

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973)

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

Nr. 198.594 van 7 december 2009

G/A.164.766/VI-16.976

In zake: **1. de naamloze vennootschap TWT,**
2. de naamloze vennootschap DEPRET,

die woonplaats hebben gekozen bij
Mr. André DELVAUX en Mr. Véronique BERTRAND,
advocaten,
place des Nations-Unies 7
4020 Luik,

tegen:

**de burgerlijke vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid Intercommunale de soins spécialisés de
Liège,**
afgekort als ISoSL,

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Pierre LEJEUNE, advocaat,
rue des Fories 2
4020 Luik.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 29 juli 2005 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap TWT en de naamloze vennootschap DEPRET de nietigverklaring vorderen van "het besluit van 21 december 2004 waarbij de IPAL [...] haar offerte heeft afgewezen en perceel 2 - voltooiing - afwerking - van die opdracht aan de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.BAT- TRA.GE.CO. heeft gegund" voor de opdracht betreffende de bouw van de Résidence du Chemin de Loncin te Ans;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van mevr. WILLEMART, adjunct-auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 16 oktober 2009, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 25 november 2009;

Gehoord het verslag van de heer NIHOUL, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Renaud SIMAR, loco Mr. André DELVAUX en Mr. Véronique BERTRAND, advocaat, die voor de verzoekende partijen verschijnt, en van Mr. Pierre LEJEUNE, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van mevr. WILLEMART, adjunct-auditeur;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van de zaak:

1. De verwerende partij maakt in het bulletin der aanbestedingen van 10 september 2004 een oproep tot mededinging bekend betreffende een overheidsopdracht voor aanneming van werken die moet worden gegund volgens de procedure voor openbare aanbestedingen en die betrekking heeft op perceel 2 "Voltooing en afwerking" voor de bouw van het rust-en verzorgingstehuis Résidence du Chemin de Loncin te Ans.

2. Op 28 oktober 2004, bij het openen van de offertes, wordt vastgesteld dat er drie offertes zijn ingediend, namelijk die van:

- de aannemerscombinatie TRAGECO-TRAGECOBAT, voor een bedrag van 2.283.943 € zonder btw;
- de vennootschap François MOUREAU, voor een bedrag van 2.510.158,42 € zonder btw;

- de aannemerscombinatie TWT-DEPRET, voor een bedrag van 2.478.608,19 € zonder btw.

3. Op 17 november 2004 richten de initiatiefnemers de volgende brief aan de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO-TRA.GE.CO.BAT:

" Wat de voormelde aanbesteding betreft, moeten wij u tot onze spijt mededelen dat uw offerte niet in overeenstemming is met de criteria III.2.1.2. en III.2.1.3. van de oproep tot mededinging, noch met artikel 12, punt 1, van de administratieve bepalingen van het bestek.

In uw offerte vinden wij immers geen spoor van de volgende gegevens (minimumvereisten):

- Referentielijst met bewijs van goede uitvoering voor ten minste 2 werkzaamheden in de medisch-sociale sector die qua belangrijkheid overeenstemmen met 60% van het bedrag van de inschrijving.
- Het bewijs dat de belasting- en btw-verplichtingen worden nageleefd.
- Het bewijs dat u niet onder de uitsluitingsvoorwaarden vervat in artikel 17 van het KB van 08.01.1996 valt.

Voorts hebben wij evenmin enig spoor gevonden van de gegevens die gevraagd worden in artikel 12, punt 2, van de administratieve bepalingen van het bestek.

Tot slot zijn wij van oordeel dat u niet voldoet aan artikel 10 van de administratieve bepalingen van ons bestek, waarin staat dat, in geval van combinatie of vereniging van aannemers, op zijn minst één aannemer van de combinatie of van de vereniging een erkenning moet hebben, namelijk, in het onderhavige geval, een erkenning klasse 6 voor één van de vennoten, hetgeen volgens de overgezonden stukken niet het geval is.

Bijgevolg verzoeken wij u de situatie zo snel mogelijk in orde te brengen en ons de nodige stukken te bezorgen, in de vereiste vorm. Als dat niet binnen 12 kalenderdagen na verzending van deze brief geschiedt, moeten wij uw offerte afwijzen, aangezien ze niet in overeenstemming is met de bepalingen van het bestek."

4. Bij een aangetekende brief van 25 november 2004 zendt TRAGECOBAT een deel van de aangevraagde stukken toe.

5. Op 3 december 2004 schrijven de initiatiefnemers van het project weer naar de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO - TRA.GE.CO.BAT:

" [...]

Wat de vraag betreft of uw offerte aan de administratieve vereisten voldoet, onderzoeken wij uw verschillende argumenten om een definitief standpunt in te nemen.

Om te kunnen nagaan of uw offerte aan de technische vereisten voldoet, verzoeken wij u de volgende inlichtingen te bezorgen:

1. De merken, het precieze type en de technische beschrijving van de volgende producten die u voor de uitvoering van deze werkzaamheden hebt opgegeven (voor alle producten die brandwerend moeten zijn ook de verwijzingen naar de verslagen inzake stabiliteit en brandwerend vermogen):

[...]

2. U vermeldt in uw brief een lijst van onderaannemers die het werk kunnen uitvoeren. Sommige onderaannemers zijn onderstreept omdat ze volgens uw brief "zo goed als gekozen" zijn. Kunt u de keuze bepalen voor de prestaties waarvoor uw onderneming nog geen voorafgaande keuze heeft gemaakt? Welke onderneming wordt belast met de eindschoonmaak van de bouwplaats? Hoe kunt u ons garanderen dat het werk werkelijk gedaan zal worden door de onderneming die in uw brief onderstreept staat?

3. Om te kunnen nagaan of uw eenheidsprijzen regelmatig zijn, moeten wij over een verantwoording voor de prijs van de volgende artikelen beschikken:
[er zijn 25 posten vermeld]

4. Gelieve ook de prijs te verantwoorden van de posten 01.01.0110, 01.01.0510 en 01.01.0810 die de hele bouwplaatsinrichting, de plaatsbeschrijving en het tracé van de werkzaamheden omvatten, alsook de aansturende functie die u volgens de beschrijving in de administratieve bepalingen van het bestek moet vervullen. Hoe hebt u die bouwplaatsinrichting opgevat? In welke werktuigen voor het laden, lossen en heffen voorziet u? Gelieve te beschrijven hoe u uw aansturende functie ziet. Wie wordt uw vaste vertegenwoordiger en coördinator op de bouwplaats (titel + diploma)?

5. In uw offerte hebben wij geen enkele inlichting gevonden over de prijs van de opties die in het bestek worden vermeld. Gelieve ons die prijzen mee te delen op basis van het bijgevoegde document.
[...]."

6. Op 17 december 2004 verstrekt TRA.GE.CO.BAT de ingewonnen inlichtingen. Daarin staat onder meer het volgende:

" [...]

4.01.01.0110 plaatsbeschrijving: er zal alleen een plaatsbeschrijving nodig zijn voor de gesloten ruwbouw. Daarvoor hebben wij het bedrag geraamd op $104 \times 2 = 208$ €, wat aansluit bij een reeks foto's met toelichtingen indien nodig en indien er opmerkingen zijn.

01.01.0510: wij hebben een prijs bepaald van $104 + 52 = 156$ €, die overeenstemt met de prijs van het water- en elektriciteitsverbruik voor onze eigen werkzaamheden.

De totale prijs voor de inrichting van de bouwplaats, het beheer, de follow-up, coördinatie en aansturing zoals beschreven in de administratieve bepalingen, is vervat in de 4% kosten en winst (3% winst en 1% kosten).

Gewoonlijk maken wij een offerte op met een coëfficiënt van 3% voor de werkzaamheden in onderaanneming. Daarom hebben wij deze keer 1% toegevoegd voor de extra kosten die specifiek voor dit project gelden.

01.01.0810: tracé van de werkzaamheden: wij hebben het bedrag geraamd op $156 + 52 = 208$ €, wat overeenstemt met de tracés van de gipsblokken. Alle andere tracés zijn voor rekening van onze respectieve onderaannemers.

Voor de inrichting van de bouwplaats gaat het om de toegangen, containers, sanitaire voorzieningen, enz. zoals in het bestek wordt gevraagd.

Als hefwerktuig zijn een kraan of werktuigen van het type Manitou in dit geval niet denkbaar, omdat het bouwwerk al gesloten zal zijn. Als hefinrichting dachten wij aan een soort goederenlift die buiten wordt geplaatst. Voor die post moet het systeem besproken worden met de aannemers van de andere percelen.

[...]

[hierna volgt een tabel met de prijzen van de opties]".

7. Op 21 december 2004 stellen de initiatiefnemers van het project een "verslag over de opening van de inschrijvingen" op.

Na analyse van de kwalitatieve selectie van de inschrijvers en na ontleding van de inschrijvingen uit het oogpunt van de rechtgezette hoeveelheden en leemten, maken de auteurs van het verslag de volgende rangschikking op:

RANGSCHIKKING	ONDERNEMING	PRIJS NA ONDERZOEK VAN DE INSCHRIJVINGEN
1	TRAGECO- TRAGECOBAT	RVT-GEBOUW: 2.248.507,23 € BIJGEBOUW: 35.436,36 € TOTAAL: 2.283.943,59 €
2	TWT-DEPRET	RVT-GEBOUW: 2.314.122,53 € BIJGEBOUW: 164.483,61 € TOTAAL: 2.478.606,14 €
3	MOUREAU	RVT-GEBOUW: 2.493.895,65 € BIJGEBOUW: 33.661,89 € TOTAAL: 2.527.557,54 €

In het verslag van de veiligheidscoördinator, dat zich in het verslag over het onderzoek van de offertes bevindt, staat het volgende:

" 1. Specifieke kenmerken van het bestek

Het algemeen veiligheids- en gezondheidsplan is bij het bestek gevoegd.

Dat document, dat de voornaamste regels voor de organisatie van de veiligheid bevat, bepaalt inzonderheid de noodzaak om bepaalde inlichtingen bij de offerte te voegen.

2. Onderzoek van de offertes

De volgende ondernemingen hebben een offerte voor perceel 2 ingediend:

- tijdelijke handelsvennootschap TWT-DEPRET
- Fr. MOUREAU & Fils
- TRAGECO-TRAGECOBAT.

Document Veiligheid dat met de offerte en de prijsberekening is overgezonden.

Van de 3 ondernemingen heeft alleen de tijdelijke handelsvennootschap TWT Depret een stuk overgezonden waarin wordt verduidelijkt welke veiligheidsmaatregelen ze wenst te nemen, alsook een gedetailleerde prijsberekening. De andere 2 ondernemingen hebben niets overgezonden.

SM TWT-DEPRET

Het overgezonden stuk is een standaardmodel van het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan dat de algemene, door de onderneming vastgestelde veiligheidsmaatregelen bevat, alsook een analyse van het risico dat eigen is aan de activiteit van het project. Dit stuk zou in de bouwfase moeten worden bijgewerkt, vooral wat de administratieve gegevens betreft.

De kostenanalyse bevat vaste bedragen voor specifieke maatregelen.

De prijzen zijn meestal vrij laag, maar maken een correcte uitvoering mogelijk als alles goed georganiseerd is.

Fr. MOUREAU & Fils

Geen enkel stuk overgezonden, noch een stuk waarin de veiligheidsmaatregelen worden toegelicht, noch een gedetailleerde prijsopgave.

TRAGECO-TRAGECOBAT

Geen enkel stuk overgezonden, noch een stuk waarin de veiligheidsmaatregelen worden toegelicht, noch een gedetailleerde prijsopgave.

CONCLUSIE

Wat SM TWT-Depret betreft: als deze onderneming wordt aangewezen, moet ze haar bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan aanpassen.

De andere twee ondernemingen zouden hun stukken moeten indienen, zodat men kan beoordelen of ze de veiligheid op de bouwplaats kunnen waarborgen, met inachtneming van het algemeen veiligheids- en gezondheidsplan. Om die stukken verzoeken, als deze kandidaten in aanmerking komen."

Het besluit van het verslag over het onderzoek van de offertes luidt als volgt:

- " Wij hebben de inschrijvingen, aangevuld met de antwoorden op de vragen die aan de ondernemingen waren gesteld, overeenkomstig de artikelen 110 tot 113 van het KB van 8 januari 1996 onderzocht.

De aannemerscombinatie TRAGECO-TRAGECOBAT heeft een offerte ingediend die vrij onvolledig is wat de administratieve gegevens betreft, zodat wij bij deze stand van zaken niet kunnen nagaan of ze voldoet aan de minimale selectiecriteria vermeld in art. 12 van het bestek.

Als bijlage bij haar brief van 25/11/2004 in antwoord op onze brief van 17/11/2004 heeft de onderneming de conforme stukken bezorgd waaruit blijkt dat de twee vennootschappen geen BTW- of belastingschuld hebben (zie bijlagen). Ze heeft ook de laatste twee balansen van de 2 mededingende vennootschappen bijgevoegd. Het bewijs van niet-uitsluiting bedoeld in art. 17 van het KB van 8/1/1996 hebben wij echter niet ontvangen.

De onderneming kan evenmin bewijzen dat ze in de loop van de laatste 5 jaar twee werkzaamheden in de medisch-sociale sector heeft uitgevoerd die qua belangrijkheid overeenstemmen met 60 pct. van het bedrag van de inschrijving.

Die vereisten inzake de stukken die bij de offertes moeten worden gevoegd, kunnen echter te streng blijken, zoals prof. FLAMME aangeeft in zijn "Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics" (Deel 1A - KB nr. 1 - art. 110 - toelichting 10), waarin hij verwijst naar de circulaire Openbare Werken nr. 512-69 van 13/11/1974 van minister Defraigne. Daarin merkt hij op dat de inschrijvers zich door hun offertes ertoe verbinden om de opdracht uit te voeren overeenkomstig de bepalingen en voorwaarden van het bestek en dat ze, om erkend te worden, niet alleen voldoende referenties hebben moeten opgeven, maar ook hebben moeten bewijzen dat ze over de uitvoeringsmiddelen (materiaal, personeel, financiële middelen) beschikken die met hun erkenning overeenstemmen."

Wat het vereiste van art. 10 van het bestek betreft, waarin stond dat de erkenning in geval van combinatie of vereniging van aannemers voor op zijn minst één aannemer van de combinatie of de vereniging vereist moest worden, blijkt dat vereiste in de wet van 20 maart 1991 (art. 11) alleen voor klasse 1 te gelden.

Hier beschikken de 2 ondernemingen van de tijdelijke handelsvennootschap over een erkenning klasse 5; door zich te verenigen kunnen ze dus een offerte indienen voor een opdracht van klasse 6, zoals diezelfde wet bepaalt.

Bovendien stond in de stukken van de opdracht niet uitdrukkelijk dat het om een vereiste gaat die op straffe van absolute nietigheid moet worden vervuld.

De onderneming deelt ons een lijst mee van de onderaannemers die ze benadert voor de werkzaamheden. De aangehaalde ondernemingen zijn ondernemingen die in de streek bekend zijn en met de meeste onder hen hebben wij al succesvol samengewerkt.

Na die administratieve toelichting hebben wij de inschrijver bij onze brief van 03/12/2004 technische en financiële verduidelijkingen gevraagd.

De inschrijver heeft ons in zijn brief van 17/12/2004 punt voor punt geantwoord en bij zijn brief heeft hij technische inlichtingen, notulen over het brandwerend vermogen en documentatie gevoegd.

Uit technisch oogpunt blijken nog verduidelijkingen te moeten worden aangebracht; zoals wij hierboven hebben opgemerkt, zal de inschrijver echter op alle punten aan het bestek moeten beantwoorden voor de uitvoering van het werk.

In verband met de eenheidsprijzen hadden wij de onderneming meegedeeld dat die minstens 15 pct. lager zijn dan het gemiddelde van de inschrijvingen. De onderneming heeft de regelmatigheid van de eenheidsprijzen gewettigd door ons de prijs van haar onderaannemer, verhoogd met 4 pct. voor de algemene kosten en de winst, mee te delen.

Aangezien wij minder dan 4 offertes voor deze opdracht hebben ontvangen, is artikel 110 van het KB van 8 januari 1996 echter niet werkelijk van toepassing.

Voor de post "inrichting van de bouwplaats" daarentegen, die een taak inzake aansturing en coördinatie van de percelen 03, 04 en 05 moest omvatten, wijst de inschrijver ons erop dat hij, naast de coördinatie van zijn eigen onderaannemers, 1 pct. extra heeft ingecalculeerd ten opzichte van de 3 pct. die hij gewoonlijk toepast op zijn eigen onderaannemers, namelijk in totaal de genoemde 4 pct.

Wij vinden die berekeningswijze niet erg coherent ten opzichte van de zeer volledige opdracht omschreven in artikel 28 van het bestek voor de hele coördinatie van de nevenaannemers van de percelen 02 tot 05 en wij hebben twijfels omtrent de doelmatigheid waarmee de inschrijver de opdracht zal vervullen. De onderneming preciseert alleen dat de heer LECOQ elke dag persoonlijk op de bouwplaats zal langskomen om die opdracht te vervullen. Het lijkt niet gepland dat een vertegenwoordiger van de hoofdcontractant permanent op de bouwplaats aanwezig is.

Op basis van die wettiging moeten wij ervan uitgaan dat de onderneming zich met kennis van zaken aan die opdracht waagt.

Het totale bedrag van perceel 02 is 12,13 pct. lager dan onze raming en 7,85 pct. lager dan de offerte van de tweede inschrijver.

Gelet op het onderzoek van de offerte, de ontvangen brieven van de laagste inschrijver en de stukken van de opdracht kunnen wij de aannemerscombinatie TRAGECO-TRAGECOBAT niet weren zonder het gevaar te lopen dat deze vennootschap in beroep gaat.

Daarom stellen wij de bouwheer voor om de aannemerscombinatie TRAGECO-TRAGECOBAT aan te wijzen als aannemer en een bestelling bij haar te plaatsen ten belope van 2.284.223,62 euro zonder btw, namelijk 2.248.767,26 voor het RVT en 35.436,36 euro voor het bijgebouw."

8. Op 21 december 2004 neemt het dagelijks bestuur van de verwerende partij het volgende besluit, dat de bestreden handeling vormt:

- " Het dagelijks bestuur besluit perceel 2 'afwerking' van de werkzaamheden voor de bouw van de Résidence du Chemin de Loncin te ANS aan de aannemerscombinatie NV TRA.GE.CO en NV TRA.GE.CO.BAT uit WAIMES te gunnen ten belope van:
- het hoofdgebouw: 2.248.787,26 € (zonder btw)
 - het bijgebouw: 35.436,36 € (zonder btw)."

9. Op 21 december 2004 schrijven de initiatiefnemers van het project het volgende aan de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO-TRA.GE.CO.BAT, de aannemer:

- " Wij hebben uw brief van 17/12/2004 en een aantal technische inlichtingen en stukken goed ontvangen.

In die stukken stellen wij een aantal discrepanties en/of gebreken vast in de informatie over de voorgestelde materialen.

Om alle onduidelijkheid te voorkomen, vragen wij u ons per omgaande te willen bevestigen dat de materialen, details en procédés volledig in overeenstemming zullen zijn met het bestek en de regels van de kunst en dat die verrichtingen begrepen zijn in uw eenheidsprijzen.

Bovendien verzoeken wij u op uw erewoord te verklaren dat uw 2 vennootschappen zich niet in het geval bevinden van één van de uitsluitingsbepalingen vervat in art. 17 van het KB van 08/01/1996, zoals gevraagd in art. 12 van het bestek, omdat wij die stukken niet hebben ontvangen."

10. Bij een brief van 24 december 2004, die blijkbaar op 10 januari 2005 ontvangen is, antwoordt de aannemer aan de initiatiefnemers van het project door een verklaring op erewoord te zenden en te verzekeren dat "de materialen, details en procedés volledig in overeenstemming zullen zijn met het bestek en met de regels van de kunst en dat die verrichtingen in [zijn] eenheidsprijzen begrepen zijn".

11. Op 7 januari 2005 richten de initiatiefnemers van het project een nieuwe brief aan de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO-TRA.GE.CO.BAT:

" Wij nemen opnieuw contact met u op omtrent de bovengenoemde openbare aanbesteding, omdat uw offerte geen stukken bevatte over de organisatie en de coördinatie inzake veiligheid en gezondheid die uw onderneming voor de uitvoering van die opdracht plant.

Daarom verzoeken wij u ons zo snel mogelijk uw nauwkeurig en uitvoerig bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan mee te delen betreffende deze opdracht, tezamen met een analyse van het specifieke risico dat de bouwwerkzaamheden meebrengen.

Gelieve ook de budgetten uit te splitsen die u voor de uitvoering van dat bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan in uw prijsofferte hebt ingecalculleerd.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de subsidiërende overheid van het Waals Gewest en gelet op het feit dat die stukken niet bij uw offerte gevoegd waren, zal uw offerte als niet-ontvankelijk beschouwd worden als die gegevens niet vóór 13 januari e.k. om 18 u aan ons zijn meegedeeld."

12. Bij een brief van 11 januari 2005 verzendt de aannemer het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan en geeft hij toelichting over de manier waarop het budget voor dat plan over de vijf onderaannemers wordt uitgesplitst.

13. Dezelfde dag stelt de veiligheidscoördinator een "tweede verslag over het onderzoek van de offertes (art. 30 KB 25/01/01) op".

Na de bevindingen uit het eerste verslag over het onderzoek te hebben aangehaald, wat het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan betreft, vermeldt de coördinator het volgende:

" De aannemerscombinatie TRAGECO-TRAGECOBAT heeft een bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan voor het geheel van de werkzaamheden overgezonden.
Alle ondernemingen die de werkzaamheden binnen de aannemerscombinatie zullen uitvoeren, hebben een bijzondere risico-analyse overgezonden.
Het gaat om de volgende ondernemingen:

Metselwerk	Tragecobat
Schrijnwerk binnen	Palm
Ondervloer en tegelvloeren	Lambrecht
Verlaagde plafonds/ scheidingswanden	Sogepar
Schilderwerk/ vloerbedekking	Juffern

De risicoanalyses zijn aangepast aan de situatie en zijn toereikend om het algemeen veiligheids- en gezondheidsplan in acht te nemen.

Alle ondernemingen hebben ook een prijs voor de uitvoering van hun maatregelen overgezonden.

CONCLUSIE VAN HET TWEEDE VERSLAG

De ondernemingen TWT-DEPRET en TRAGECO-TRAGECOBAT geven een uiteenzetting van de veiligheidsmaatregelen die toereikend zijn om de werkzaamheden goed te kunnen uitvoeren en kunnen dus als aannemer worden gekozen."

14. Op 13 januari 2005 zenden de initiatiefnemers van het project de volgende brieven aan de verwerende partij: de brief van de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT, die op 12 januari 2005 (samen met het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan) is ontvangen, de brief van de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT. van 24 december 2004, de brief aan de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT. van 7 januari 2005, alsook het gewijzigde verslag van de veiligheidscoördinator van 11 januari 2005.

15. Op 4 mei 2005 bevestigt de inspecteur-generaal van het directoraat-generaal Sociale Actie en Gezondheid van het Waals Gewest (afdeling Gezondheid en Infrastructuur - directie Infrastructuur) de ontvangst van een brief van 12 april 2005 en vermeldt hij dat "wat mij betreft, er niets aan in de weg staat dat de offerte van de firma nv TRAGECO-TRAGECOBAT wordt aangenomen ten belope van 2.284.223,6 euro zonder btw, d.w.z. 2.518.641,60 euro met 12 pct. btw". Hij verduidelijkt evenwel dat geen subsidie meer kan worden gegeven voor die investering.

16. Op 30 mei 2005 brengt de verwerende partij de verzoekende partij er als volgt van op de hoogte dat haar offerte niet is gekozen:

" [...]

Op zijn vergadering van 21 december 2004 heeft het dagelijks bestuur van de IPAL zijn goedkeuring gehecht aan het gunningsverslag van de initiatiefnemer van het project, dat betrekking heeft op de bovengenoemde opdracht.

Luidens het besluit van mevrouw Christiane VIENNE, minister van Sociale Zaken en Gezondheid en Gelijke Kansen, moeten wij u helaas medelen dat uw offerte niet is gekozen."

17. Op 31 mei 2005 deelt de verwerende partij aan de gekozen aannemer mee dat zijn offerte aangenomen is.

18. Bij een brief van 7 juni 2005 vragen de verzoekende partijen om overzending van het verslag over het onderzoek van de offertes. Dat verslag is hen toegezonden als bijlage bij een brief van 16 juni 2005.

19. Bij een brief van 1 juli 2005 vragen de verzoekende partijen voorts om overzending van het besluit van 21 december 2004. Dat besluit is hen toegezonden als bijlage bij een brief van 7 juli 2005;

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord de exceptie opwerpt dat het beroep *ratione temporis* niet-ontvankelijk is, op de grond dat het bestreden besluit niet ter kennis hoefde te worden gebracht van de verzoekende partijen, zodat artikel 19, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State daarop niet van toepassing was;

Overwegende dat de exceptie niet opgaat, daar het beroep is ingesteld op 29 juli 2005 en dus binnen de termijn van 60 dagen, te rekenen vanaf de dag na ontvangst van de kennisgeving van 30 mei 2005;

Overwegende dat de verwerende partij vervolgens opmerkt dat de eerste verzoekende partij de akten houdende benoeming van de twee bestuurders die besloten hebben om in rechte op te treden en het bewijs van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, niet heeft ingediend en dat de specifieke mandaten die zich in het dossier bevinden niet de mogelijkheid bieden om beroep in te stellen bij de Raad van State; dat ze voorts vermeldt dat de tweede verzoekende partij het bewijs moet leveren dat haar statuten in het Belgisch Staatsblad zijn bekendgemaakt;

Overwegende dat de verzoekende partijen de door de verwerende partij genoemde stukken bij hun memorie van wederantwoord hebben gevoegd; dat daaruit blijkt dat de besluiten om in rechte op te treden genomen zijn

door de organen die volgens de statuten daartoe bevoegd zijn; dat de exceptie moet worden afgewezen;

Overwegende dat de verzoekende partijen een middel, het zesde van het verzoekschrift, ontlenen aan schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 16 en volgende van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, artikel 90, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en artikel 12 van het bestek, en aan schending van het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers; dat ze eerst wijzen op de artikelen 25 en 30 van het voormelde koninklijk besluit van 25 januari 2001 met de precisering dat die van openbare orde zijn en vervolgens aangeven dat die bepalingen in het kader van de onderhavige opdracht van toepassing worden verklaard door artikel 12 van het bestek en door de stukken van de veiligheids- en gezondheidscoördinator, waaronder het algemeen veiligheids- en gezondheidsplan en een stramien voor een bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan dat door de inschrijvers moet worden opgesteld, dat in dit artikel 12 stond dat de stukken betreffende de veiligheid bij de offerte moesten worden gevoegd, op straffe van uitsluiting, dat de verwerende partij de in het middel genoemde bepalingen heeft geschonden door de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT. niet te weren, terwijl ze - volgens het verslag van de veiligheidscoördinator - noch een bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan bevatte, noch een kostenraming voor de veiligheidsmaatregelen;

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord en in haar laatste memorie aanvoert dat ze de bepalingen betreffende het welzijn van de werknemers in acht heeft genomen door een bijzonder veiligheidsplan te vragen en te verkrijgen voordat de opdracht ter kennis was gebracht, dat de veiligheidscoördinator, na kennis te hebben genomen van dat document, heeft geoordeeld dat de opdracht aan de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT. kon worden gegund, zodat het middel een deugdelijke grondslag mist, voorzover het ontleend wordt aan de schending van de bepalingen betreffende de veiligheid van de werknemers, aangezien daadwerkelijk veiligheidsmaatregelen zullen worden genomen, overeenkomstig de doelstelling van die bepalingen; dat, wat artikel 12 van het bestek betreft, de verwerende partij wijst

op het gebruik van de voorwaardelijke tijd ("serait") en opmerkt dat toen zij zich moest uitspreken, de coördinator erop had gewezen dat er geen bijzonder plan bij de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT. was gevoegd, maar ook dat het document dat de verzoekende partijen hebben ingediend, "in de bouwfase zou moeten worden bijgewerkt", vooral wat de administratieve gegevens betreft, dat, gelet op die aspecten, ze "in het stadium van de kwalitatieve selectie, gezien de voorwaardelijke formulering van het einde van artikel 12 van het bestek, heeft kunnen oordelen dat de offertes van de verschillende inschrijvers in aanmerking konden worden genomen, op voorwaarde dat de vennootschap die als laagste inschrijver werd beschouwd om de ontbrekende stukken werd verzocht - en op voorwaarde dat die stukken vóór de kennisgeving van de gunning van de opdracht werden verkregen"; dat ze voorts opmerkt dat het niet onredelijk is ervan uit te gaan dat het vereiste van een bijzonder plan betrekking had op de uitvoering van de overeenkomst, dat ze de gekozen aannemer niet heeft verzocht om zijn offerte op een essentieel punt aan te vullen, maar bewerkstelligd heeft dat deze de opdracht uitvoert overeenkomstig de regelgeving op het welzijn van de werknemers;

Overwegende, enerzijds, dat de regelmatigheid van de offertes in principe beoordeeld moet worden op basis van de offertes zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen, omdat anders het recht van de inschrijver op een gelijke behandeling wordt geschonden; dat, behoudens een uitdrukkelijke wets- of verordeningsbepaling of behoudens een bijzondere bepaling van het bestek, de stukken die bij de offerte zijn gevoegd, normaal daarbij moeten zitten als de offerte wordt ingediend en niet na de opening van de offertes mogen worden toegezonden; dat in geval van een onvolledige offerte, artikel 115, vijfde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aan de aanbestedende overheid wel de mogelijkheid biedt om "in contact te treden" met de inschrijvers, maar haar niet daartoe verplicht en dit alleen "om de inhoud van hun offerte te laten preciseren of te laten aanvullen"; dat de ontbrekende stukken die na de indiening van de offertes kunnen worden toegezonden, hoe dan ook moeten inkomen voordat de offertes worden vergeleken en voordat over de gunning van de opdracht wordt beslist, omdat de keuze van de aannemer anders afhankelijk wordt gesteld van een element dat onbekend is of eerst tijdens de uitvoering van de opdracht kan worden bepaald;

Overwegende, anderzijds, dat uit de samenlezing van de artikelen 90, § 2, en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 blijkt dat de aanbestedende overheid, in het bestek en op straffe van nietigheid van de offerte, kan opleggen dat stukken moeten worden ingediend die bij de offerte moeten

worden gevoegd om de offertes op hun regelmatigheid te kunnen toetsen en met elkaar te kunnen vergelijken; dat de aanbestedende overheid in dat geval alle offertes die zijn ingediend zonder de stukken die volgens het bestek op straffe van nietigheid bij de offertes moeten worden gevoegd, als onregelmatig moet beschouwen;

Overwegende dat, in het onderhavige geval, artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 en artikel 12 van het bestek ertoe verplichten om het bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan bij de offerte te voegen en dit, luidens artikel 12, "op straffe van uitsluiting"; dat niet wordt betwist dat de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT. noch een bijzonder veiligheids- en gezondheidsplan bevatte, noch een kostenraming voor de te nemen maatregelen, noch enige uitleg of verklaring voor het ontbreken van die stukken; dat die offerte dus ambtshalve moest worden geweerd; dat, gesteld dat het gebruik van de voorwaardelijke wijs in artikel 12 van het bestek, met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel en met een afdoende motivering, zou kunnen verklaren waarom de aanbestedende overheid de inschrijvers in kwestie verzoekt om hun offerte vóór de gunning van de opdracht aan te vullen, die omstandigheid haar daarom nog niet de mogelijkheid biedt om contact op te nemen met de begunstigde van de opdracht nadat ze het gunningsbesluit heeft genomen; dat de verwerende partij daarenboven, in tegenstelling tot wat ze aanvoert, de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT. niet alleen heeft gekozen in de kwalitatieve selectie, maar de opdracht aan haar heeft gegund, voordat ze haar verzocht heeft om haar offerte op wezenlijke punten, die een voorwaarde voor de regelmatigheid ervan waren, aan te vullen; dat het zesde middel gegrond is,

B E S L U I T:

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 21 december 2004, waarbij de burgerlijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Intercommunale de soins spécialisés de Liège (ISoSL), voorheen de burgerlijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Intercommunale des personnes âgées de Liège et environs (IPAL), perceel 2 - voltooiing - afwerking - van de overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende de bouw van de Résidence du Chemin de Loncin te Ans aan de tijdelijke handelsvennootschap TRA.GE.CO.-TRA.GE.CO.BAT heeft gegund.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op zeven december tweeduizend negen door:

Mevr.	DAURMONT,	kamervoorzitter,
de HH.	LEWALLE,	staatsraad,
	NIHOUL,	staatsraad,
Mevr.	SCHMITZ,	griffier.

De Griffier

De Voorzitter

V. SCHMITZ

O. DAURMONT

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.