

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.027 van 30 november 2017
in de zaak A. 221.426/XII-8309**

In zake: de NV WEGENISWERKEN ADIEL MAES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick G. Daenens
kantoor houdend te 8820 Torhout
Karel de Ghelderelaan 24C
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

Het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 februari 2017, strekt tot de nietigverklaring van “de gemotiveerde gunningsbeslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer - Wegen en Verkeer West-Vlaanderen - dd. 29.11.2016 waarin de aanleg van de busbaan Duinkerkseseweg-Steense Dijk op de N33 te Oostende wordt gegund aan de n.v. Aannemingen Penninck voor een bedrag van 350.874,59 EUR incl. btw en de offerte van [de nv Wegeniswerken Adiel Maes] voor een bedrag van 315.745,57 EUR incl. btw onregelmatig bevonden en geweerd wordt”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 november 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sophie Aerts, die loco advocaat Patrick Daenens verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bruno Persyn, die loco advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp het aanleggen van een busbaan op de N33 te Oostende tussen de kruispunten Duinkerksesteenweg en Steense Dijk.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 oktober 2016.

De gunningswijze is de open aanbesteding; e-tendering is verplicht.

3.2. Het toepasselijke bestek 1M3D8J/16/58 bevat drie gedeelten; I. Administratief gedeelte (blz. 4), II. Technisch gedeelte (blz. 20) en III. Offerte (blz.122).

In het administratief gedeelte wordt onder meer het volgende vermeld:

“3. Administratieve voorschriften in toepassing van het koninklijk besluit van 15.07.2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren [...]

Art. 7. Technische specificaties en normen

Naast de wettelijke en reglementaire voorschriften zijn volgende documenten op deze aanneming van toepassing:

[...]

- het ‘Bijzonder Veiligheids- en Gezondheidsplan’ dat integraal deel uitmaakt van dit bijzonder bestek en dat refereert aan het ‘Standaard Veiligheids- en Gezondheidsplan voor de wegenbouw van november 2006’”

In het technisch gedeelte is het onderdeel ‘E. Bijzonder Veiligheids- en Gezondheidsplan’ opgenomen (blz. 77 tot 121).

In het deel offerte, ‘A. Offerteformulier’, worden dertien onderdelen opgenomen; het elfde luidt:

“K. Veiligheids- en gezondheidsplan

1. Wijze van uitvoering

o De inschrijver verklaart dat bij de uitvoeringsmethode rekening zal gehouden worden met de veiligheidsmaatregelen vermeld in het VGP (Standaard Veiligheids- en Gezondheidsplan en Bijzonder Veiligheids- en Gezondheidsplan) en dat de risico-analyse zal aangevuld worden rekening houdend met de door hem ingezette middelen.

Eventuele specifieke veiligheidsmaatregelen die de inschrijver zelf wenst te voorzien dienen in een bijlage aan de offerte toegevoegd te worden.

2. Prijsberekening

2.1. Prijsberekening met de in het VGP beschreven preventiemaatregelen en –middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en –middelen

De inschrijver heeft de mogelijkheid om de kostprijs te bepalen aan de hand van:

2.1.1. Een percentage van de inschrijvingsprijs

	% van de inschrijvingsprijs
--	-----------------------------

2.1.2. Een percentage van de inschrijvingsprijzen van een aantal posten

	% van de som van de inschrijvingsprijs van de posten:	
--	---	--

2.1.3. De totale kostprijs te berekenen

--

2.2. Prijsberekening van de door de aanbestedende overheid voorziene aparte post(en) voor specifieke veiligheidsmaatregelen

De prijsberekening van de door de aanbestedende overheid voorziene aparte post(en) voor specifieke veiligheidsmaatregelen dient in de hiertoe voorziene bijlage aan de offerte te worden opgegeven.”

In het deel Offerte wordt onder ‘B. Samenvattende opmetingsstaat’ het volgende vermeld:

“De samenvattende opmetingsstaat is opgenomen in het Excel-bestand dat als bijlage bij het bestek wordt gepubliceerd overeenkomstig 1-3, Art. 80.”

Er wordt in het Bulletin der Aanbestedingen verwezen naar PDF-documenten en Word-bestanden betreffende de opdracht. Het word-document “16 58 offerte in word.docx” bevat in tegenstelling tot de versie van het offerteformulier in het bestek slechts de eerste tien onderdelen in plaats van dertien.

3.3. Uit het proces-verbaal van opening van de offertes blijkt dat er vijf inschrijvers een offerte hebben ingediend.

3.4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Hierin wordt over de regelmatigheid van de offertes het volgende vermeld:

“4 Regelmatigheid van de offertes

[...]

4.1. Vorm en inhoud van de offerte

4.1.1. Geconstateerde onregelmatigheden

Elke inschrijving wordt onderzocht in overeenstemming met de bepalingen van de volgende artikels van het KB van 15.07.2011 en de aanbestedingsdocumenten:

[...]

- art. 81

- De offerte vermeldt:

o identiteit;

o totaal offertebedrag incl. btw, prijs toeslagen/prijskortingen, verbeteringen

o rekeningnummer en benaming

o inlichtingen m.b.t. onderaannemers

o bij meerdere percelen de voorkeurvulgorde

o oorsprong van de te leveren producten en van de te verwerken materialen;

feiten	inschrijver
Geen opmerkingen	Alle inschrijvers

Bijvoegen bescheiden modellen en monsters en alle inlichtingen door de aanbestedingsdocumenten vereist.

Naast de bescheiden en nota's, vereist door de wettelijke en reglementaire bepalingen en door de documenten waarnaar dit bijzonder bestek verwijst, dient de inschrijver nog de volgende documenten bij zijn offerte te voegen:
- [...]

Overzicht bij de offerte toe te voegen bescheiden

<u>Inschrijver</u>	<u>Bepalingen veiligheids- en gezondheidsplan</u>	<u>Gemachtigd om te tekenen</u>
bvba Borré-Behaegel	OK	OK
nv Aannemingen Penninck	OK	OK
nv Verkinderen Wegeniswerken	OK	OK
nv Wegeniswerken Adiel Maes	NOK	OK
Tibergyn nv	OK	OK

Besluit:

feiten	inschrijver
De inschrijver heeft in de offerte het onderdeel K (veiligheid en gezondheidsplan) niet ingevuld noch heeft hij zijn kostprijs van de veiligheidsvoorzieningen geraamd. Evenmin kon dit uit de andere stukken van zijn offerte worden afgeleid. De bepalingen met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan zijn essentieel. Bijgevolg ontbreekt een essentieel element van de offerte. De offerte wordt hierdoor substantieel onregelmatig.	nv Wegeniswerken Adiel Maes

”

Het besluit van het verslag luidt:

“5. Algemeen besluit over de beoordeling van de offertes

Er werden 5 offertes ingediend waarvan:

- Uitgesloten: niemand
- Niet-geselecteerd: niemand
- Onregelmatig: nv Wegeniswerken Adiel Maes

De laagst regelmatige offerte gaat uit van de firma nv Aannemingen Penninck nv voor een bedrag van 289.979,00 EUR excl. btw, 350.874,59 EUR incl. btw.

1k stel dan ook voor om de werken toe te wijzen aan nv Aannemingen Penninck nv, Rumbeeksegravier 110 te 8800 Roeselare.”

3.5. Op 29 november 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Aannemingen Penninck.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Uiteenzetting van de middelen

a. Uiteenzetting van het eerste middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “meer bepaald de materiële motiveringsplicht, inzonderheid de afwezigheid van de rehtens vereiste feitelijke grondslag”.

De verzoekende partij meent dat de motivering in de bestreden beslissing niet afdoende is:

“*In casu* beweert verweerster dat verzoekster in de offerte het onderdeel K (veiligheid en gezondheidsplan) niet ingevuld heeft, waaronder de raming van de kostprijs van de veiligheidsvoorzieningen.

Evenwel bevatte het gepubliceerde offerteformulier dit onderdeel niet, zodat het ook niet kon ingevuld worden (stukken 2 en 3).

Verweerster motiveert dat bijgevolg een essentieel element van de offerte ontbreekt, doch ligt zelf aan de basis van het ontbreken van dit onderdeel.”

4.2. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij erop dat in het Bulletin der Aanbestedingen het word-document ‘16 58 offerte in word.docx’ wordt aangewezen als besteksdokument, zodat dit word-document moet worden beschouwd als deel van het bestek. De verwerende partij kan dan ook niet doen gelden dat het bestek, waar het offerteformulier wel het kwestieuze elfde onderdeel bevat, voorrang zou hebben op dit word-document, met andere woorden, er is “een discrepantie tussen het bestek en een onderdeel van het bestek dat apart gepubliceerd is en niet tussen het bestek en een ander document”. “Er mag daarbij niet uit het oog verloren worden dat verweerster het aparte offerteformulier 16.58 in word-formaat als zesde besteksdokument in het BDA gepubliceerd heeft juist met de bedoeling om de inschrijvers toe te laten

met dit aparte formulier in te schrijven (word-formaat dat toelaat de rubrieken in te vullen)!”

b. Uiteenzetting van het tweede middel

5.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, inzonderheid de behoorlijke en correcte feitenvinding”. De bestreden beslissing is volgens de verzoekende partij “niet gebaseerd [...] op een behoorlijke en correcte feitenvinding en dus gebaseerd [...] op onwaarheden”. Zij betoogt:

“Verweester gaat er van uit dat verzoekster een onderdeel van de offerte niet heeft ingevuld, terwijl dit onderdeel geen deel uitmaakte van het offerteformulier zoals het gepubliceerd werd.

Wanneer het offerteformulier, dat via de overheidswebsite e-notification gepubliceerd werd, geen onderdeel veiligheids- en gezondheidsplan bevat, kan verzoekster niet verweten worden dat zij dit onderdeel niet heeft ingevuld en kan niet aangenomen worden dat een essentieel element van de offerte ontbreekt.

Bij de totstandkoming van de bestreden beslissing werd niet aan correcte feitenvinding gedaan. Verweester is erg onzorgvuldig tewerk gegaan zowel bij de publicatie van de aanneming als bij het nemen van de gunningsbeslissing.”

5.2. In haar memorie van wederantwoord laat de verzoekende partij onder meer gelden:

“Verweester stelt dat het gepubliceerde offerteformulier wel degelijk een onderdeel ‘veiligheids-en gezondheidsplan’ bevat.

Dit klopt voor het offerteformulier gepubliceerd als onderdeel van het bestek, maar niet voor het apart gepubliceerde offerteformulier in word-formaat (supra).

Verzoekster baseert zich nu juist op het ontbreken van dit onderdeel in het aparte offerteformulier dat specifiek met het oog op de inschrijving in word-formaat als één van de zes bestekdocumenten werd gepubliceerd (supra).

Er kan niet ontkend worden dat verweester onzorgvuldig heeft gehandeld door een essentieel onderdeel te vergeten in het gepubliceerde formulier in word-formaat dat specifiek bedoeld is om in te schrijven.

Verweester verwijst naar de meldingsplicht van verzoekster, doch vergeet dat zij als overheid in eerste instantie voldoende zorgvuldigheid aan de dag moet leggen om correcte documenten te publiceren.”

En

“De andere deelnemers hebben de fout in het aparte offerteformulier wellicht opgemerkt en gebruik gemaakt van het formulier dat in pdf formaat deel uitmaakt van het volledig bestek. Dit neemt niet weg dat verzoekster gerechtigd was het specifiek voor inschrijving gepubliceerde aparte offerteformulier aan te wenden.

Zelfs indien zou aangenomen worden dat verzoekster de discrepantie had moeten opmerken en eventueel melden, dan nog kan niet aanvaard worden dat het weren van haar offerte ‘enkel en uitsluitend het gevolg is van de onzorgvuldigheid waarmee verzoekende partij kennis genomen heeft van de inhoud van het bestek’, vermits de onzorgvuldigheid van verweerster door een onderdeel vergeten op te nemen in het offerteformulier in word-formaat evenzeer heeft bijgedragen tot het weren van de offerte van verzoekster.”

c. Uiteenzetting van het derde middel

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 14 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Zij betoogt:

“Voor de aanbesteding van de aanleg van de busbaan Duinkerkseseweg.-Steense Dijk op de N33 te Oostende heeft verweerster op de overheidswebsite e-notification het offerteformulier in Word gepubliceerd (gecreëerd op 18.10.2016, 24,77kb) (stuk 2).

Dit offerteformulier bevat het onderdeel veiligheids- en gezondheidsplan. (volgens verweerster K) niet (stuk 3).

Verweerster beschouwt dit onderdeel nochtans als essentieel.

Door het ontbreken van een essentieel element van het offerteformulier is de aanbesteding en de daarop volgende gunning nietig.

Het ontbreken van dergelijk essentieel element vormt immers een inbreuk op de opdrachtdocumenten (artikel 14 van de wet van 17 juni 2013).

Om deel te nemen aan de aanbesteding was verweerster verplicht het gepubliceerde offerteformulier te volgen.

Artikel 80 van het KB van 15.07.2011 bepaalt immers: ‘Als bij de opdrachtdocumenten een formulier is gevoegd voor het opmaken van de offerte en het invullen van de samenvattende opmeting of de inventaris, maakt de inschrijver daarvan gebruik.

Doet hij dit niet, dan draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van de door hem aangewende documenten met het formulier.’

Het is niet verzoekster die een substantiële onregelmatigheid heeft begaan, doch integendeel verweerster die vergeten is het onderdeel veiligheids- en gezondheidsplan op te nemen in haar offerteformulier!”

6.2. In haar memorie van wederantwoord voert de verzoekende partij aan:

“Verweerster erkent dat haar word-document ‘16.58 offerte in word.docx’ een essentieel onderdeel niet bevat.

Verzoekster herhaalt dat dit word-document wel degelijk een opdracht-document is en deel uitmaakt van één van de zes bestekdocumenten van de aanbesteding (stuk 2).

Verzoekster herhaalt evenzeer dat de voorrangsregels van artikel 85 van het KB Plaatsing niet van toepassing zijn op een discrepantie tussen enerzijds het bestek en anderzijds een onderdeel van het bestek.

Opnieuw verwijt verweerster verzoekster onzorgvuldigheid, doch vergeet dat de oorsprong van alle problemen en de grootste onzorgvuldigheid ligt in de vergissing die zij begaan heeft bij het publiceren van het aparte offerteformulier in word-formaat.”

d. Laatste memorie van de verzoekende partij

7. De verzoekende partij heeft in haar laatste memorie een globale behandeling van de middelen gedaan in navolging van het auditorsverslag waarin in één globale beoordeling de middelen als ongegrond worden afgewezen.

Zij wijst er nogmaals op dat zij ertoe gerechtigd was het door de aanbestedende overheid aangeboden word-document dat het offerteformulier bevatte, te gebruiken en te beschouwen als dat wat de verwerende partij verlangde ingevuld te zien. De verzoekende partij mocht ervan uitgaan dat dit document voldeed aan de besteksbepalingen.

“In uiterst ondergeschikte orde, in het geval het verzoek tot vernietiging verworpen wordt, vraagt verzoekster de rechtsplegings-vergoeding tot het minimum te beperken.”

B. Beoordeling van de middelen

8.1. De drie aangevoerde middelen worden samen beoordeeld.

8.2. Zoals sub 3.2. is gebleken, wordt in het bestek 1M3D8J/16/58 in elk van de drie gedeelten, melding gemaakt van het Bijzonder Veiligheids- en Gezondspan (Veiligheids- en Gezondspan hierna: VGP). In het technisch deel wordt het zelfs volledig opgenomen (blz. 77 tot 121). In het deel offerte is in het uitdrukkelijk akkoord gaan met Standaard-VGP en het Bijzonder VGP en in het geven van de prijsberekening ervan voorzien.

De verzoekende partij meent dat het word-document '16 58 offerte in word.docx' een volwaardig besteksdokument is. Het bevat het offerte-formulier en wordt via het platform e-notification aangeboden naast andere voor de opdracht relevante documenten zoals het bestek zelf dat in pdf-formaat wordt aangeboden. Geen partij beweert dat dit in pdf-formaat ter beschikking gesteld bestek afwijkt van de versie zoals neergelegd in het administratief dossier zodat het elfde onderdeel van het deel offerte, namelijk dit in verband met het VGP, er deel van uitmaakt. Ook zijn beide partijen het erover eens dat het word-document '16 58 offerte in word.docx' dit elfde onderdeel mankeert, hetgeen een materiële misslag van de verwerende partij is.

Los van de vraag of het te dezen gaat om een verschil tussen besteksdokumentten onderling dan wel dat het word-document geen dergelijk statuut heeft bijvoorbeeld omdat het uiteindelijk slechts een faciliteit is die de verwerende partij als invuldocument en dus noodzakelijkwijze wijzigbaar formulier aan een inschrijver ter beschikking stelt, moet hier voor de oplossing van het geschil de nadruk worden gelegd op de onzorgvuldigheid van de verzoekende partij zelf bij het indienen van haar offerte eerder dan op een tekortkoming van de verwerende partij, die hier echter geenszins de handelwijze van de verzoekende partij kan rechtvaardigen.

Zoals reeds meermaals opgemerkt wordt in het bestek tot drie maal toe de aandacht van de inschrijvers uitdrukkelijk gevestigd op het VGP voor deze opdracht; er wordt daar op gewezen dat de inschrijver de bescheiden en nota's, vereist door de wettelijke en reglementaire bepalingen en door de documenten waarnaar dit bijzonder bestek verwijst, bij zijn offerte dient te voegen. Dergelijk VGP waarin de prijsberekening cruciaal is, is voor een aanbesteding van werken met een bepaalde belangrijkheid, een standaardvereiste.

Een zorgvuldig inschrijver die het deelnemen aan overheidsopdrachten niet vreemd is, dient dit zeker te weten; de problematiek van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 ‘betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen’ dient te zijn gekend. De andere vier inschrijvers hebben overigens een offerteformulier ingediend dat volledig en zonder fout was en waaruit blijkt dat zij de akkoordverklaring met de toepasselijke VGP’s en de prijsberekening hebben gegeven. In de offerte van de verzoekende partij komt dit niet aan bod in haar offerteformulier en wordt alleen een algemene, niet op de zaak toegeschreven, en ongedateerde “intentieverklaring” opgenomen inzake “het veiligheids- en gezondheidsplan”.

De verzoekende partij betwist niet het essentieel karakter van de VGP-problematiek in deze zaak.

Terecht heeft de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij om die reden onregelmatig verklaard.

8.3. De middelen zijn niet gegrond.

V. Kosten

9. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

Er wordt niet ingegaan op de vraag van de verzoekende partij tot vermindering van het basisbedrag; zoals bij de bespreking van de middelen opgemerkt, kan de tekortkoming van de aanbestedende overheid bij de redactie van het kwestieus word-document niet de handelwijze van de verzoekende partij rechtvaardigen.

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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 november 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest