich in het kader van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking nog kan inbeelden dat bepaalde materiële vergissingen of leemten worden rechtgezet maar niet dat een van de inschrijvers een compleet nieuwe bieding doet, toont zij niet aan welke rechtsregel of -beginsel inhoudt dat in een onderhandelingsprocedure de onderhandelingen beperkt moeten zijn tot het rechtzetten van bepaalde materiële vergissingen en leemten.

30. Voorts kan worden vastgesteld dat de prijzen die de nv Jette Clean voor de hoofdstukken 19 en 20 bood, veel hoger waren – verwerende partij stelt in de nota zelfs "abnormaal hoger" dan de prijzen die de andere partijen voor die posten boden, volgens de nota omdat zij voor die posten, meer bepaald, veel meer uren inzette dan de andere partijen.

Verwerende partij stelt in de nota dat deze verschillen mogelijks te verklaren zijn doordat de nv Jette Clean uit het oog verloor dat voor die stations (Oostende en Sint-Niklaas) in artikel 72 van het bestek weliswaar een zogenaamde permanentie wordt gevraagd: de permanente aanwezigheid van een personeelslid in een station gedurende bepaalde uren, ook al zijn geen prestaties vereist, maar dat het personeelslid dat daarvoor instaat tijdens zijn permanentie wel de normale schoonmaakprestaties kan verrichten. Er dient derhalve niet in twee personeelsleden te worden voorzien, maar er kan met slechts één personeelslid worden volstaan.

Het bestek bepaalt onder "Algemene Aanbestedings-voorwaarden", in artikel 72 "Aansprakelijkheid van de dienstverlening" onder meer:

> "Permanentie:
> In de gebouwenlijst, zie artikel 3, zijn bepaalde stations gemerkt met een asterix (*).
> In deze stations is er verplicht permanent één poetser aanwezig te hebben tussen 7:00 en 20:00 uur en dit op weekdagen. Tijdens het weekend en op

> feestdagen volstaat een aanwezigheid van 8.00 uur tot 16.00 uur. Voor Oostende moet er tijdens de weekends die in schoolvakanties vallen en op feestdagen wel een permanentie zijn van 8.00 uur tot 21.00 uur. Deze kan op ieder moment opgeroepen worden voor een noodpoetsing. Daarom heeft hij steeds een gsm bij zich. Het GSM-nummer wordt voor elk van de 3 stations gemeld aan de leidende ambtenaar bij aanvang van de opdracht".

Deze stations zijn blijkens dit artikel 3: station Gent –Dampoort (hoofdstuk 15 in de inventaris), station Oostende (hoofdstuk 19 in de inventaris) en station St.-Niklaas (hoofdstuk 20 in de inventaris).

Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan waarom het bestuur, dat deze prijsverschillen vaststelde, in het kader van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, de nv Jette Clean niet, zoals zij deed in haar brief van 23 mei 2011, de volgende vraag kon stellen:

> "Hoofdstuk 19-20: voor het station Oostende en Sint-Niklaas wordt een permanentie gevraagd tijdens de week en het weekend (8 of 13u). Tijdens die permanentie mogen zoals beschreven in het bestek gewone schoonmaakprestaties uitgevoerd worden. Werd in die context prijs gegeven voor beide stations?"

Evenmin toont zij *prima facie* aan dat deze inschrijver, na vastgesteld te hebben dat hij de meetstaat verkeerd had ingevuld, dit in een onderhandelingsprocedure niet in een aangepaste offerte kon rechtzetten; eigenlijk lijkt de nv Jette Clean met name een vergissing in de invulling van hoofdstukken 19 en 20 in het licht van de gevraagde permanentie te hebben rechtgezet en door die wijziging enkel op dezelfde basis als al haar concurrenten een prijs te hebben gegeven.

Ten slotte toont verzoekende partij niet aan dat zij gelijkaardige vergissingen maakte en zij werd dan ook niet onterecht ongelijk behandeld doordat haar daarover geen vragen werden gesteld.

Het feit dat de nv Jette Clean de vereiste van permanentie voor het hoofdstuk 15 (Gent-Dampoort) blijkbaar wel correct interpreteerde, doet *prima facie* geen afbreuk aan de voorgaande vaststellingen. Bezwaarlijk kan aan

verwerende partij worden verweten een adequaat en zorgvuldig onderzoek met betrekking tot de prijsopgave voor alle hoofdstukken te hebben gevoerd.

31. In de pleitnota benadrukt verzoekende partij inzake het tweede middel in dit kader dat niet alle posten in hoofdstukken 19 en 20 verband houden met de permanentie. Dit zou bijvoorbeeld niet het geval zijn voor de posten 19.21, 19.22, 20.28, 20.30, en 20.31 ("reinigen beglazing") en ook deze werden door de nv Jette Clean aangepast. De zeer aanzienlijke prijsdaling (269.550,92 euro) kan volgens haar onmogelijk in verband gebracht worden met de zogenaamde permanentie die geen dergelijk hoog bedrag vertegenwoordigt : de nv Jette Clean heeft in de aangepaste offerte het aantal schoonmaakuren voor hoofdstukken 19 en 20 samen met maar liefst 11.461 u verminderd, hetgeen geenszins in verband kan worden gebracht met het zogenaamd misverstaan van de permanentie zoals beschreven in het bestek. Ook de posten sneeuwruimen en zoutstrooien (posten 19.24, 19.25, 20.33 en 20.34) werden aangepast maar hebben evenmin uitstaans met de permanentie. Voorts stelt verzoekende partij dat pas de in de aangepaste offerte door de nv Jette Clean opgegeven prijzen voor de hoofdstukken 19 en 20 abnormaal laag en onaanvaardbaar zijn en derhalve in principe verdere bevraging en/of verantwoording zouden vergen.

Verzoekende partij geeft daarmee niet concreet en specifiek aan waarom de prijzen voor hoofdstukken 19 en 20 in de aangepaste offerte van nv Jette Clean abnormaal laag zouden zijn. Aldus gaat het om een loutere bewering, hetgeen volstaat om deze grief als niet ernstig te verwerpen.

In de mate dat verzoekende partij benadrukt dat de prijsdaling niet enkel verband kan houden met het misverstaan van de permanentie nu dit geen dergelijk hoog bedrag vertegenwoordigt, kon dit, zo lijkt het, reeds in het verzoekschrift worden opgeworpen. In de mate dat zij concreet wijst op posten die aldus werden gewijzigd zonder dat ze uitstaans hebben met deze permanentie, kon zij dit, zo lijkt het, pas opwerpen na inzage van het administratief dossier, maar blijkt niet *prima facie* waarom deze wijzigingen geen verband zouden kunnen houden met de misbegrepen permanentie.

32. In de mate dat verzoekende partij in het verzoekschrift nog opmerkt dat het er alle schijn van heeft dat uitsluitend werd onderhandeld met één van de inschrijvers, namelijk diegene die een onvolledige of niet conforme offerte heeft ingediend, werd reeds *prima facie* vastgesteld dat werd onderhandeld met alle inschrijvers.

In de mate dat zij zou bedoelen dat de initiële offerte van de nv Jette Clean onregelmatig zou zijn geweest, blijkt dit niet voldoende duidelijk uit het middel en wordt dit ook niet concreet aangetoond.

Verzoekende partij betwist weliswaar dat nv Jette Clean de gevraagde permanentie verkeerd kon begrijpen of zou hebben begrepen aangezien voor een ander hoofdstuk deze permanentie correct werd ingevuld, maar zij toont hiermee niet *prima facie* aan dat de offerte niet conform was nu niet blijkt dat de gevraagde permanentie niet werd ingevuld maar veeleer dat zij ten onrechte aannam dat tijdens die permanentie geen schoonmaakprestaties uitgevoerd mogen worden en daarom teveel uurprestaties rekende voor hoofdstukken 19 – 20. Daargelaten de reeds gedane vaststelling dat artikel 98, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996 in beginsel niet van toepassing is op een onderhandelingsprocedure, moet de vraag hoe verwerende partij diende te handelen indien er toch sprake zou zijn van een afwijking en mogelijk onregelmatigheid in de huidige stand van het geding dan ook niet verder onderzocht.

33. In de mate dat verzoekende partij stelt dat de nv Jette Clean haar offerte kon aanpassen op een ogenblik dat de oorspronkelijke prijzen reeds gekend waren en zij hiermee zou bedoelen dat de nv Jette Clean na de indiening van de oorspronkelijke offertes en vóór de indiening van haar gewijzigde offerte, kennis zou hebben genomen van de prijsvoorstellen van de andere inschrijvers, wordt deze bewering niet aangetoond.

Indien iets anders bedoeld is, namelijk dat verwerende partij deze vragen stelde en onderhandelde na kennisname van de prijzen, toont zij niet aan waarom dit de ingeroepen beginselen schendt. Het behoort tot het wezen van een onderhandelingsprocedure dat er na de indiening van de oorspronkelijke

offertes en aldus na de kennisname door de aanbestedende overheid van de voorstellen gewijzigde offertes kunnen worden ingediend. Deze kennisname door de aanbestedende overheid houdt uiteraard niet of niet noodzakelijk in dat de inschrijvers op de hoogte worden gesteld van de inhoud van de voorstellen van de andere inschrijvers.

34. In de mate dat verzoekende partij in de pleitnota in het algemeen besluit dat de nv Jette Clean van de vragenronde heeft geprofiteerd om haar oorspronkelijke prijzen aan te passen en te doen dalen beneden de prijzen van de andere inschrijvers, en dit zelfs in ruime mate buiten het eigenlijke voorwerp van de vragenronde, dient herhaald dat het niet lijkt dat de nv Jette Clean bij het aanpassen van haar offerte kennis had van de prijzen van de andere inschrijvers, noch dat de wijzigingen niet in verband kunnen worden gebracht met de gestelde vragen.

35. In de mate dat verzoekende partij *in fine* van dit middel nog verwijst naar het arrest van de Raad van State inzake Strabag Belgium, nr. 213.228 van 12 mei 2011, toont zij niet aan waarom de geciteerde overweging: “de mededinging lijkt slechts te worden aangetast wanneer men één inschrijver, in tegenstelling tot de overige inschrijvers, zou toestaan om alsnog zijn offerte te wijzigen zonder dat er sprake is van een fout zoals te dezen”, tot een andere conclusie leidt alleen reeds omdat het daar leek te gaan om een verschrijving of tikfout terwijl te dezen de ingevulde en verbeterde prijzen lijken te steunen op een verkeerd begrip van de permanentie. Bedoeld lijkt in het arrest trouwens veeleer dat indien meerdere inschrijvers dergelijke fouten maakten de mededinging aangetast is indien slechts één inschrijver wordt toegelaten die fout te herstellen. Verzoekende partij toont niet aan dat te dezen dit laatste het geval is.

36. Ook het tweede middel is bijgevolg niet ernstig.

VI. Besluit

Nu beide middelen niet ernstig werden bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 oktober 2011, 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**