

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.473 van 22 november 2012
in de zaak A. 198.329/XII-6423**

In zake: de NV PAN-ALL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Van Trimont
kantoor houdend te 7860 Lessines
Rue de la Halle 10
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter De Troyer

tegen:

de KAMER VAN VOLKSVERTEGENWOORDIGERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Leen De Vuyst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 november 2011, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Qua[e]stuur van de Kamer van Volksvertegenwoordigers houdende gunning van een overheidsopdracht voor aanneming van werken voor het plaatsen van tussenwanden en binnendeuren in het forumgebouw van de Kamer van Volksvertegenwoordigers na beperkte offerteaanvraag dd. 24 september 2010 waarbij de gezegde overheidsopdracht werd toegewezen aan de firma Jansen Finishings nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 219.754 van 14 juni 2012 is het debat heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Van Trimpont, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Anne Carton, die loco advocaat Frederik Vandendriessche verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 Quaestuur van de Kamer van Volksvertegenwoordigers schrijft een overheidsopdracht uit voor het plaatsen van tussenwanden en binnendeuren in het forumgebouw van de Kamer. Het betreft een beperkte offerteaanvraag, bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 mei 2010.

3.2. Inzake de uitvoeringstermijn van de werken wordt in het bestek (volume I, A5.3) vermeld:

“De werken vangen aan op 1 december 2010, worden uitgevoerd volgens de bij het bestek gevoegde planning (zie vol. III) en worden voltooid op

8 februari 2011. De controles m.o.o. de voorlopige oplevering vinden plaats op 21 februari 2011.”

Inzake de regelmatigheid van de offertes wordt in het bestek (volume I, A8.1) vermeld:

“Alvorens tot de evaluatie en de vergelijking van de offertes over te gaan onderzoekt de aanbestedende overheid of de offerte geen vormelijke of inhoudelijke gebreken vertoont die deze evaluatie kunnen verstoren of verhinderen.

In een offerteaanvraag dienen de offertes immers zo te zijn opgesteld dat de aanbestedende overheid haar keuze kan maken zonder in onderhandeling te treden met de inschrijver. Om deze reden en teneinde alle offertes op gelijke voet te kunnen beoordelen, is het van fundamenteel belang dat de offertes volledig conform zijn met de bepalingen van het bestek, zowel op formeel als op materieel vlak.

Offertes die een voorbehoud bevatten t.o.v. het bestek, die vormelijk in de fout gaan (b.v. niet getekend zijn) of onvolledig, onduidelijk of dubbelzinnig zijn, of die elementen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, kunnen worden geweerd uit de procedure.

Wanneer de onregelmatigheid substantieel is, d.w.z. wanneer de non-conformiteit een essentiële bepaling betreft en/of op definitieve wijze de correcte vergelijking der offertes in het gedrang brengt, wordt de offerte automatisch geweerd. In de andere gevallen beslist de aanbestedende overheid vrij en in het licht van de omstandigheden, doch met inachtneming van de gelijke behandeling van de inschrijvers, welke niet-conforme offertes worden geweerd.”

Inzake de gunningscriteria wordt er in het bestek vermeld: bedrag van de offerte (60 punten), kwaliteit van de materialen (25 punten) en plan van aanpak (15 punten).

Met het gunningscriterium “plan van aanpak” wordt, aldus het bestek, bedoeld de “manier waarop de aannemer zijn werf zal organiseren teneinde de opdracht tot een goed einde te brengen”. De beoordelingsbasis is de “nota van de inschrijver met zijn plan van aanpak dat de goede uitvoering van de werken en het naleven van de planning garandeert”.

Bij de technische bepalingen van het bestek (volume II) wordt vermeld (punt 2.1.5.) dat “door een offerte in te dienen [...] de aannemer het feit [erkent] dat hij kennis heeft genomen van de planning, gevoegd als bijlage (zie

vol. III)” en dat hij er zich toe verbindt deze planning na te leven. Voorts wordt er een passage gewijd (punt 2.1.6.) aan de rubriek “gelijktijdige werken” (ruwbouwwerken, levering en plaatsing van bekabeling, vloerbekleding en wanden en binnendeuren).

Volume III van het bestek bevat een gedetailleerde planning, opgesteld per werk, per etage en per dag.

Onder volume V van het bestek (offerteformulieren en meetstaat) figureren als bij de offerte te voegen gegevens waaronder “offerteformulier D – Bij offerte te voegen gegevens – evaluatiecriteria”.

3.3. Verzoekende partij stelt zich kandidaat en wordt op 21 juni 2010 door verwerende partij geselecteerd om een offerte in te dienen, zo ook de nv Jansen Finishings.

Verzoekende partij, de nv Jansen Finishings en de nv Calu dienen een offerte in. De offertes worden geopend op zitting van 27 augustus 2010.

3.4. Met brieven van 6 en 9 september 2010 vraagt verwerende partij verduidelijkingen aan de drie inschrijvers waarop zij antwoorden.

3.5. Op 23 september 2010 wordt door de aanbestedende overheid een “studie der offertes” opgesteld.

Bij de rubriek “formele regelmatigheid” wordt over de offerte van verzoekende partij gesteld: “Pan-All verklaart zich uitdrukkelijk akkoord met onze planning. Het plan van aanpak evenwel ontbreekt in de offerte Pan-All. Verder werden geen formele onregelmatigheden vastgesteld.”

Onder de rubriek “materiële regelmatigheid” - “technische conformiteit” wordt het volgende opgemerkt:

“Er wordt onderzocht of de inschrijvers de werken kunnen uitvoeren met de voorziene ploeg en dit binnen de opgelegde en strikte planning. Het plan van aanpak, dat een gunningscriterium is, wordt daarom ook hier onderzocht. Indien de offerte voldoet volgt een verdere beoordeling bij de gunningscriteria. Indien de offerte hier niet voldoet, wordt zij als niet-regelmatig beschouwd en wordt de offerte geweerd.

Door de aard van de opdracht (offerteaanvraag) is het de inschrijvers toegelaten hun offerte te verduidelijken, zonder deze evenwel te wijzigen.

a) Offerte Jansen Finishings

MetaLine systeemwanden

Uit het onderzoek van de planning blijkt dat de inschrijver in zijn planning een dag extra voorziet bij aanvang van de werken en dat de planning op het einde van de werken met 1 week verschoven is. De aanbestedende overheid vraagt om verduidelijking.

De inschrijver verklaart dat het om een vergissing gaat bij het overnemen van onze planning. Hij maakt een planning over die geheel overeenkomt met het vooropgestelde schema. Het aantal dagen wordt niet verhoogd, de laatste week wordt verschoven. De verklaring voldoet.

Met betrekking tot het plan van aanpak voorziet Jansen 2 ploegen van gemiddeld 6 man per dag, hetzij 12 man in totaal terwijl het bijzonder bestek 3 ploegen voorziet wanneer simultaan in drie zones moet worden gewerkt.

Jansen meent dat bij opstart en einde van een zone minder dan het opgegeven gemiddelde van zes monteurs nodig zijn. Soms zal er gewerkt worden met drie ploegen met een gemiddelde bezetting van vier man.

In functie van de planning en de behaalde rendementen worden de ploegen afgebouwd of versterkt. De werkplanning voldoet.

[...]

b) Offerte Pan-All

Flush-line systeemwand

[...]

Door het niet overmaken van een plan van aanpak geeft Pan-All geen garantie voor het naleven van de opgelegde planning.

Het plan van aanpak is ook een gunningscriterium dat niet beoordeeld kan worden. De offerte Pan-All is niet regelmatig en wordt geweerd.

c) Offerte Calu

Bruynzeel Interfinish scheidingswanden

Uit het onderzoek van het plan van aanpak blijkt dat Calu, in functie van de planning, berekend heeft dat zij gemiddeld een 7 à 8-tal personen zullen nodig hebben. Afhankelijk van de planning kan de bezetting bij momenten worden verhoogd. Het is ons niet duidelijk hoe Calu met deze bezetting het beoogde rendement kan halen.

In zijn antwoord van 13/9/2010 voorziet inschrijver Calu drie ploegen met elk een 6-tal mensen om de beoogde planning te kunnen realiseren. Gemiddeld voorzien ze ongeveer 11 à 12 mensen in plaats van de oorspronkelijke 7 à 8 personen. De in de

offerte opgegeven personeelsbezetting is duidelijk onderschat en is onvoldoende om de opdracht tot een goed einde te brengen. De offerte voldoet niet voor wat betreft het plan van aanpak.

[...].”

3.6. Op 24 september 2010 beslist de Quaestuur van de Kamer om de opdracht te gunnen aan de nv Jansen Finishings voor een bedrag van 740.786,42 euro btw niet inbegrepen.

