

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 199.283 van 29 december 2009
in de zaak A. 194.812/XII-6049**

In zake: de NV WYCOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HULPKAS VOOR WERKLOOSHEIDSUITKERINGEN,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Teerlinck
kantoor houdend te Turnhout
de Merodelei 112
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 december 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 20 november 2009 van Verwerende Partij, waarbij de opdracht ‘Renovatie kantoorgebouw HVW/CAPAC - dossier: 0832 HUKA - bestek nr. 009616’ wordt toegewezen aan de nv CIT Blaton”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 december 2009, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Peter Teerlinck, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. De Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen schrijft een openbare aanbesteding uit voor renovatiewerken aan een gebouw gelegen te 1210 Brussel, Brabantstraat 62.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 2 juni 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 3 juni 2009. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 5.316.398,96 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek “Renovatie Kantoorgebouw HVW/CAPAC Sint-Joost-Ten-Node”, nr. 0832 HUKA, Ruwbouw en Afwerking.

3.4. Zes inschrijvers dienen een offerte in.

3.5. Bij brief van 2 september 2009 vraagt de verwerende partij bij de nv CIT Blaton een aantal ontbrekende documenten betreffende het veiligheids- en gezondheidsplan. Deze documenten worden aan de verwerende partij bezorgd met een brief van 14 september 2009.

3.6. In een eerste aanbestedingsverslag van 14 september 2009 wordt geadviseerd om de opdracht toe te wijzen aan de nv CIT Blaton.

3.7. Op 8 oktober 2009 deelt de verwerende partij aan de overige inschrijvers mee dat de opdracht werd toegewezen aan een andere inschrijver en wordt hun een kopie van het gunningsverslag van 14 september 2009 toegezonden.

3.8. De verzoekende partij stelt hierop een schorsingsberoep bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. In het kader van deze procedure blijkt dat de opdracht vooralsnog niet werd toegewezen. Bij arrest nr. 197.690 van 10 november 2009 wordt de vordering om die reden zonder voorwerp verklaard.

3.9. Op 6 november 2009 maakt de nv CIT Blaton aan de verwerende partij nog een bijkomend document over inzake veiligheid en gezondheid.

Diezelfde datum maakt de veiligheidscoördinator een bijkomend verslag op als aanvulling op zijn eerste verslag van 17 augustus 2009.

Eveneens op 6 november 2009 wordt nog een nieuw gunningsverslag opgesteld waarin opnieuw wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de nv CIT Blaton. Het verslag van de veiligheidscoördinator wordt als appendix bij het gunningsverslag gevoegd.

3.10. Op 20 november 2009 beslist de verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan de nv CIT Blaton.

Deze beslissing wordt diezelfde dag meegedeeld aan de niet gekozen inschrijvers.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. 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.

V. Beoordeling van de eerste en derde schorsingsvoorwaarde

5. Wat de eerste en de derde in het voormelde artikel gestelde voorwaarden betreft, beroept de verzoekende partij zich inzake het nadeel op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren. Zij verwijst daarbij ook naar de aanzienlijke waarde van de opdracht, die aan Europese publicatie is onderworpen. Voorts motiveert zij haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het risico dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, en naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

6. Betreffende de eerste en derde schorsingsvoorwaarde gedraagt de verwerende partij zich naar de wijsheid van de Raad van State.

7. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende partij en de nv CIT Blaton een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan, mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht.

Voorts, wegens de dreigende betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing en de te dezen verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig artikel 21bis van de voormelde wet van 24 december 1993, wordt aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

VI. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het middel

8. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voert de verzoekende partij in een *enig middel* aan : “Schending van artikel 110, § 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 [...]; schending van het algemeen rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het materieel motiveringsbeginsel”.

Zij betoogt daartoe dat deel 6 “Veiligheids- & Gezondheidsplan” van het bestek, met toepassing van artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, de inschrijvers verplichtte om bij hun offerte de beschrijving te voegen bedoeld onder artikel 30, tweede lid, 1/.

Het voornoemd koninklijk besluit van 25 januari 2001 raakt volgens de verzoekende partij de openbare orde. Om die reden dienen inbreuken op de veiligheidsverplichtingen als substantiële nietigheden te worden beschouwd. Ook de omzendbrief van 27 [lees: 18] december 2007 stelt in geval van het ontbreken van de documenten bedoeld in artikel 30, tweede lid, 1/ en 2/, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 de onregelmatigheidssanctie voorop.

Een afwijking van de door het bestek verplichte bijvoeging van de in artikel 30, tweede lid, 1/, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 bedoelde beschrijving maakt een offerte substantieel onregelmatig, omdat de betrokken besteksbevestiging een regel van openbare orde doet toepassen. Het offerteformulier bij het bestek verklaart bovendien een offerte “automatisch onregelmatig” indien het gevraagde document ontbreekt.

Aangezien de nv CIT Blaton dergelijke beschrijving niet bij haar offerte voegde, diende haar offerte volgens de verzoekende partij dan ook substantieel onregelmatig te worden beschouwd. Door deze offerte niet uit te sluiten, heeft de verwerende partij volgens de verzoekende partij dan ook artikel 110, § 2,

van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en de regels van haar eigen bestek geschonden.

Vervolgens zet de verzoekende partij op uitvoerige wijze uiteen waarom de argumentatie opgenomen in de appendix bij het tweede gunningsverslag de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de nv CIT Blaton niet kan ongedaan maken. De verzoekende partij loopt vervolgens vooruit op de eventuele argumentatie van de verwerende partij en betoogt dat om diezelfde redenen de verwerende partij geen onwettigheidsexceptie op grond van artikel 159 van de Grondwet zou kunnen opwerpen tegen artikel 30 van het voornoemde koninklijk besluit van 25 januari 2001.

Ten slotte merkt de verzoekende partij nog op dat zij belang heeft bij dit middel en bij haar vordering in het algemeen, aangezien haar offerte als vierde werd gerangschikt en de drie offertes die haar voorgaan alle om dezelfde redenen als substantieel onregelmatig dienen te worden aangemerkt.

9. De verwerende partij voert in de eerste plaats aan dat de Raad van State op grond van artikel 159 van de Grondwet het voormelde artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 evenals de onwettige besteksbe­paling buiten beschouwing dient te laten. Deze bepalingen zouden namelijk manifest onwettig zijn in de mate dat ze aan de inschrijvers opleggen om reeds op het ogenblik van de inschrijving alle vereiste documenten inzake veiligheid en gezondheid bij te brengen. Zij wijst erop dat ook de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies bij de betrokken bepaling van het voormelde artikel 30 zou hebben opgemerkt dat voor dit vereiste geen wettelijke grondslag bestaat en het bovendien “manifest strijdig” is met artikel 12 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Dit advies stemt volgens de verwerende partij tevens overeen met de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 15 oktober 2001 betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren.

Vervolgens gaat zij in op de kritiek van de verzoekende partij omtrent de argumentatie opgenomen in de appendix bij het gunningsverslag.

Ondergeschikt werpt de verwerende partij op dat zij zelfs bij het ontbreken van de betrokken documenten niet was gehouden om de offerte van de gekozen inschrijver te weren aangezien de in het bestek voorziene sanctie door haar absoluut karakter onwettig is en het ontbreken van de documenten hoogstens tot een relatieve onregelmatigheid zou kunnen leiden, terwijl zij op grond van juiste, aanvaardbare en relevante motieven zou hebben besloten om de gekozen inschrijver toe te laten om de ontbrekende documenten alsnog bij zijn offerte te voegen.

De verwerende partij meent ook dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel aangezien de regels inzake de veiligheid en de gezondheid geen regels zijn die vatbaar zijn voor concurrentie.

Beoordeling

10. Artikel 30, tweede lid, 1/ en 2/ van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, luidt als volgt:

“De opdrachtgever neemt de nodige maatregelen opdat het veiligheids- en gezondheidsplan deel zou uitmaken van, al naargelang het geval, het bijzonder bestek, de prijsaanvraag of de contractuele documenten en daarin als een afzonderlijk en als dusdanig betiteld deel wordt opgenomen.

Opdat de maatregelen vastgesteld in het veiligheids- en gezondheidsplan daadwerkelijk zouden kunnen toegepast worden bij de uitvoering van de werken, zorgt hij ervoor dat:

- 1/ de kandidaten bij hun offertes een document voegen dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin zij beschrijven op welke wijze zij het bouwwerk zullen uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;
- 2/ de kandidaten bij hun offertes een afzonderlijke prijsberekening voegen in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen”.

11. Het op de voorliggende opdracht toepasselijke bestek bepaalt dat de aannemer conform artikel 30 van het koninklijk besluit van 25 januari 2001, een aantal documenten bij zijn offerte dient toe te voegen inzake veiligheid en gezondheid waaronder:

“Een korte beschrijving (max. 1 A4 document) waarin hij te kennen geeft hoe hij een doeltreffende organisatie op de werf zal garanderen m.b.t. Veiligheid & Gezondheid, rekening houdend met de inhoud van dit Veiligheids- en Gezondheidsplan”.

12. Het bij het bestek gevoegde offerteformulier bevat bovendien de volgende bepaling:

“Ondergetekende verklaart het veiligheids- en gezondheidsplan ontvangen, gelezen en duidelijk begrepen te hebben en de verantwoordelijkheid te zullen nemen al zijn werknemers en onderaannemers die voor zijn rekening werken te informeren over de inhoud ervan en te waken over de toepassing van alle in het veiligheids- en gezondheidsplan omvatte bepalingen.

Hij verklaart hiertoe de documenten waarvan sprake in art. 30, al. 2, 1/ en 2/ van het K.B. van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, in bijlage aan het huidige offertebiljet volledig ingevuld te hebben. De beide documenten moeten steeds deel uitmaken van de offerte, ook wanneer ondergetekende de intentie heeft om zonder onderaannemers te werken.

Hij verklaart kennis genomen te hebben van het feit dat, ingeval van een procedure van aanbesteding, zijn offerte altijd automatisch onregelmatig zal zijn wanneer het document waarvan sprake is in art. 30, al. 2, 1/ ontbreekt of ontoereikend (bijvoorbeeld blanco) is”.

Door de verwerende partij wordt als dusdanig niet betwist dat zij in haar bestek het toevoegen van de voornoemde korte beschrijving als een essentiële besteksbepaling heeft aangemerkt, noch dat de voormelde omzendbrief aan het ontbreken van de betrokken documenten de substantiële onregelmatigheid van de offerte verbindt.

13 Uit het gunningsverslag van 6 november 2009 blijkt dat alle inschrijvers de voormelde korte beschrijving bij hun inschrijving hebben gevoegd, uitgezonderd de inschrijvers nv Cordeel, nv CIT Blaton en de nv Les Entreprises Louis De Waele. Tevens blijkt dat op schriftelijk verzoek van de verwerende partij door de nv CIT Blaton op 14 september 2009 en 6 november 2009 ontbrekende documenten inzake veiligheid en gezondheid werden bezorgd, waaronder de voormelde korte beschrijving.

14. In de eerste plaats valt op te merken dat de verzoekende partij belang heeft bij dit middel nu zij als vierde is gerangschikt en uit het gunningsverslag blijkt dat zowel in de offerte van de gekozen inschrijver als in de offertes van de overige twee inschrijvers die vóór de verzoekende partij werden gerangschikt, de door het bestek vereiste korte beschrijving inzake veiligheid en gezondheid ontbrak.

Ook de argumentatie van de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang zou hebben bij dit middel aangezien de regels inzake de veiligheid en de gezondheid geen regels zouden zijn die vatbaar zijn voor concurrentie, kan niet worden aanvaard. Er wordt immers *prima face* niet ingezien om welke reden de verzoekende partij in haar middel niet zou mogen aanvoeren dat de offerte van de gekozen inschrijver, evenals de offerte van de tweede en derde gerangschikte inschrijver, substantieel onregelmatig zijn overeenkomstig de bepalingen van het bestek en om die reden niet hadden mogen worden geselecteerd, ook al betreffen die bepalingen de veiligheid en gezondheid.

15. Inzake de verwijzing door de verwerende partij naar artikel 159 van de Grondwet dient te worden vastgesteld dat dit artikel bepaalt dat “de hoven en rechtbanken [...] de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe[passen] in zoverre zij met de wetten overeenstemmen”. Deze regel geldt enkel voor de met rechtspraak belaste organen en niet voor het actief bestuur. De verwerende partij die het bestreden besluit heeft genomen, is opgetreden als orgaan van het actief bestuur en niet als een met rechtspraak belast orgaan. Op het eerste gezicht was zij er dan ook toe gehouden om het betrokken besluit, evenals haar eigen bestek toe te passen.

16. Daargelaten de vraag naar de wettigheid van artikel 30 van het voornoemde koninklijk besluit van 25 januari 2001, dient voorts te worden vastgesteld dat het op de voorliggende opdracht toepasselijke bestek zelf het ontbreken bij de offerte van de korte beschrijving inzake veiligheid en gezondheid uitdrukkelijk sanctioneert met een substantiële onregelmatigheid.

17. Op het eerste gezicht is er geen reden om te besluiten tot strijdigheid van de voormelde besteksbepaling met artikel 12 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dat aan “de aannemer” een aantal verplichtingen betreffende de naleving van diverse rechtsregelingen oplegt. Zelfs indien dit artikel 12 uitsluitend betrekking zou hebben op de uitvoering van de opdracht, verhindert dit *prima facie* niet dat de aanbestedende overheid een bijkomende eis kan stellen zoals de toevoeging van de voormelde korte omschrijving op het ogenblik van de inschrijving. Dat het uiteindelijk de aannemer is die bij de uitvoering van de opdracht in elk geval aan de verplichtingen inzake veiligheid en hygiëne dient te voldoen, sluit op het eerste gezicht niet uit dat ook

reeds aan de inschrijvers op het ogenblik van de indiening van hun offerte wordt gevraagd te beschrijven hoe zij een doeltreffende organisatie op de werf zullen garanderen betreffende veiligheid en gezondheid, rekening houdend met de inhoud van het veiligheids- en gezondheidsplan.

Ook de interpretatieve mededeling van de Commissie, waar beide partijen naar verwijzen, lijkt dit op het eerste gezicht nergens uit te sluiten: in deze mededeling wordt weliswaar onder meer opgemerkt (blz. 19) dat de regels op het gebied van veiligheid bij de uitvoering van overheidsopdrachten moeten worden nageleefd en dat het in principe volstaat dat de inschrijvers bij de indiening van hun inschrijving aangeven dat zij aan die verplichting zullen voldoen indien de opdracht aan hen wordt gegund, maar evenzeer (blz. 22) dat inschrijvingen waarin geen rekening wordt gehouden met de door de aanbestedende overheid in het bestek vermelde verplichtingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden, niet geacht kunnen worden in overeenstemming te zijn met het bestek en dat bovendien inschrijvers die onvoldoende rekening hebben gehouden met deze verplichtingen het risico lopen dat de door hen aangeboden prijs abnormaal laag lijkt in verhouding tot de gevraagde prestatie en, in voorkomend geval, hun inschrijving als zodanig wordt afgewezen.

18. Voorts lijkt de aanbestedende overheid de grenzen van de redelijkheid niet te buiten te gaan doordat zij het bijvoegen van voormelde korte omschrijving, waarin de aannemer te kennen geeft hoe hij een doeltreffende organisatie op de werf zal garanderen betreffende veiligheid en gezondheid, rekening houdend met de inhoud van het veiligheids- en gezondheidsplan, als essentiële besteksbepalings aanmerkt. Uit het inschrijvingsbiljet blijkt overigens dat de verwerende partij op dit punt in het bestek gedifferentieerd te werk is gegaan en enkel in geval de korte beschrijving ontbreekt of ontoereikend is (bijvoorbeeld blanco), heeft bepaald dat dit gebrek automatisch zal leiden tot de onregelmatigheid van de offerte.

19. Ten slotte verwijst de verwerende partij vergeefs naar rechtspraak van de Raad van State die zou toelaten dat ontbrekende documenten nog worden toegevoegd in de loop van de gunningsprocedure, voor zover de gelijkheid van de inschrijvers er niet door kan worden verstoord. Dit gegeven lijkt hier niet relevant, nu het te dezen door de verwerende partij zelf opgestelde bestek de onregelmatigheid voorschrijft.

20. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat, door de nv CIT Blaton, in weerwil van de duidelijke besteksbe­paling, alsnog toe te laten om haar offerte aan te vullen met de gevraagde korte beschrijving, en de opdracht vervolgens aan deze onderneming toe te wijzen, de verwerende partij heeft gehandeld in strijd met haar eigen bestek en dus met het *patere legem* beginsel, dat inhoudt dat een overheid ook de door haarzelf aangenomen algemene regels dient na te leven bij het nemen van individuele beslissingen..

Het middel is ernstig.

21. Uit wat voorafgaat volgt dat is voldaan aan de cumulatieve voorwaarden gesteld in het voormelde artikel 17, §§1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen van 20 november 2009 om de overheidsopdracht voor renovatiewerken aan een gebouw gelegen te 1210 Brussel, Brabantstraat 62, toe te wijzen aan de nv CIT Blaton.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 december 2009, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Silja Doms,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

Silja Doms

Dierk Verbiest