Hierbij wordt als volgt overwogen:

“Overwegende dat uit het onderzoek van de formele regelmatigheid blijkt dat het plan van aanpak ontbreekt in de offerte Pan-All; dat het onderzoek van de twee overige offertes geen aanleiding geven tot opmerkingen; Overwegende dat het onderzoek van de administratieve en contractuele aspecten van de offertes geen aanleiding geven tot opmerkingen; Overwegende dat voor het onderzoek van de technische conformiteit gekeken werd of het voorgestelde materiaal voldoet aan de technische voorschriften van het bestek en of de opgelegde planning gerespecteerd wordt daar de werken dienen te worden uitgevoerd met de voorziene ploeg en dit binnen de opgelegde en strikte planning; dat aan de inschrijvers gevraagd werd hun offerte te verduidelijken; Overwegende dat Jansen zich vergist heeft bij het overnemen van de planning; dat hij een verduidelijking geeft voor zijn personeelsbezetting; dat hij een beschrijving overmaakt van de technische modules, met tekening en foto's; dat de verduidelijkingen voldoen; Overwegende dat Pan-All laat weten dat de offerte stalen panelen voorziet, zoals opgelegd door het bestek; dat de verduidelijking voldoet; Overwegende dat het plan van aanpak evenwel ontbreekt; dat het bijgevolg niet kan worden beoordeeld als gunningscriterium en dat de offerte Pan-All daardoor onregelmatig is en wordt geweerd; Overwegende dat Calu de verbindingen tussen de panelen verduidelijkt en een beschrijving geeft van de technische modules waaruit blijkt dat deze voldoen; dat hij in zijn plan van aanpak, teneinde de planning te kunnen respecteren, de personeelsbezetting dient te verhogen; dat deze personeelsonderschatting in de initiële offerte een wijziging van zijn offerte tot gevolg heeft waardoor deze onregelmatig wordt en dient te worden geweerd;”

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. Verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Zij merkt op dat de opdracht werd toegewezen aan de nv Jansen Finishings terwijl uit het proces-verbaal van gunning blijkt dat deze inschrijver zich heeft vergist bij het overnemen van de planning opgelegd door de aanbestedende overheid; nochtans is het naleven van het tijdsbestek, dat zeer strikt is en verplicht dient te worden nageleefd, beoordeeld als een gunningscriterium.

Wanneer in voormeld proces-verbaal staat, zo vervolgt verzoekende partij, dat de nv Jansen Finishings zich heeft vergist bij het overnemen van de planning maar dat zij verduidelijking heeft gegeven inzake de personeelsbezetting, staat vast dat de nv Jansen Finishings haar offerte heeft gewijzigd daar blijkbaar oorspronkelijk in haar offerte er een andere planning was opgenomen. Nochtans wordt deze inschrijver niet onregelmatig verklaard. Anders gaat het bij inschrijver de nv Calu die met het oog op de naleving van de planning haar personeelsbezetting ten aanzien van haar initiële offerte verhoogt en wel wordt geweerd.

Er is dan ook een contradictorische motivering door de ene te weren en de andere niet; beide inschrijvers dienden te worden geweerd.

4.2. In haar memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij dat er sprake is van materiële vergissingen in de offerte van de nv Jansen Finishings; “het verlengen van de werkweek, het verplaatsen in de tijd van de werkweek samen met het feit dat niet was voorzien in de mogelijkheid om het

ingezette personeel te verdelen in drie ploegen kan niet meer worden gecatalogeerd onder een louter materiële vergissing”.

4.3. In haar laatste memorie stelt verzoekende partij dat de nv Jansen Finishings initieel twee ploegen had opgegeven terwijl de aanbestedende overheid drie ploegen wenste. Wanneer de nv Jansen Finishings in antwoord op de vraag tot verduidelijking thans in drie ploegen voorziet, stelt zij wel degelijk een nieuwe methode van aanpak voor, wat een aperte wijziging van de initiële offerte uitmaakt.

Beoordeling

5.1. De eerste kritiek die verzoekende partij formuleert, heeft in wezen betrekking op het feit dat verwerende partij de toelichting van de nv Jansen Finishings inzake de planning aanvaardde. De nv Jansen Finishings had in de planning gevoegd bij haar offerte op een raster voorzien dat op 20 december 2010 een dag gewerkt zou worden in zone 0A terwijl hierin niet voorzien was op de planning van de aanbestedende overheid en zij had een werkweek in zone 6A verschoven van 20 januari 2011 (planning aanbestedende overheid) naar 27 januari 2011 (planning Jansen Finishings).

Hierover door de aanbestedende overheid ondervraagd antwoordt de nv Jansen Finishings in een brief van 14 september 2010 het volgende:

“A. In onze planning zitten inderdaad 2 vergissen (lees: vergissingen). In bijlage onze aangepaste planning waarin de werken in onderaanneming starten op 21 december 2010 en waarin de werken zone 6A starten op 20/01/2011 en eindigen op 27/01/2011.”

In het gunningsverslag wordt hierover opgemerkt:

“De inschrijver verklaart dat het om een vergissing gaat bij het overnemen van onze planning. Hij maakt een planning over die geheel overeenkomt met het vooropgestelde schema. Het aantal dagen wordt niet verhoogd, de laatste week wordt verschoven. De verklaring voldoet.”

In de gunningsbeslissing wordt uitdrukkelijk overwogen dat de verduidelijking voldoet.

5.2. Luidens artikel 114, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ verbetert de aanbestedende overheid onder meer de kennelijk materiële fouten en, in geval van twijfel verzoekt zij schriftelijk de inschrijver zijn offerte nader toe te lichten.

Te dezen heeft de aanbestedende overheid verduidelijking aan de nv Jansen Finishings gevraagd; deze heeft een verduidelijking gegeven en heeft het over twee vergissingen. De aanbestedende overheid heeft de verduidelijking aanvaard als rechtzetting van deze “kenkelijk materiële fouten”. Zij mocht dit doen omdat er geen enkel invloed is op de kostprijs noch op de einddatum van de werken, er geen substantiële afwijking van het bestek is en het geen voordeel oplevert voor de nv Jansen Finishings.

6. De tweede kritiek die verzoekende partij formuleert, is het feit dat verwerende partij de toelichting van de nv Jansen Finishings inzake de personeelsbezetting aanvaardt.

Het bestek voorziet in drie ploegen wanneer er simultaan in drie zones moet worden gewerkt. De nv Jansen Finishings voorziet in haar offerte twee ploegen van zes man, dit is twaalf man in totaal.

Hierover om verduidelijking gevraagd merkt de nv Jansen Finishings op dat zij soms moet werken met drie ploegen van gemiddeld vier man in functie van de planning, dat bij opstart en einde van een zone minder dan het opgegeven gemiddelde van zes monteurs nodig is en dat in functie van de planning en de behaalde rendementen de ploegen worden afgebouwd of versterkt.

Deze verduidelijking heeft de aanbestedende overheid terecht aanvaard. Zij concludeert dat de werkplanning voldoet omdat uit de planning blijkt dat er niet constant dient te worden gewerkt met drie simultaan werkende

ploegen. De basis is dat er in voldoende personeel wordt voorzien en dat is volgens de aanbestedende overheid het geval.

Met dit laatste onderscheidt de offerte van de nv Jansen Finishings zich van die van de nv Calu. Deze had in haar offerte 7 à 8 man voorzien terwijl zij in haar verduidelijking dit aantal opvoerde tot 11 à 12 man, wat mocht worden beschouwd als een essentiële wijziging van haar offerte.

7. Gelet op voorgaande vaststellingen mocht verwerende partij terecht besluiten de offerte van de nv Jansen Finishings niet te weren en deze van verzoekende partij en van de nv Calu wel. Er is dan ook geen sprake van een contradictorische motivering.

8. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9.1. Verzoekende partij voert ook in het tweede middel de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

In dit tweede middel bekritiseert zij de bestreden beslissing in de mate dat haar offerte wordt geweerd. Zij merkt op dat verwerende partij haar offerte heeft geweerd “wegens onregelmatig omdat een plan van aanpak zou ontbreken waardoor het niet kan worden beoordeeld als gunningscriterium”. Verwerende partij heeft echter de inhoud van een brief van verzoekende partij van 26 augustus 2010 over het hoofd gezien; hierin schrijft verzoekende partij aan verwerende partij: “[w]ij verklaren ons akkoord met uw planning gevoegd bij het bestek”. “Derhalve voldoet de offerte van de verzoekende partij formeel reeds aan de vereiste van een plan van aanpak en kon derhalve op basis van deze vermelding de aanpak van verzoekende partij als gunningscriterium worden beoordeeld.”

Verzoekende partij meent dat het plan van aanpak bestaat uit twee criteria, namelijk het tijdschema en de inzet van personeel. In het bestek wordt door verwerende partij een zeer strikt tijdschema opgelegd waar verzoekende partij zich in de brief van 26 augustus 2010 expliciet mee akkoord heeft verklaard. De uitvoeringstermijn en de in te zetten middelen zijn precies omschreven in het bestek; ook hiermee heeft verzoekende partij zich akkoord verklaard. Zelfs indien aangenomen wordt dat het plan van aanpak van verzoekende partij als middelmatig zwak of onder de verwachtingen zou worden gekwalificeerd dan nog is het, volgens verzoekende partij, niet uitgesloten dat haar offerte in aanmerking zou kunnen worden genomen “gelet op het doorslaggevende effect van de kwaliteit van het materiaal en het bedrag van de offerte in de korf van wegingscoëfficiënten.”

9.2. In haar memorie van wederantwoord argumenteert verzoekende partij onder meer dat de aannemer een resultaatsverbintenis op zich neemt om het geëiste rendement te halen.

Beoordeling

10. De offerte van verzoekende partij werd onregelmatig bevonden en geweerd omdat het plan van aanpak ontbrak.

Dit plan van aanpak was uitdrukkelijk gevraagd in het bestek. Volume V van het bestek ‘offerteformulieren en meetstaat’ bevat ‘offerteformulier D – bij offerte te voegen gegevens – evaluatiecriteria’. Er wordt voorts vermeld dat “om een adequate vergelijking van de offertes mogelijk te maken [...] de hierna vermelde gegevens of documenten bij de offerte [moeten] worden gevoegd”. Een eerste rubriek van gegevens of documenten handelt over de kwaliteit van de materialen. Een tweede rubriek is als volgt ontworpen:

“Plan aan aanpak

Nota van de inschrijving met zijn plan van aanpak dat de goede uitvoering van de werken en het naleven van de planning garandeert.

De nota vermeldt o.a.:

- het aantal personeelsleden dat tegelijkertijd en per niveau zal ingezet worden,

- het profiel van de werfleider (bv. opleidingsniveau, aantal jaren ervaring,...),
 - de manier waarop werken opgevolgd, gecontroleerd en gecoördineerd worden,
 - hoe eventuele vertraging wordt vermeden en gecorrigeerd, enz.
- De aanbestedende overheid is hierbij niet geïnteresseerd in een theoretische werkmethode maar in een beknopte beschrijving van hoe de werf praktisch wordt aangepakt.”

Verzoekende partij betwist niet dat zij dergelijk offerteformulier D met die gegevens of documenten niet bij haar offerte heeft gevoegd. Deze gegevens en documenten die essentieel zijn voor de beoordeling van één van de gunningscriteria, konden dan ook niet worden beoordeeld. Tevergeefs werpt verzoekende partij op dat haar akkoordverklaring met de in het bestek opgenomen planning voldoende zou zijn om toch geacht te worden een plan van aanpak te hebben ingediend. Een eenvoudige vergelijking tussen de geciteerde gegevens en documenten die specifiek aan een inschrijver zijn met de in het bestek voorgeschreven planning, toont aan dat dergelijke akkoordverklaring geen indienen van een eigen plan van aanpak is. De offerte van verzoekende partij werd dan ook terecht als onregelmatig geweerd.

De repliek van verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dat de aannemer hoe dan ook een resultaatsverbintenis heeft opgenomen, hieronder verstaan dat hij hoe dan ook de planning van het bestek moet naleven en dat de aanbestedende overheid geen risico draagt, is niet aanvaardbaar. De vereiste van een eigen plan van aanpak is precies nodig om de offerte van een inschrijver te kunnen beoordelen op haar kwaliteit en haalbaarheid zoals dit ook uitdrukkelijk in het bestek wordt vermeld bij het gunningscriterium plan van aanpak.

Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

11. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 en 16 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’.

Verzoekende partij meent dat zij de meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend en dit minstens voor 85 % van de gunningscriteria. Zij zou voldoen aan de drie gunningscriteria, namelijk dat van de laagste prijs (60 punten), de kwaliteit van de materialen (25 punten) en het plan van aanpak (15 punten), criterium waaraan zij minstens formeel zou voldoen.

Beoordeling

12. Daar de gevolgde gunningsprocedure die is van de beperkte offerteaanvraag, is enkel artikel 16 van de wet van 24 december 1993 van toepassing.

Uit de beoordeling van de eerste twee middelen vloeit voort dat niet is aangetoond dat de offerte van verzoekende partij onterecht onregelmatig werd verklaard. De offerte van verzoekende partij kan dan ook niet als de voordeligste regelmatige offerte worden aangemerkt.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest